

C-No.201

Panamá, 30 de septiembre de 2004.

Maestro
Iván Ulises Saurí
Alcalde Municipal del Distrito de Capira
Capira, Provincia de Panamá
E. S. D.

Señor Alcalde:

En cumplimiento de nuestras funciones constitucionales y legales, y en especial por la contenida en la Ley N°38 de 31 de julio de 2000, en su artículo 6, numeral 1, de servir de asesores jurídicos a la administración pública, procedemos a dar contestación a su nota s/n, fechada 7 de septiembre de 2004, y recibida en este despacho, vía fax, en la misma fecha, mediante la cual solicita nuestro criterio jurídico, con relación a la movilidad en el cargo, de una funcionaria amparada por fuero electoral y unas licencias de bebidas alcohólicas que fueron concedidas en la administración anterior.

Hechos que motivan la consulta sobre el fuero de maternidad

Según se explica una Corregidora del Distrito de Capira, se encuentra en estado de gravidez, que no reside en el Corregimiento por lo que no cumple con uno de los requisitos legales para ocupar el cargo. Además se percibe que no mantiene buenas relaciones con los moradores, ya que según lo indicado han solicitado su reemplazo.

Por lo anterior se nos pregunta lo siguiente:

“Hasta dónde es facultable que se pueda designar a una Corregidora al cargo de Secretaría en la misma u otra Corregiduría”.

Opinión de esta Procuraduría.

Se comprende de lo expuesto en su consulta, que le interesa conocer si una funcionaria amparada por el fuero de maternidad puede ser trasladada del cargo que ocupa.

Como quiera que el tema consultado, involucra la figura del Corregidor y el tema del fuero de maternidad, nos permitimos expresar algunas generalidades sobre los temas, para una mejor comprensión de nuestra respuesta.

Sobre la figura de los Corregidores, en la Carta Fundamental dispone que autoridad debe nombrar a los Corregidores, que en su artículo 240, numeral 3 dice:

“Artículo 240: Los Alcaldes tendrán, además de los deberes que establece el artículo 231 de esta Constitución y la Ley, las atribuciones siguientes:

...

3. Nombrar y remover a los Corregidores y a los demás funcionarios públicos municipales cuya designación no corresponda a otra autoridad, con sujeción a lo que dispone el Título XI...”

Además, la Ley No. 106 de 8 de octubre de 1973, sobre Régimen Municipal, reformada por la Ley No. 52 de 12 de diciembre de 1984, tiene pocas disposiciones sobre la figura de los Corregidores. El artículo 45, numeral 4, reproduce el numeral 3 del artículo 240 de la Constitución Política, sobre los requisitos para ser Corregidor, a saber:

“Artículo 63: Los Corregidores serán nombrados y removidos por los Alcaldes.

Para ser Corregidor se requiere:

1. Ser panameño
2. Haber cumplido dieciocho (18) años de edad
3. No haber sido condenado por autoridad competente por delito contra la Administración Pública con pena privativa de la libertad o por delito contra la libertad o pureza del sufragio.
4. Ser residente del Corregimiento para el cual ha sido escogido por lo menos Un año antes de ser nombrado.

No podrán ser Corregidores el cónyuge ni los parientes dentro del segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad del Alcalde o del Representante de Corregimiento, o sus suplentes. Los Corregidores tendrán las funciones que la Ley y los Acuerdos municipales les señalen”.

Analizando las normas de manera conjunta, se observa en primer lugar que la facultad de nombrar y remover a los Corregidores, corresponde de manera privativa al Alcalde, sin embargo, al momento de ejercer la facultad de nombrar, deberá de observar los requisitos que enuncia el artículo 63 de la Ley 106 de 1973, requerido para ocupar el cargo de Corregidor. El Alcalde le está vedado, nombrar Corregidores que no cumplan con los requisitos respectivos, puesto que de ser así, se estaría vulnerando el principio de legalidad, contenido en el artículo 18 de la Constitución Política, sobre que los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que la Ley les autoriza.

Es muy importante el contenido del artículo 63 de la Ley 106 de 1973, ya que a nivel de nuestra organización municipal, al único funcionario que la Ley le exige ciertos requisitos para ocupar el cargo, es al Corregidor (Ejemplo: edad, nacionalidad, residencia, etc.)

Queda claro entonces, que los Corregidores son funcionarios de libre nombramiento y remoción, es decir, que quedan a discrecionalidad de la autoridad nominadora, o sea, el Alcalde.

Ahora bien, con relación a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, sobre el punto consultado, es oportuno citar, un fallo del Pleno, de la Corte Suprema de Justicia, de 27 de septiembre de 1997, que expresa: “La mujer encinta, por la protección del fuero de maternidad como derecho constitucional, en el sistema de libre nombramiento y remoción, inmediatamente adquiere la estabilidad, por el tiempo del fuero, por esa gravidez ...”.

