

Panamá, 25 de junio de 1999.

Licenciado
EUSTACIO FÁBREGA
Director General de Aeronáutica Civil
E. S. D.

Señor Director General:

En cumplimiento de nuestras funciones como Asesores de los servidores de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a su Oficio N°.103-AL-DG-DAC, de 6 de mayo de 1999, mediante el cual tuvo a bien elevar Consulta a esta Procuraduría, relacionada con ciertos aspectos concernientes al derecho de vacaciones, y la prestación de servicios profesionales.

Procedemos a absolver su Consulta, previo las siguientes consideraciones de carácter doctrinal.

I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO A VACACIONES.

MONTENEGRO BACA, considera, que las vacaciones son el "derecho del trabajador a suspender la prestación del servicio en la oportunidad señalada por la Ley, sin pérdida de la remuneración habitual, con el fin de atender a los deberes de restauración orgánica y de vida social, siempre que hubiera cumplido con los requisitos exigidos por las disposiciones legales". (Citado por CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VIII. Edit. Heliasta, S.R.L., 21 Edición, Buenos Aires. 1989, Pág. 296.).

CABANELLAS, en la obra que acabamos de citar, manifiesta que las vacaciones pueden definirse como: "el derecho al descanso ininterrumpido variable desde unos días hasta más de un mes que el trabajador tiene, con goce de su remuneración, al cumplir determinado lapso de prestación de servicios". (Ibidem. Pág. 296).

Como fundamento del derecho a las vacaciones, se han esgrimido argumentos de diversa índole, pero particularmente se afirma que en el aspecto físico, el descanso responde a un imperativo fisiológico ya que para el ser humano es necesario interrumpir de vez en cuando sus actividades para reponer sus energías consumidas en un trabajo anterior. En el caso específico de los funcionarios públicos, es evidente que "el Estado también tiene interés en el descanso de sus funcionarios para que, restaurando sus energías gastadas puedan dedicarse nuevamente, a pleno, con mayor rendimiento, a las funciones que le están asignadas." (FERNÁNDEZ VÁSQUES, Emilio. Diccionario de Derecho Público. Editora Astrea. Buenos Aires. 1981. Pág. 227).

El examen de los aspectos que brevemente hemos mencionado acerca del derecho a las vacaciones particularmente, de las definiciones dadas, nos lleva a destacar o considerar los elementos básicos o integrativos del mismo.

En primer lugar, debemos decir que las vacaciones implican una suspensión temporal de la prestación del servicio, en otras palabras, durante el período en que se hacen efectivas

las vacaciones, el trabajador se desvincula en forma absoluta de las funciones o atribuciones que diariamente su empleo o cargo demanda, de modo que no existe siquiera de parte del trabajador, salvo en casos excepcionales, la obligación de concurrir al sitio de trabajo. Por ello se dice, que las vacaciones constituyen un descanso ininterrumpido.

En segundo lugar, las vacaciones se otorgan por un período de tiempo fijo. Ese período, se encuentra previamente determinado en la Ley y corresponde en nuestro país, y en el caso específico de los funcionarios públicos, a treinta (30) días de descanso remunerado por cada once (11) meses continuos de servicios. En el caso de los trabajadores del sector privado, el período de tiempo vacacional es proporcional a un día de descanso por cada once (11) días de servicios.

El derecho a las vacaciones también contiene el derecho del trabajador de percibir su remuneración ordinaria durante el lapso de descanso. Ello es obvio, pues si lo que se pretende es que el trabajador descanse, se recree, o realice cualquier tipo de actividad solo o con su familia. Si no existiera tal remuneración, el trabajador se vería obligado a utilizar necesariamente su tiempo de descanso para procurarse un ingreso.

La característica anterior reafirma a su vez otro elemento; las vacaciones tienen por objeto el permitir al trabajador el tiempo necesario para la restauración orgánica, así como para que éste se ocupe de actividades de su vida propia, y de su familia, etc.

