

6 de octubre de 1993

Honorable Representante
DIONICIO GONZALEZ C.
Presidente del Concejo Municipal
de Barú.
E. S. D.

Estimado Señor Presidente:

Con mucho agrado procedemos a dar respuesta a sus interrogantes; no sin antes externarle nuestro más cordial saludo.

Como quiera que sus interrogantes están referidas a dos situaciones distintas, aunque concatenadas, preferimos responder las dos preguntas iniciales bajo el tema VACACIONES DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS; y la tercera de sus preguntas bajo el tema LA DESTITUCION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS.

Hacemos la aclaración de que nos referimos estrictamente al campo Municipal.

I. DERECHO DE LOS FUNCIONARIOS A GOZAR DE VACACIONES

Ya en múltiples ocasiones tanto las autoridades como la jurisprudencia nacional, han destacado que el derecho a gozar de vacaciones, le es atribuible a toda persona, es decir, a tanto funcionarios públicos, como a trabajadores del campo privado.

No obstante, ello, este derecho está regulado en la Ley en el área del derecho público Municipal, específicamente la Ley 106 de 1973 con su reforma nacida en la Ley N.º.52 de 1984, y en términos generales supletoriamente en el Código Administrativo y otras normas sobre la materia.

En el Artículo 796 del Código Administrativo, se da perfecta cuenta de la consagración de este derecho a favor de todos los empleados del Estado.

"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 servicios, a treinta días de descanso con sueldo, siempre que durante aquel tiempo, no haya tenido arriba de treinta días de licencia por enfermedad o por cualquiera otra causa.

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 su separación del cargo no obedezca a la Comisión de alguna falta grave en el ejercicio de su empleo.

PARAGRAFO: Esta vacaciones son obligatorias para todos los empleados públicos de que trata esta Ley y el Estado está obligado a concederlas.

Son acumulables las vacaciones correspondientes a dos años."

Es de notar que, en la redacción original de esta disposición, se encontraba subyacente una reflexión, cual era, una restricción al derecho de acumular vacaciones por más de dos años; no obstante, en virtud de acción de inconstitucionalidad propuesta por el Director General de la Caja de Seguro Social, el Doctor Jorge Abadía Arias, a mediados de 1975, la Suprema Corte de Justicia, en pleno y, bajo la ponencia del Magistrado Ricardo Valdés, decidió declarar inconstitucional, esta restricción, veamos la reseña realizada por el Centro de Investigaciones sobre este fallo.

"Con relación a último párrafo del artículo 796 del Código Administrativo, que también se impugna por establecer que sólo "son acumulable las vacaciones correspondientes a dos años", la Corte también acogió la solicitud porque consideró que esta frase no se ajusta

a los principios constitucionales en los artículos 65 y 74, por cuanto que si bien es cierto que esa limitación "constituye más que todo una obligación del Estado para que sea concedido oportunamente ese derecho a sus servidores, en su aplicación ha ocurrido, como lo señaló el señor Procurador, que ha sido interpretada como una prescripción del derecho del trabajador a percibir no sólo el descanso, sino la remuneración correspondiente a los meses que exceden tal acumulación, en caso a remoción o cuando por cualquier otra causa debe separarse al empleado del cargo que desempeñaba."

"Lo anterior no impedirá, por ser una exigencia que impone la realidad que, en lo relativo al derecho a descanso correspondiente a las vacaciones, se limite su acumulación a dos meses, pues de excederse a ese período es obvio que ello constituiría una traba para la buena administración en los servicios públicos, pero en esos casos debe salvaguardarse el derecho del empleado a percibir el importe correspondiente a las vacaciones no gazadas en excesos a la acumulación señalada."

Por otra parte, otra norma jurídica atinente a este caso, es el Decreto de Gabinete N.º.1 de 2 de enero de 1993, por el cual se adopta el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal de 1993.