Sobre la figura de Fuero de Maternidad, es oportuno señalar que constituye el derecho concedido a la mujer tanto en el embarazo como después del alumbramiento, consistente en la conservación de su empleo por un período determinado y el pago de un subsidio en ese lapso; para su protección. Este derecho fundamental, es reconocido en nuestro ordenamiento positivo y tiene rango constitucional, encontrándose regulado en el artículo 68 de la Carta Fundamental, en los siguientes términos:

“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 a las ocho siguientes que le siguen, gozará de descanso 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 un año, salvo casos especiales previstos en la Ley, la cual reglamentará además, las condiciones especiales de trabajo de la mujer en estado de preñez”

Sobre ese tópico, la jurisprudencia se ha referido al concepto de fuero de maternidad reiteradamente, y entre esos pronunciamientos se destaca la Sentencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de fecha 28 de agosto de 1990 (Esilda Martínez de Saldaña vs Supermercado Del Parque, S.A.), la cual expresa lo siguiente:

“El denominado fuero de maternidad es una protección de que gozan determinadas mujeres contra el despido que no cumpla con ciertos requisitos legales, pero dicha protección no alcanza otras especies de terminación de la relación de trabajo como la expiración del término pactado, hipótesis que es la que produjo el caso. No se puede pues confundir la especie (despido) con el género (terminación del contrato) ya que el fuero de maternidad según lo previsto en el artículo 68 de la Constitución Nacional (sic) y el artículo 196 del Código de Trabajo, protege a la mujer trabajadora sólo contra el despido que consiste en la terminación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador”.

Tanto el artículo 68 de Constitución Política transcrito, como el extracto del Fallo citado, coinciden en que el Fuero de Maternidad es una garantía de protección a la mujer

durante su embarazo y después de éste, que comprende a las mujeres trabajadoras del sector público y privado. Este fuero o privilegio, como hemos visto es una garantía de estabilidad laboral, y por ende de seguridad económica, pero cuya aplicación, no debe ser entendida en términos absolutos, pues ella presenta excepciones.

El respeto al fuero de maternidad de la mujer trabajadora, tiene como finalidad proteger a la mujer durante y después de su estado de gravidez, y que pueda conservar un empleo, manteniendo de tal manera la seguridad económica, toda vez que se observa de la norma constitucional que contiene el derecho, de forma categórica que la protección es para evitar el despido o remoción injustificada, asimismo, para conservar los derechos correspondientes a su contrato, pues, nada se dispone que el fuero alcanza otro tipo de acciones de personal, como lo es el traslado o movilización de la funcionario, caso que nos ocupa en su consulta. En esto, es oportuno referirnos a la diferencia existente entre una acción de personal de remoción y la de traslado de un funcionario.

Concretamente sobre este tema, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado, en la siguiente forma:

“A juicio de la Sala, existen sustanciales diferencias entre el traslado como acción de personal o medida disciplinaria impuesta por el funcionario u organismo público competente al recurso humano bajo su dirección y la remoción de éste. A este respecto, la remoción es sinónimo de destitución del recurso humano o funcionario por incurrir en causales disciplinarias que la ameriten, o bien prescindir de dicho personal por ser de libre nombramiento y remoción. Mientras que el traslado es la movilización vertical u horizontal de la respectiva unidad, regularmente dentro del engranaje institucional, bajo ciertas condiciones y limitaciones, que permanece vinculado a la función pública.

En el primer caso, la persona cesa de prestar servicio al Estado, mientras que, en el segundo supuesto, no; empero, ambas tienen en común ser, genéricamente, acciones de personal. Incluso la Sala ha dicho, como bien lo anota la Procuraduría de la Administración, que no debe tenerse el traslado como una remoción "toda vez que no constituye una sanción" (Cfr. sentencia de 29 de noviembre de 1993), ello por cuanto las sanciones disciplinarias están claramente establecidas en el Reglamento.

La acción de personal aplicada a la señora María Sánchez, quien es Analista de Personal III (desde el 1 de abril de 1987, grado 10, etapa 0, según Resolución No. 4960-87)-, no fue una remoción de su puesto público y tampoco una suspensión en la prestación personal de su servicio bajo la égida de la Caja de Seguro Social, sino un traslado fundamentado por la Administración, toda vez que obedeció a necesidades del servicio debidamente comprobadas. En efecto, la Institución de seguridad social detalla por medio de su representante

legal, que atravesaba por un proceso de reestructuración, entre otros, de los sistemas de administración de recursos humanos en aplicación de los métodos de descentralización y desconcentración de esas importantes dependencias administrativas.