Por último, a las vacaciones se tiene derecho tan solo cuando se han cumplido con los requisitos que la ley señala. Cabe decir, en tal sentido, que si bien en las diferentes legislaciones se encuentra consagrado el derecho a las vacaciones, el mismo se encuentra supeditado al cumplimiento de ciertas condiciones o requisitos que la propia ley establece. Es así como el artículo 66 de la Carta Política consagra en términos generales el derecho a las vacaciones remuneradas de que goza el trabajador, y los artículos 796 del Código Administrativo, 94 de la Ley N°.9 de 20 de junio de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa y 54 del Código de Trabajo, establecen los requisitos o condiciones legales necesarias para que tal derecho se configure, tanto en el sector público como en el sector privado respectivamente.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS VACACIONES EN EL ÁMBITO DEL SECTOR PÚBLICO.

Ya expresamos que el artículo 66 de nuestra Constitución Política consagra el derecho a las vacaciones de todo trabajador, tanto del sector público como del sector privado. La norma in comento es del tenor siguiente:

¿Artículo 66: La jornada máxima de trabajo diurno es de ocho horas y las extraordinarias serán remuneradas con recargo.

Además del descanso semanal, todo trabajador tendrá derecho a vacaciones remuneradas...

La Ley podrá establecer el descanso semanal remunerado de acuerdo con las condiciones económicas y sociales del país y el benéfico de los trabajadores.¿

A nivel legal, y específicamente para el caso de los funcionarios públicos, la referida norma constitucional encuentra su desarrollo en el artículo 796 del Código Administrativo.

¿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 continuados de servicio, a treinta días de descanso con sueldo.

El empleado público nacional, provincial o municipal que después de once meses continuados 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 a que se le reconozca y pague el mes de sueldo que corresponda al descanso, siempre que la 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.¿

Igualmente, la Ley N°9 de 20 de julio de 1994 ¿por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa (G.O. N°22.562 de 21 de junio de 1994), dispone lo siguiente:

¿ARTICULO 135.- Los servidores públicos en general tendrán derecho a:

1. Ejercer las funciones atribuidas a su cargo;
2. Tomar o disfrutar del descanso anual remunerado y vacaciones proporcionales;...¿

Como podemos apreciar, dicha Ley determina que todo funcionario público, sea de Carrera o no, tiene derecho a un descanso anual remunerado (vacaciones) y a vacaciones proporcionales, ya que la siguiente norma de esta Ley, artículo 136, precisa cuales son los derechos y prestaciones adicionales que tienen exclusivamente los servidores públicos de carrera.

En cuanto a la vigencia de la Ley N°9 de 1994, esta institución es del criterio que están vigente aquellas disposiciones generales que consagran derechos comunes a todo funcionario público (vacaciones, vacaciones proporcionales, licencia sin sueldo, etc.), mientras que aquellas otras disposiciones específicas de los funcionarios públicos de carrera entrarán en vigencia progresivamente de acuerdo al cumplimiento de un cronograma precisado por la misma Ley. En Consulta del Director del IFARHU a esta institución detallamos lo siguiente:

¿Del lenguaje legal se desprende con claridad meridiana e incuestionable que, los servidores públicos en general, tienen derechos y obligaciones reconocidos e impuestas por la Ley de Carrera Administrativa. Basta tan solo leer el enunciado preliminar de los artículos 135 y 137 de esa Ley.

Es más, la Ley de Carrera Administrativa no sólo es aplicable en cuanto a los derechos y deberes, sino también a ciertas acciones de personal, que según la Ley, le son propias a los servidores en general.

Sobre esto se puede agregar algo importante, y es que la Ley con sabiduría, al momento de enunciar las materias específicas, en sus títulos y capítulos, aclara que esos temas le son aplicables a servidores de carrera administrativa, Verbigracia, el título IV,

los capítulos II, V, VI, VIII y X del Título V.¿ (Consulta N° C-281/96 de 9 de octubre de 1996)

Por ende, consideramos que el derecho de vacaciones está vigente constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico tanto para funcionarios públicos como trabajadores del sector privado. En cambio, el derecho de vacaciones proporcionales, en principio está vigente en el sector público, puesto que se trata de un derecho general para todo funcionario sea o no funcionario de carrera (Títulos VI, VII, y VIII).

