

Panamá, 5 de octubre de 2004.

Licenciado

JULIO ESCOBAR, Ph.D

Secretario Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación

E. S. D.

Señor Secretario Nacional:

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 N°2523-8 calendada 24 de septiembre de 2004, a través de la cual nos pregunta sobre “la jornada de trabajo que debe aplicarse en esa entidad, la cual representa”.

Antecedentes:

En SENACYT se ha venido laborando con un horario diurno de 8: a.m. a 5:00 p.m., lo que constituye ocho horas de despacho mas una hora de almuerzo, ahora bien es importante señalar que algunas disposiciones constitucionales y legales se refieren a la jornada laboral. Así por ejemplo, el artículo 66 de la Constitución Política establece jornada máxima de trabajo diurno de ocho (8) horas.

Por su parte el artículo 795 del Código Administrativo señala lo siguiente:

“Artículo 795. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales en las Oficinas Públicas **las horas de despacho obligatorio las fijará el Poder Ejecutivo**, si son de orden nacional, el Gobernador si son de orden provincial y si son de orden municipal el Alcalde.

1. Si esos empleados no hicieren esa designación **la hará el Jefe de cada Oficina por lo que a ella respecta.**
2. En la puerta de cada oficina se conservará un cartel que indique la hora de despacho obligatorio, para conocimiento e inteligencia de los particulares.
3. Las horas de despacho serán por lo menos siete horas diarias.”

El Artículo 45 del Modelo de Reglamento Interno para las Instituciones Del Sector Público, aprobado por Resolución N°2 de 7 de enero de 1999 de la Junta Técnica de Carrera Administrativa, indica que los servicios públicos deberán trabajar no menos de cuarenta (40) horas semanales, sobre la base de cinco (5) días laborales.

No obstante, lo anterior, **el artículo 46 de la misma excerta legal deja abierta a la administración la posibilidad de fijar el horario de almuerzo**, siempre y cuando se establezca en forma escalonada de manera que no se interrumpa el servicio público, trayendo como consecuencia que las diversas instituciones del sector público determinen sus diferentes horarios, **de acuerdo a la naturaleza del servicio que se preste.**

Lo que se consulta:

1. Si la jornada de ocho (8) horas de trabajo está incluido el término de tiempo dedicado al almuerzo?
2. En caso de ser afirmativa la respuesta a la pregunta anterior, que horario deberá aplicar la Secretaria de Ciencia, Tecnología e Innovación:
a- 8:00 a.m. a 4.00 p.m.; b- 8:30 a.m. a 4:30 p.m.?
3. Si es aplicable la jornada de trabajo de 8:00 a.m. a 5:00 p.m.

Opinión de SENACYT

De las normas antes citadas, se infiere que el legislador le otorgó al funcionario encargado de cada institución la facultad de decidir el horario de trabajo que más conviniera a sus fines y objetivos, pero sobre todo al servicio y atención que brinda a los asociados, enmarcándolo dentro de ciertos preceptos como son: jornada máxima de trabajo diurna, ocho (8) horas; que deberá existir un horario para almuerzo; que este horario deberá ser escalonado; y que las horas de despacho no serán menores de siete (7) horas al día.

Sin embargo, la legislación vigente y aplicable al sector público, ha guardado silencio sobre la consideración o no del tiempo dedicado al almuerzo dentro del concepto de jornada laboral. Cabe resaltar que, sobre este particular la doctrina se ha mantenido dividida, luego entonces no es posible utilizarla como

referencia cierta. A manera de ejemplo hay autores que consideran que el tiempo dedicado al almuerzo debe ser considerado dentro de la jornada laboral diurna, mientras otros autores sostienen que el tiempo de almuerzo no debe ser contado dentro de las horas de la jornada laboral, de igual forma, otros sostienen que la hora del almuerzo no debe ser contado, cuando el mismo excede de dos (2) horas.

Ante la situación planteada, consideramos que es potestad del Secretario Nacional de la Secretaría Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación decidir sobre el horario que debe establecerse en esta Secretaría, siempre que garantice el cumplimiento de la norma que establece un mínimo de siete (7) horas de trabajo. Ahora bien, necesitamos saber si el tiempo establecido para el almuerzo de los funcionarios debe o no ser considerado como parte de la jornada laboral.

Criterio de la Procuraduría

Iniciamos el presente estudio, transcribiendo el contenido de los artículos 66 de la Constitución Política y 795 del Código Administrativo, para mayor aclaración de lo consultado.

“**Artículo 66.** La jornada máxima de trabajo diurno es de ocho horas y la semana laborable hasta cuarenta y ocho;...”

Artículo 795. Sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales en las Oficinas Públicas las horas de despacho obligatorio las fijará el Poder Ejecutivo, si son de orden nacional, el Gobernador si son de orden provincial y si son de orden municipal el Alcalde.

1. Si esos empleados no hicieren esa designación **la hará el Jefe de cada Oficina por lo que a ella respecta.**
2. En la puerta de cada oficina se conservará un cartel que indique la hora de despacho obligatorio, para conocimiento e inteligencia de los particulares.
3. Las horas de despacho serán por lo menos siete horas diarias.”