En el traslado que acusa de ilegal la recurrente no se han desmejorado las condiciones laborales relativas al salario que devenga; ciertamente que su apoderado judicial alega que el cargo de Jefa de Personal del Complejo Metropolitano Arnulfo Arias Madrid es superior al de Analista de Personal sin embargo no ha aportado el decreto o resolución respectiva mediante el cual a María Sánchez se le haya nombrado en propiedad en el cargo de Jefa de Personal en el referido complejo, de allí que no puede alegar estabilidad y menos inamovilidad en el mismo aunque el desempeño en el cargo interino haya sobrepasado el término de 6 meses, previsto para los casos de rotación del personal por el artículo 37 del Reglamento Interno de la institución demandada.

Aquí es menester precisar, que según las constancias procesales, y así lo reconoce la Administración, la recurrente como funcionaria administrativa goza de estabilidad en el cargo (lo que no significa inamovilidad como arguye su apoderado judicial), ya que cumple en exceso los años que exige a este personal el artículo 28 A que se afirma violado. Su experiencia e idoneidad fueron consideradas por sus superiores como bien anota la licenciada Dana Castañeda (foja 40, en Informe- ICYS-4639-98-SdeA-dirigido a la entonces Directora General) y el Informe Explicativo de Conducta, para servir a la institución como Jefa del Departamento de Personal en el Complejo Metropolitano; sin embargo, esa designación fue concedida "ad-interin", o sea, temporaria-provisionalmente, no en propiedad, mediante un nombramiento formal seguido del acto de toma de posesión del cargo". (el resaltado es nuestro)

Del extracto del fallo, se observa la marcada diferencia que existe entre las acciones de personal (destitución y traslado), pues mientras que en la primera hay un cese de funciones, es decir, culmina la relación laboral, en la segunda se hace una movilización del funcionario dentro de la estructura institucional, en tanto que persiste, la relación laboral y por ende la remuneración salarial, pues no surge aquí algún tipo de inseguridad económica.

Otro señalamiento importante que hace nuestra más alta Corporación de Justicia, es con relación a la estabilidad laboral, es que esta no implica precisamente la inamovilidad del cargo, claro que no debe haber un desmejoramiento salarial y de las condiciones laborales.

En consecuencia, la movilización o traslado de una funcionaria amparada por el fuero de maternidad, no implica, precisamente la vulneración al fuero de maternidad, ya que no nos encontramos ante una situación de remoción del cargo, situación de la cual si protege el fuero a la mujer, y aunado a ello, que la estabilidad no significa que surge una inamovilidad.

En conclusión, es nuestro criterio que la movilización o traslado de la Corregidora que expone en su consulta, es viable siempre que en el mismo, no se produzca un desmejoramiento salarial, de las condiciones laborales y pérdida de los derechos que esta mantiene en virtud del contrato de trabajo actual.

Ahora nos referiremos a su segunda consulta

Según manifiesta la administración anterior, otorgó licencias para el expendio de bebidas alcohólicas para Cantinas, Bodegas, Mini Súper, Tiendas de licores Parrilladas y otras, sin cumplirse con los requisitos legales respectivos, para obtener los permisos respectivos.

De lo dicho pregunta a este despacho lo siguiente:

“Que recursos legales para hacer frente a esta situación, que va en contra de la moral y buenas costumbre del Distrito.

Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Se entiende, que le interesa conocer nuestro criterio sobre la viabilidad de cancelar las licencia de expendio de bebidas alcohólicas, emitidas sin el cumplimiento de los requisitos correspondientes.

La Ley 55 de 1973, que regula la administración, fiscalización y cobro de varios tributos, en su artículo 2, enuncia los requisitos legales para la obtención de una licencia para la venta de bebidas alcohólicas, que cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 2: La venta de bebidas alcohólicas sólo podrá efectuarse mediante licencia expedida por el Alcalde del respectivo Distrito previa autorización de la Junta Comunal y para poder operar debe obtenerse licencia comercial otorgada por el Ministerio de Comercio e Industrias a nombre del interesado...”

De la norma supracitada se extrae, que el interesado en explotar comercialmente la venta de licores, debe cumplir con lo siguiente: a) el visto bueno de la Junta Comunal correspondiente, b) la licencia emitida por el Alcalde del Distrito, y c) la licencia comercial expedida por el Ministerio de Comercio e Industrias a nombre del interesado.

Dicho de otra manera, la venta de bebidas alcohólicas, solamente puede efectuarse mediante licencia expedida por el Alcalde del respectivo Distrito, previa autorización de la Junta Comunal y para operar deberá tenerse la licencia comercial expedida por el Ministerio de Comercio e Industrias.