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sostiene que la Ley de Carrera Administrativa no está vigente puesto que no se ha implementado, tanto para los derechos generales de todo servidor público como para los derechos inherentes a los funcionarios de Carrera, lo cual es recogido en su Fallo de 26 de junio de 1996:

¿También es necesario acotar que el recurrente no ha demostrado haber ingresado a la Caja de Ahorros en base al sistema de méritos, mediante concurso de oposición amparado en una Ley especial o de Carrera Administrativa... a pesar de que en la actualidad la Carrera Administrativa ha sido instituida en nuestro ordenamiento positivo... aún no ha sido implementada eficazmente, dentro de su ámbito de aplicación estatal.¿ (Sentencia de 26 de junio de 1996, demanda de Plena Jurisdicción, Vicente Rodríguez Mendoza vs Caja de Ahorros, Registro Judicial de junio de 1996, pág. 349) (Subrayado nuestro)

Por otra parte, el término servidor público es plasmado constitucionalmente de la siguiente forma:

¿ARTICULO 294.- Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Organo Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; en general, las que perciban remuneración del Estado.¿

El Código Administrativo hace referencia a los empleados administrativos, en los siguientes términos:

¿ARTICULO 755.- En general, son empleados administrativos nacionales los que intervienen exclusivamente en asuntos de la Nación, y municipales, los que manejen asuntos de Distritos, aunque tengan alguna intervención en los de la Nación. Pueden...¿

La Ley de la Carrera Administrativa conceptúa como servidor público, lo siguiente:

¿ARTICULO 2.- Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:

Abandono del puesto...

Servidor Público: Es la persona nombrada temporal o permanentemente en cargos del Organo Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas y, en general, la que perciba remuneración del Estado.

Los Servidores...¿

De las anteriores disposiciones legales podemos deducir que un servidor público es aquél nombrado permanente o temporalmente por el Estado para desempeñar una función pública, por tanto se excluyen de la categoría de servidores públicos aquellas personas que el Estado contrata para que realicen una tarea específica, a través de un Contrato Administrativo regido por las normas de Derecho Público (Código Administrativo) y supletoriamente el Código Civil en materia de contratación. Estas personas son contratadas para desempeñar los llamados servicios personales o profesionales.

En este caso, la relación entre el particular y el Estado es contractual por lo cual los derechos y obligaciones de ambos surgen de ese contrato siendo Ley entre las partes (art. 976, Código Civil), en consecuencia los derechos que pueda tener el particular contratado pueden ser similares a los de los servidores públicos siempre que se haya pactado, o sea, que puede tener derecho de vacaciones, sobresueldo, etc. como un funcionario público si previamente se estableció en el contrato.

En cuanto a los servidores públicos contratados por servicios profesionales debemos aclarar que dicho concepto lo podemos encontrar en el Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, clasificándolo de la siguiente forma:

¿CODIGO DETALLE

020 HONORARIOS

Son los gastos por servicios personales prestados ocasionalmente por profesionales o técnicos que no son funcionarios públicos, tales como investigaciones exámenes y peritajes. Estos servicios se prestarán en base a un contrato, que no implica subordinación jerárquica.

021 Dietas...

022 Servicios especiales

Son las compensaciones por servicios personales prestados por profesionales o técnicos que no son empleados públicos.

030 GASTOS DE REPRESENTACION ...¿

(Subrayado nuestro) (Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, Dirección de Presupuesto de la Nación del Ministerio de Planificación y Política Económica: 1980, agosto, pág. 27)

La Ley de Presupuesto para la vigencia fiscal de 1998 (Ley N°44 de 24 de diciembre de 1997, G.O. N°23,446 de 26 de diciembre de 1997), al igual que sus antecesoras, incluye una norma general relativa a honorarios, que dice:

¿ARTICULO 174.- Se podrá cargar a esta partida la contratación...