Este Decreto en su Artículo 109 establece lo siguiente:

"ARTICULO 109: El funcionario con dos o más meses de vacaciones acumuladas hará uso de ellas por un mínimo de dos (2) meses en la vigencia de 1993. Si por necesidad del servicio, el Ministro o Director de la institución considera la postergación del uso de las mismas a funcionarios bajo su responsabilidad, deberá hacer constar tal circunstancia, mediante Resolución motivada. La renuncia o destitución de un funcionario no afectará su derecho

por las vacaciones acumuladas pendientes, las cuales le serán pagadas de conformidad con las disposiciones vigentes".

Como se puede ver la inteligencia de este texto está acorde con el fallo de la Corte Suprema de Justicia que hemos comentado. Cuando dice el funcionario con dos o más meses de vacaciones acumuladas..., es decir que los funcionarios del Estado sí pueden acumular más de dos meses de vacaciones.

Otra situación distinta, es la de que este funcionario (con más de dos meses de vacaciones), haga uso de ella por mandato de Ley de Presupuesto durante la vigencia fiscal de 1993. Es decir que por regla general el funcionario que tenga más de tres meses de vacaciones acumuladas, en este año puede o ha podido tomar mínimamente dos meses.

Es de notar que en el estudio del artículo 109, se ha hecho una salvedad, es decir una excepción cuando sea necesaria el servicio del funcionario, es decir, que aún sin ser considerado indispensable en virtud de eficacia del servicio público, se requiere que el funcionario se mantenga en el ejercicio de sus funciones.

Nótese además, que la posibilidad de postergar esas vacaciones le está adscrita al Jefe del despacho; y a no dudar y con basamento en el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia, el Tesorero Municipal es el Jefe del Despacho encargado del servicio de Hacienda Municipal.

En fallo de 10 de mayo de 1993, en un interesante caso planteado por el Licenciado Bolívar Rodríguez Hernández, la Corte tuvo la oportunidad de externar su punto de vista respecto a la democracia Municipal y más específicamente al Gobierno local; allí se dijo.

"En atención al carácter democrático que debe prevalecer en el gobierno la Constitución Política asigna una función diferente a cada funcionario o corporación municipal. Así, el artículo 234 Constitución Nacional atribuye la función legislativa a una corporación que se denominará Consejo Municipal, integrada por todos los Representantes de Corregimientos que hayan sido elegidos dentro del Distrito.

El artículo 238 *ibidem* preceptúa que en cada Distrito habrá un Alcalde, Jefe de la Administración Municipal y que ejercerá la función ejecutiva. Por último, el artículo 239 de la Constitución establece que en cada Distrito habrá un Tesorero, elegido por el Consejo Municipal, para un período que determinará la Ley, quien será el Jefe de la oficina o departamento de recaudación de las rentas Municipales y pagaduría.

Como se puede observar las funciones ejecutiva, legislativa y financiera están asignadas por el Constituyente a una determinada corporación o funcionario municipal, en virtud de la organización democrática que debe imperar dentro del régimen municipal.

Adicionalmente, en los artículos 238 y 239 la Constitución establece que el Alcalde es el Jefe de la Administración Municipal y que el Tesorero Municipal será el Jefe de la oficina o departamento de recaudación de las rentas municipales y de pagaduría. El término "Jefe" según la definición expuesta por el jurista francés Henri Capitant en su obra Vocabulario Jurídico, es aquella persona que ejerce autoridad sobre un grupo. Por otro lado, el tratadista uruguayo Eduardo J. Couture considera que "Jefe" es el Superior, en el orden jerárquico, de una organización, equipo o cuerpo administrativo.

El Tesorero Municipal, por su parte, según lo establece el artículo 239 de la Constitución, es nombrado por el Consejo Municipal para un período que determinará la Ley, y es el Jefe de la oficina o departamento de recaudación de las rentas municipales y de pagaduría. Lo anterior significa que como Jefe de la Oficina de Tesorería Municipal, el Tesorero es el funcionario que ejerce autoridad sobre dicho departamento, y, por tanto, tiene facultad de nombrar y destituir el personal subalterno de la Tesorería.

Del citado y extenso fallo de la Corte Suprema de Justicia, se desprende que a no dudar el Tesorero es el Jefe del despacho a cuya responsabilidad esta el servicio de hacienda municipal.