Con relación a la licencia comercial que corresponde expedir al Ministerio de Comercio Industria, debemos señalar que el Decreto Ejecutivo N°35 de 9 de mayo de 1996, modificado por la Ley 25 de 1994, que regula el ejercicio del comercio y explotación de la industria, dispone claramente en su artículo 19, que para la expedición de la licencia o registro definitivo, la autoridad requerirá al solicitante la autorización expedida por la autoridad correspondiente, entiéndase entonces, que primero debe obtenerse la licencia del Alcalde, para lograr la licencia comercial.

Ahora bien, la Ley 55 de 1973, permite la consignación de licencias para la venta de bebidas alcohólicas, con requisitos específicos de acuerdo a las clases de establecimientos, a saber; a) los dedicados a la venta al por mayor, b) venta al por menor y c) venta al detal de licores en recipientes abiertos para el consumo. (Ver artículos 3, 4, 9 y 12)

Precisamente por la finalidad distinta que persiguen, las licencias según la clase de establecimiento expedidas por los Alcaldes, se otorgan para que la actividad se realice en lugares específicos y determinados. Parte de las condiciones exigidas para el otorgamiento de la licencia es que los locales donde se va a desarrollar el expendio de licores se encuentren a determinada distancia.

Luego entonces, el Alcalde deberá vigilar que los interesados en obtener las respectivas licencias, cumplan con los requisitos de conformidad con la clase de establecimiento y le corresponderá examinar aquellas que no se ajustan a la ley.

Con relación a la cancelación de las licencias, tema de su consulta, debemos citar en primer instancia el artículo 5 de la Ley 55 de 1973, cuyo texto es del siguiente tenor:

“Artículo 5: El Alcalde del Distrito podrá cancelar la licencia a los establecimientos de ventas al por mayor de bebidas alcohólicas y procederá a su cierre en los casos siguientes:

- a) Cuando haya incurrido en mora en el pago del impuesto respectivo por mas de tres (3) meses; y
- b) En los casos de reincidencia de ventas al por menor.

Igualmente, el mismo cuerpo legal en su artículo 13, enuncia las causas por la cual el Alcalde puede cancelar las licencias de las cantinas y bodegas, y ordenar el cierre de las mismas, en lo que se dispone lo siguiente:

“Artículo 13: El Alcalde de cada distrito podrá cancelar las licencias de las cantinas y bodegas y procederá al cierre en los siguientes casos:

- a) Cuando haya incurrido en mora en el pago del impuesto respectivo por más de tres (3) meses;
- b) Cuando así se solicite por frecuentes riñas y escándalos y se compruebe el hecho en que se basa la solicitud;
- c) Cuando se trate de alguno de los casos debidamente comprobados, a que se refiere el artículo anterior;
- d) Cuando se vendan bebidas alcohólicas a menores de edad; y

- e) Cuando por razones de interés social lo solicite la Junta Comunal respectiva”.

De lo antes descrito, se colige de forma clara que a quien le corresponde como autoridad cancelar y asimismo proceder al cierre de cualquiera de las tres clases de licencias de las enunciadas en la ley, para el expendio de bebidas alcohólicas, es el Alcalde del respectivo Distrito. No obstante, éste para proceder a la cancelación y cierre de un establecimiento, debe observar que se haya incurrido en una de las causales que expresamente señala la ley.

A lo anterior cabe agregar, que el Alcalde tiene la atribución para cerrar los establecimientos, que sin la licencia expedida por su persona, ejerzan la venta de licores dentro del Distrito. La Corte Suprema de Justicia en sentencia lo ratifica el 25 de abril de 2003, así: “si el Alcalde está facultado para proceder al cierre de cantinas y bodegas amparadas por licencias otorgadas por el mismo, en determinados supuestos que determina el artículo en mención, también puede proceder al cierre de establecimientos de ese tipo que operen sin la debida licencia en el distrito”.

En consecuencia, la cancelación de una licencia para el expendio de bebidas alcohólicas, es viable jurídicamente, si se incurre en una de las causales que la Ley 55 de 1973, enuncia o en caso de que el local esté operando sin la licencia correspondiente.

En caso de que los establecimientos de venta de bebidas alcohólicas, cuentan con las licencias respectivas, sólo podrá proceder a la cancelación de las mismas y al cierre, cuando se incurra en una de las causales que ya hemos enunciado con anterioridad, lo cual deberá hacer a través de una resolución motivada.

Con la intención de ampliar lo consultado le adjuntamos copia de la Circular N° DPA/003/99 relativa a las licencias para el expendio de bebidas alcohólicas, emitida por este despacho.

Con la pretensión de haber atendido debidamente su solicitud, me suscribo de usted atentamente.

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/21/cch.