Los contratos con profesionales o técnicos, personas naturales, nacionales o extranjeras para la realización de estudios, investigaciones, diseños, supervisión de obras, capacitación y otros de similar naturaleza se imputarán a la partida de Consultoría y servicios Especiales...¿ (Subrayado nuestro)

La doctrina coincide con nuestro criterio y con nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a que las personas contratadas por el Estado para realizar servicios personales o servicios profesionales no se incorporan a la Administración Pública, sino que se limitan a realizar única y exclusivamente una tarea determinada, sin que se le aplique las disposiciones del régimen de servidores públicos.

En este sentido se manifiesta el maestro SAYAGUÉS LASO:

¿También se ingresa a la función pública por contrato. Son situaciones poco frecuente, pero existe. No debe confundirse esta hipótesis con el caso de arrendamiento de servicios con particulares. En este último la persona que arriende sus servicios no se incorpora a la administración, limitándose a realizar para ella, determinada tarea, igual como podría hacerlo para otros particulares. En cambio, en aquella persona se incorpora a la administración, ingresando mediante un pacto que fija determinadas condiciones para la prestación de su actividad personal (1).

La persona que ingresa a la función pública mediante contrato, no está sustraída totalmente al régimen estatutario general. Esta rige salvo en cuanto hubieren pactado expresamente condiciones distintas (2), en cuyo caso deben reputarse las estipulaciones convenidas.

Pero ha de tenerse en cuenta que la Administración no tiene libertad para tales contrataciones y, por el contrario, sólo facultades muy limitadas (3) no pudiendo recurrir a ese procedimiento para eludir la aplicación de las disposiciones constitucionales y legales que limitan o condicionan el ingreso a las funciones públicas, o que regulan su ejercicio (4).

(1) Un ejemplo: la administración necesita un funcionario especializado para la dirección de determinado servicio; con ese fin pacta con un técnico enviarlo al extranjero en viaje de estudios, para su especialización, y éste, a su vez, se compromete a desempeñar el cargo por un plazo mínimo de tantos años.

(2) Waline, p. 307.

(3) Generalmente se necesita texto legal expreso. A veces la autorización para contratar surge implícitamente destinadas expresamente a ese fin.

(4) Con frecuencia se acude a un pseudo contrato, ya que no se pacta ninguna condición específica. En ese caso hay una verdadera designación, rotulada como arrendamiento de servicio, que generalmente tiene por objeto eludir las disposiciones que exigen la ciudadanía del designado o que establecen garantías de inamovilidad, etc. La simulación es evidente y por lo tanto no surte sus efectos, debiendo aplicarse las normas constitucionales y legales que corresponden.¿ (SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, t. I., 2º edic., Edit. Martín Bianchi Altuna, Montevideo, Uruguay: 1959, págs. 292 y 293)

Por su parte, el tratadista VIDAL PERDOMO nos comenta:

¿Si bien el nombramiento de tales personas, entraña una contratación, dicho acto se perfecciona fundamentalmente por medio de un derecho (si es a nivel de Gobierno Central) o una resolución o resuelto (tratándose de instituciones autónomas o semiautónomas) más que de un contrato. En el primer caso, el decreto o resolución de nombramiento, la administración actúa en su carácter público como empleador en una relación de índole eminentemente administrativa. Mientras que en el segundo caso el

contrato, la administración puede actuar, reservándose o concediendo ciertos privilegios que son inherentes a la noción de gobierno y que no pueden figurar en los contratos de los particulares porque son contrarios al principio de la igualdad de las partes, o de que el contenido es Ley para ellas y no puede ser modificado sin su consentimiento; en cuyo caso también lo hace en su carácter público, renunciando a los privilegios que tienen como ente público y se somete a la ley civil como los particulares inhibiéndose así para modificar unilateralmente el contrato o para otorgar privilegios.¿ (VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo General, Edit. Temis, Bogotá, Colombia: 1966, pág. 405, citado en nuestra Nota N° C-154 de 26 de julio de 1993)

Cabe reiterar que el Contrato por servicios profesionales celebrado entre una institución pública y un particular es un contrato administrativo, porque incluye cláusulas que exorbitan el ámbito privado dadas las prerrogativas que posee el Estado frente al administrado, por tanto a este Contrato le es aplicable en general las normas de Derecho Público, en específico el Código Administrativo, y supletoriamente el Código Civil; y, cualquier conflicto que surja entre ambas partes es competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, Sala III, de la Corte Suprema de Justicia, luego de agotar la vía gubernativa.

