

, 20 de agosto de 1990.

Su Excelencia  
Ingeniero  
Rene Orillac J.  
Ministro de Obras Públicas  
E. S. D.

Señor Ministro:

Doy respuesta a su nota Nº EM-485, en la cual nos formula la siguiente consulta:

"Si lo establecido en los literales a y c del artículo 22 del Reglamento de Personal del Ministerio de Obras Públicas, es contrario a lo establecido en el artículo 796 del Código Administrativo y si existiendo la mencionada declaratoria de inconstitucionalidad es jurídicamente aconsejable la aplicación de los citados literales".

Gustosamente paso a contestar la interrogante planteada, previas las siguientes consideraciones:

Mediante Decreto Ejecutivo Nº 10 de 27 de marzo de 1974, el Órgano Ejecutivo aprobó el Reglamento de Personal para el Ministerio de Obras Públicas (MOP). El artículo 22, de dicho Decreto Ejecutivo, nos señala:

"Artículo 22: Se pierde el derecho a vacaciones:

- a) Cuando se haya gozado de una licencia sin sueldo mayor de 30 días.
- b) Cuando el empleado es separado del cargo obedeciendo a la comisión de alguna falta grave en el ejercicio de sus funciones.

c) Cuando el empleado ha trabajado por 33 meses consecutivos, sin mediar una Resolución de Vacaciones, pierde el derecho a un (1) mes de vacaciones. En estos casos se pierde el más antiguo.

d) Cuando se registren suspensiones por un período acumulado de treinta (30) días en el tiempo de servicio de los once (11) meses consecutivos considerado para efectos de vacaciones."

A la fecha en que entró en vigencia, el Reglamento de Personal del MOP, el artículo 796 del Código Administrativo no había sido modificado. Esta última disposición señalaba lo siguiente:

"Artículo 796: Todo empleado público, nacional, provincial o municipal, así como también el obrero que trabaja 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, siempre que durante aquel tiempo no haya tenido arriba de treinta días de licencia por enfermedad o por cualquier otra causa.

Exceptúase de esta disposición los empleados públicos que tienen acordadas vacaciones por leyes anteriores.

El empleado público, nacional, provisional 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.

Parágrafo: Estas 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".

En 1975, el Director General de la Caja de Seguro Social de ese entonces, Dr. Jorge Abadía Arias, por medio de apoderado judicial interpuso ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, un recurso de inconstitucionalidad respecto a dos frases contenidas en el artículo 796 del Código Administrativo, tal como quedó reformado por la Ley 121 de 1943.

Las frases que se impugnaban eran las siguientes:

- a) "Siempre que durante aquel tiempo no haya tenido arriba de treinta días de licencia por enfermedad o por cualquiera otra causa", y
- b) "Son acumulables las vacaciones correspondientes a dos años".

En sentencia de 11 de agosto de 1975, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, declaró como inconstitucionales las mencionadas frases, por considerárselas violatorias de los artículos 65, 67 y 74 de la Constitución Política.

La parte nuclear de este fallo, señala:

"La Corte difiere de la opinión del Procurador por cuanto acogió la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad en los dos aspectos planteados. Es así como con respecto a la primera frase dice que la condición contenida en ella coarta el derecho del trabajador a gozar de sus vacaciones -en pugna con los artículos 65 y 74 de la Constitución- porque "significa que el derecho a vacaciones sólo nace cuando se hubiere trabajado en forma ininterrumpida durante once meses consecutivos, pues si por cualquier otra causa o licencia que no sea por enfermedad que incapacite al empleado a trabajar por más de treinta (30) días, ello le impide adquirir ese derecho".

La Corte agrega que al disponer el artículo 63 en uno de sus párrafos:

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

"Esta parte constitucional recoge la concepción que la doctrina le otorga a este derecho eminentemente social, la cual nos indica que este instituto tiene como objeto básico la preservación de la salud del sector activo de la sociedad, puesto que por experiencia es sabido que no basta el descanso semanal para restablecer la capacidad de trabajo de una persona, sino que además necesita de las vacaciones anuales para poder restaurar su organismo físico y mentalmente de la fatiga o desgaste producido por el trabajo".