Es decir, que el señor Tesorero como Jefe de Oficina o de Departamento de recaudación de las rentas municipales y de pagaduría, es toda una autoridad dentro del Municipio. Ello es así, para garantizar la independencia de la oficina de Tesorería dentro de la organización democrática del régimen municipal.

Para ir concluyendo a este respecto, diremos que:

1.- No se le puede obligar al Tesorero Municipal hacer uso de sus vacaciones en virtud de que se trata de un alto funcionario dentro del gobierno local; solo él podría decidir sobre si toma o no las vacaciones. Esto se entiende así, en virtud de una autonomía e independencia de tipo administrativo financiero del Tesoro Municipal y por la calidad y jerarquía de su cargo.

2.- Tampoco se puede decir que al no acogerse al derecho de vacaciones, pierda otros derechos, cual es, el derecho al pago a la misma. Ello es así, porque el derecho a las vacaciones, tiene como una de sus aristas, la cancelación o el pago de dicho tiempo. No es concebible entonces que a un funcionario se le cercene el derecho a percibir el pago de sus vacaciones; lo cual le corresponde cuando efectivamente se acoja al descanso al cual tiene derecho.

II.- LA DESTITUCION DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS

En cuanto a este tema, para que proceda la destitución de cualquier funcionario del Estado, deben estar consagrado en la Ley los mecanismos y elementos causales o que la apoyen. (ver artículo 297 de la Constitución Nacional).

En el caso en estudio la Ley atinente, es la Ley 52 de 1984, que en su artículo 30 preceptúa:

"ARTICULO 30: El Artículo 55 de la Ley 106 de 8 de octubre de 1973, quedará así:

"Artículo 55.- Los Tesoreros Municipales sólo podrán ser destituidos por la Corporación respectiva en los siguientes casos:

1. Incumplimiento de sus deberes como servidores públicos;

2. Condena por falta cometida en el ejercicio de sus funciones o por delito común; y,

3. Mala conducta en el ejercicio de sus funciones.

El Reglamento Interno de los Consejos Municipales establecerá el procedimiento para la comprobación de los hechos y la determinación de las responsabilidades de los servidores públicos mencionados".

En la inteligencia de este artículo, se encuentra como contenido el derecho a favor del Tesorero municipal, en el evento de que se pretenda su destitución, a que dicha pretensión sea en virtud de esas tres causales contenidas en la Ley.

Estas causales son claras, como se ha visto en ellas no se contiene la falta de confianza por parte de la entidad nominadora (Concejo Municipal), respecto a su gestión.

Como cuestión formal, ya no de contenido, en esta excerta legal, se remite a los reglamentos internos para que se proceda a la comprobación de los hechos y a la determinación de la responsabilidad del Tesorero Municipal.

A falta de reglamento interno del Concejo Municipal del Distrito del Barú, para esta agencia del Ministerio Público, no es óbice para que se le de fiel cumplimiento al contenido del artículo 30 de la Ley 52 de 1984. Lo que significa que se debe cumplir con el encausamiento contenido en los tres numerales del artículo en estudio, y no por otra causal distinta, para proceder a la destitución del funcionario; en el caso de que los hechos investigados así lo recomienden.

Hacemos esta última salvedad porque guardamos cierta reserva cuando se trata de la destitución de un funcionario de tan alta jerarquía como lo es el Tesorero Municipal, por la seguridad que tal posición exigen en la estructura municipal.

Ello es así, dado que:

A.- Por un/lado la Ley consagra cierta estabilidad a este funcionario.

(Ver Artículo 55 de la Ley 106 con su reforma, es decir el Artículo 30 antes comentado)

B.- Por otra parte por la Resolución de la Corte Suprema de Justicia anteriormente comentada en la que esta máxima corporación de justicia ha dejado clara la altísima jerarquía del Tesorero Municipal.

Por las consideraciones anteriores creemos haber dado respuestas a sus interrogantes sobre este tema que de por sí es muy técnico y realmente interesante.

Sin otro particular somos de ustedes Atentos Servidores,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION

15/cch.