En cuanto al Código de Trabajo, éste en principio no rige las relaciones entre el Estado y sus funcionarios públicos, como lo señala el siguiente artículo:

¿ARTICULO 2.- Las disposiciones...

Los empleados públicos se regirán por las normas de la Carrera Administrativa, salvo en los casos en que expresamente se determine para ellos la aplicación de algún precepto en este Código.¿

Como ya advertimos que el particular contratado por la Administración Pública para realizar una tarea específica (SERVICIOS PROFESIONALES), no es un funcionario público, en consecuencia el Código de Trabajo le es aplicado de manera más restringida a este tipo de Contrato, sólo para tomar principios y conceptos de instituciones laborales a fines, como salario, salario mínimo, licencia por maternidad, etc.

En materia de vacaciones de los servidores públicos ya vimos que rige el artículo 796 del Código Administrativo que reconoce tal derecho, no así a vacaciones proporcionales, sin embargo, somos del criterio que en este caso por tratarse de un Contrato por servicios profesionales, donde el contratista es un profesional independiente, rige el artículo 976 del Código Civil que señala:

¿ARTICULO 976.- Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tener de los mismos.¿

Lo que nos indica que si en el Contrato se pactó el pago de determinada prestación, la Dirección de Aeronáutica Civil tiene la obligación de cumplir con lo estipulado.

También encontramos en el orden legal, así como en cuerpos normativos de rango inferior, muchas otras disposiciones referentes al derecho a las vacaciones de los trabajadores de los distintos entes públicos o estatales.

Pero volvamos al texto del artículo 796 del Código Administrativo. Esta norma, de carácter general, es de suma importancia en nuestro Derecho Público Positivo, pues recogiendo el enunciado constitucional de que todo trabajador tiene derecho a las vacaciones remuneradas; se encarga no sólo de reafirmar tal derecho, sino también de establecer las condiciones o los requisitos legales a los cuales está sujeto su nacimiento.

Observamos así, que según el texto de aquella norma, el derecho a las vacaciones de todo empleado público nacional, provincial o municipal, sólo nace o aparece consolidado después de que el mismo ha cumplido con un período continuo de servicio correspondiente a once (11) meses. Pero qué debemos entender por la expresión ¿once meses continuados de servicios¿; sobre el particular, cabe recordar las reglas contenidas en los artículos 9 y 10 del Código Civil en cuanto a la interpretación y aplicación de la ley. La primera de ellas, vincula a quien interpreta la norma a atenerse a su tenor literal (antes de consultar su espíritu), en tanto la segunda contiene la regla que expresa que las palabras de la ley deben entenderse en su sentido obvio, según el uso general.

Un aspecto importante que debemos examinar, es el relativo a la ¿CONTINUIDAD¿ en el servicio, o mejor dicho, a la prestación continua del servicio. Prestación continua significa, la ejecución ininterrumpida de las funciones asignadas a un cargo durante el lapso de once meses, a lo que es igual, la ejecución de diferentes funciones, aunque sea en diferentes cargos y para diferentes instituciones, pero que en todo caso, éstas se realicen con continuidad, estos es, ininterrumpidamente.

No obstante lo anterior, este Despacho hace la salvedad al señor Director General de Aeronáutica Civil, que en el caso que nos ocupa, tal derecho a vacaciones no procede para las personas que son contratadas por SERVICIOS PROFESIONALES.

Con muestras de consideración y respeto, atentamente,

ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración

AmdeF/14/cch

¿1999: AÑO DE LA REVERSIÓN DEL CANAL A PANAM?