A la luz de la Constitución Política, se aborda el tema de tiempo que emplea el trabajador para dar sus servicios a un empleador, el cual no siempre ha permanecido inmutable. La jornada de trabajo (es propia del día) y significa

que es el tiempo de duración del trabajo diario de los obreros o empleados.¹ Así por ejemplo encontramos que en otras épocas bajo el régimen esclavista, la jornada de trabajo era extensa, forzoso e inhumana; en la actualidad con los avances tecnológicos los horarios de trabajo han tenido una tendencia a reducir pero manteniendo la calidad del servicio en términos mínimos.²

Como podemos apreciar, la jornada de trabajo es el tiempo que el trabajador no puede utilizar en otros menesteres porque está a la disponibilidad del empleador.

El artículo 795, del Código Administrativo preceptúa que sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, para las oficinas estatales, las horas de despacho obligatorio será fijado por el poder ejecutivo, si es de orden nacional, el gobernador en el ámbito provincial, y distrital por el jefe de la administración municipal.

Sin embargo, la norma preceptúa que si estas autoridades no hicieren dicha designación, lo hará el Jefe de la Oficina, por lo que a ella respecta. En este caso, si esto no ha sido establecido por ley especial, ni por el poder ejecutivo regirá para SENACYT, lo establecido en el artículo 795 numeral 1 y siguientes.

¿Qué es un horario de trabajo? El horario de despacho o de trabajo viene a ser el número y distribución diaria y semanal de las horas normales de trabajo en cada establecimiento o empresa, según los diferentes categorías de trabajadores. Sirve para la medida de la asistencia y de la puntualidad, esenciales factores para el rendimiento y la disciplina del trabajo encomendado. Por consiguiente, dependerá de la naturaleza de trabajo que se realice, así mismo, el Jefe lo evaluará para determinar el horario de despacho conveniente al servicio que brinda.

Por otro lado, trabajo efectivo comprende sólo el tiempo en que el trabajador desarrolla de manera efectiva, su energía de trabajo. En nuestro medio se considera que la jornada de trabajo ha de entenderse como el tiempo que el trabajador no puede utilizar libremente por estar a disponibilidad del empleador, por ende, es el tiempo que está disponible a las órdenes del empleador.

¹ MONTENEGRO FUENTES, Luis. Constitución Política de la República de Panamá, 1972. Reformada por los actos reformativos de 1978 y el acto constitucional de 1983 Titulada y Comentada; edición 1993; editorial PUBLIPAN; pág 100.

² Op cit. Pág. 101

Concluyendo, en nuestros ordenamientos positivos, se puede colegir que la jornada máxima de trabajo en cualquiera institución del gobierno central, autónoma, semiautónoma o municipal es de 8 horas diarias y de 40 horas semanales, que se podrá reducir hasta 7 horas la jornada de trabajo, y que sin perjuicio de las leyes especiales de las Oficinas Públicas, las horas de despacho serán fijadas por el poder ejecutivo, si es de orden nacional, el gobernador si es provincial, y distrital al Alcalde y sino ha sido fijado por éstos; lo fijará el Jefe de la Oficina, en este caso, el Secretario Nacional de la Secretaría Nacional de Ciencia, y Tecnología e Innovación.

Se evidencia que el desarrollo de las actividades que se efectúan en la administración son dinámicas, y no puede sólo reducirse a esquemas interpretativos. Según el administrativista Roberto Dromí, la existencia de poderes discrecionales es inexcusable para el funcionamiento de la acción administrativa. Explica que si bien la Administración está sujeta a las reglas y principios del ordenamiento jurídico, inclusive actúa en el ejercicio de competencias que se han denominado discrecionales (reglamentaria, impositiva, organizativa), pues para ellas rige al menos, de modo inexcusable, el principio de razonabilidad. La satisfacción del interés general, es y debe ser el fin que justifica toda acción administrativa, que lleva implícita la idea de racionalidad, de manera que en ningún caso su invocación legitime actuaciones arbitrarias o contrarias³.

Lo antes, no contradice el principio de legalidad, pues el funcionario sólo debe hacer lo que la ley ordene, y nunca puede ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la ley se las conceda directamente, por ello podría concluirse que el primer límite a esa discrecionalidad es la ley que lo autoriza. (artículo 18 de la Constitución Política).