"Por otra parte, este instituto consagrado en la Constitución Nacional, como uno de los derechos y garantías considerados mínimos a favor de los trabajadores, según lo establece en su artículo 74, impone el deber al legislador de establecer normas en su desarrollo, preservándole como uno de los derechos cuyo ejercicio pleno o efectivo debe garantizarse".

Por lo que "las normas subalternas deben proporcionar fórmulas que, en la reglamentación al derecho de vacaciones y en la solución de este instituto con los otros derechos sociales del empleado público, tales como licencia por enfermedad, licencia de gravidez, etc.," no afecten el ejercicio de uno al otro, o se instituyan en forma que resulten incompatibles".

"En este orden de ideas, la frase comentada que se impugna, al supeditar el derecho a vacaciones a la contingencia de que el trabajador no haya obtenido otras licencias que también necesita por razones de salud o por otros motivos, lógicos, es considerar que esta condición de la cual depende dicho derecho, no es una fórmula jurídica que brinda la solución o garantía al derecho de vacaciones sino un obstáculo, que pugna con los artículos 65, 67 y 74 de la Constitución Nacional como se advierte en el recurso presentado".

Con relación al último párrafo del artículo 796 del Código Administrativo, que también se impugna por establecer que sólo "son acumulables las vacaciones correspondientes a dos años", la Corte también acogió la solicitud porque consideró que esta frase no se ajusta a los principios constitucionales contenidos 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 de remoción o cuando por cualquier otra causa debe separarse al empleado del cargo que desempeñaba".

En otros considerandos sobre esa misma frase, el Pleno continúa: "En virtud de la limitación establecida en la acumulación no surge una solución, que preserve como garantía mínima el derecho a vacaciones, aún cuando sea en su aspecto económico, que

como se ha expresado, "es una de las disposiciones de la Constitución Nacional cuyo nacimiento es inescindible".

"Lo anterior no impediría, por ser una exigencia que impone la realidad que, en lo relativo al derecho a descansos correspondientes 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 gozadas en exceso a la acumulación señalada."

No cabe duda, que el artículo 22 del Reglamento de Personal del MSP, no es compatible con el artículo 796 del Código Administrativo, luego de la reforma que sufrió a raíz del fallo de 11 de agosto de 1979. Ante esta situación jurídica, lo recomiendo lo siguiente:

a) Reformar los literales a) y c) del artículo 22 del decreto Ejecutivo Nº 10 de 27 de marzo de 1974, para Adecuarlo a lo establecido en el artículo 796 del Código Administrativo.

b) En cuanto a la aplicación de los literales a) y c) del artículo 22 del Decreto Nº 10 de 1974, a los servidores públicos del MSP, estimo que no es viable su aplicación; ello pugnaría con normas constitucionales y legales, que son de jerarquía superior a esa norma reglamentaria.

No obstante lo expuesto, deseo llamar la atención, que en nuestro sistema jurídico toda norma reglamentaria, aunque tenga vicios de ilegalidad y de inconstitucionalidad debe ser observada y aplicada por los servidores públicos. Es por ello que -en este caso concreto- mientras (a) el Órgano Ejecutivo no derogue o modifique el artículo 22 mencionado, el mismo debe ser aplicado; o b) hasta tanto el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, declare su inconstitucionalidad; (c) o la Sala Tercera de esa Corporación de Justicia, se pronuncie sobre su ilegalidad. Repárese en el hecho que estos dos (2) Tribunales son los encargados, en nuestro Derecho positivo, de pronunciarse sobre la constitucionalidad y la legalidad de las leyes, decretos, actos administrativos,

En aras de lograr que el derecho de vacaciones de los servidores públicos del MOP no se vea afectado, le sugiero preferir en su aplicación el Código Administrativo a los literales a) y c) del artículo 22 hasta tanto se coordine la modificación de los mencionados literales con el Órgano Ejecutivo.

Sin otro particular, me reitero con las seguridades de mi consideración y aprecio.

Aura Foroud  
Procuradora de la Administración.

VB/AP:cu