Ahora bien, el Código Administrativo, en su artículo 795, señala que si el poder ejecutivo no ha establecido las horas de despacho lo fijará el Jefe de la Oficina respectiva. En ese mismo orden de ideas, también tenemos que la Resolución N°2 de 7 de enero de 1999 de la Junta Técnica de Carrera Administrativa, indica que en los servicios públicos deberán trabajar no menos de cuarenta (40) horas semanales, sobre la base de cinco (5) días laborales. (artículo 45)

No obstante, lo anterior, **el artículo 46 de la misma excerta legal deja abierta a la administración la posibilidad de fijar el horario de almuerzo**, siempre y cuando se establezca en forma escalonada de manera que no se interrumpa el servicio público, trayendo como consecuencia que las diversas instituciones del

³ DORMÍ, Roberto. Derecho Administrativo; 7ª edición actualizada, Argentina, 1998, pág 517.

sector público determinen sus diferentes horarios, **de acuerdo a la naturaleza del servicio que se preste.**

En ese sentido, la administración no sólo puede fijar las horas de despacho sino que también puede decidir sobre el horario de almuerzo, tomando en consideración la naturaleza del servicio que presta, y siempre que el servicio sea ininterrumpido. Ello es así, por que uno de los elementos esenciales del servicio es su continuidad. Veamos:

“La continuidad ya que por razón de la importancia y de la naturaleza de las necesidades colectivas que están destinados a satisfacer, los servicios públicos deben presentarse en forma ininterrumpida, continua, permanente. Su paralización crea grave daño a la sociedad, o al menos puede acarrearlo; de allí que se sancione de modo severo a quienes atentan contra su prestación.”⁴

De allí, entonces que coincidamos con la opinión de la Secretaria Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, en cuanto a que el Secretario Nacional, puede decidir **sobre el horario de despacho**, de conformidad con el artículo 795, siempre que se garantice el cumplimiento de la norma que establece un mínimo de siete (7) horas diarias.

En cuanto a si la hora de almuerzo de los funcionarios públicos debe ser considerado dentro de la jornada de trabajo, somos de opinión de que si la práctica administrativa, en las instituciones públicas la incluye, debe regir.

En materia de interpretación y aplicación de la Ley, el Código Civil en su artículo 13, establece que cuando no haya ley exactamente atribuible al punto controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional, ***las reglas generales de derecho, y la costumbre***, siendo general y conforme con la moral cristiana.

Retomando la regla de hermenéutica legal citada, si la práctica administrativa, ha sido de que la hora de almuerzo se incluya dentro de la jornada de trabajo, ésta debe regir, en virtud de la costumbre o práctica administrativa.

En un fallo del extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, fechado 7 de septiembre de 1948, sobre el valor de la práctica administrativa se señaló lo siguiente:

⁴ GARCÍA-HERREROS S., Orlando. Lecciones de Derecho Administrativo. “2da. Edición; Santa Fe, Colombia. Pág, 286.

“De la adopción de la escala y siguiendo la práctica y la tradición, surge de inmediato un problema de prevalencia legal ¿Debe privar el uso, la práctica administrativa, la Ley o la costumbre sobre la ley?

No cabe la menor duda de que el derecho administrativo por ser una rama jurídica en formación constante y por estar pasando actualmente por una obra de sistematización, **no es todo en él derecho positivo.** Necesariamente para alcanzar una integración de su vasta materia ha de aceptar como fuentes de donde emane su propia esencia, cierto derecho no escrito, ya que en verdad, la administración no se encuentra sometida completamente a derecho estatuido y requiere en cierta extensión del derecho consuetudinario.

Pero en manera alguna las fuentes generales del derecho Administrativo como la ley, el reglamento; el decreto que representan derecho positivo, dan paso al uso, a la práctica administrativa, a la costumbre, a la tradición, que a penas van preparando lentamente el camino a la obra del legislador.”

Para el autor Rafael Entrena Cuesta, la consideración de las prácticas administrativas como fuente subsidiaria del Derecho Administrativo ha sido mantenida por numerosos autores españoles y extranjeros e incluso en alguna ocasión por el Tribunal Supremo. Éste, en Sentencia de 15 de marzo de 1963, dictada en un pleito en que se discutía sobre el procedimiento a seguir para la celebración de los exámenes académicos, resolvió que “no existiendo una ordenación positiva específica” ..., hay que seguir la costumbre, que es fuente del Derecho según el artículo 6 del C.c. hoy artículo 1.3 en defecto de la ley, extensivo al Derecho especial, como es el administrativo.”⁵

Se colige de la jurisprudencia y la doctrina, que la costumbre o la práctica administrativa son fuentes supletorias del Derecho Administrativo de manera mediata. En ese sentido, si la práctica, ha sido de incorporarse el tiempo de almuerzo dentro de la jornada de trabajo, entonces deberá seguirse aplicando de acuerdo al análisis expuesto.

⁵ ENTRENA CUESTA, Rafael. Curso de Derecho Administrativo, Val. I, Undécima Edición; Editorial Tecnos, S.A.; Madrid; 1996, p.128-129.

Finalmente este despacho concluye que el Secretario Nacional de SENACYT, puede de conformidad con el artículo 975 del Código Administrativo, numeral 1, fijar las horas de despacho y disponer el tiempo de almuerzo que considere oportuno de acuerdo a las necesidades del servicio que presta esta institución, siempre y cuando estas designaciones de horario no rebase los límites establecidos en ley y demás regulaciones vigentes.

Con la pretensión de haber aclarado, su interesante consulta, me suscribo de usted, con mi mas alta consideración y respeto.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.