

Panamá, 2 de noviembre de 2001.

Señor:

Davilo González

Alcalde del Municipio de Olá.

E. S. D.

Señor Alcalde Municipal.:

Con agrado le brindo mi parecer jurídico a su *Consulta Administrativa* de 3 de septiembre de 2001, llegada a la Procuraduría de la Administración el día 5 de septiembre del 2001. Esta consulta dice relación con la posibilidad de declarar el nombramiento de un funcionario que hacia uso de sus vacaciones, insubsistente. Es decir destituirlo de su cargo. Otra arista es la del reconocimiento del derecho de licencia por "incapacidad médica", durante el tiempo en el cual ya debería haber cesado en sus funciones, por haber sido destituido.

Los hechos

En su *consulta* se hace una descripción bastante somera de los hechos relacionados con la duda jurídica de su Despacho. No obstante ello, nos parece que los hechos resaltan los siguientes acontecimientos:

1. Durante un periodo en el cual usted se encontraba fuera del Despacho, por razones justificadas, su Suplente, en calidad de Alcalde en funciones, ordenó la destitución de un funcionario de la Municipalidad.
2. Esta destitución se produjo en el momento en el cual el funcionario destituido se encontraba gozando del derecho a descanso remunerado anual, mejor conocido como vacaciones
3. Antes que se venciera el periodo de vacaciones, el funcionario ha sufrido un accidente, el cual le ha producido una incapacidad médica para el trabajo.
4. Hoy en día se pregunta si es posible hacer efectiva la medida destitutoria en ambas situaciones: durante las vacaciones, o durante la licencia por enfermedad.

La Consulta específica solicita opinión sobre lo siguiente:

*"Le agradezco me informe por escrito, si este señor queda insubsistente de sus labores **con la nota que le envió la Alcalndesa Encargada o sí se tiene que pagar el mes de incapacidad que a (sic) presentado**"* (La negrita es del consultante)

En términos concretos se nos pregunta desde qué momento queda ejecutoriada o efectiva, la Resolución Destitutoria.

Opinión de la Procuraduría de la Administración.

Para dar respuesta a su duda, tocaremos el tema de las medidas disciplinarias y el debido proceso sancionador, y los fines o cometidos perseguidos por la ordenación pública en materia de descanso remunerado y licencias por enfermedad.

Previo a la enunciación de nuestro parecer jurídico, nos permitiremos transcribir la normativa directa y especialmente aplicables; que para el caso presente reglan la materia. Veamos:

Normativas aplicables:

a. En la Constitución Política.

"Artículo 66. La jornada máxima de trabajo diurno es de ocho horas y la semana laborable hasta de cuarenta y ocho; la jornada máxima nocturna no será mayor de siete horas y las horas extraordinarias serán remuneradas con recargo.

La jornada máxima podrá ser reducida hasta a seis horas diarias para los mayores de catorce años y menores de dieciocho. Se prohíbe el trabajo a los menores de catorce años y el nocturno a los menores de dieciséis, salvo las excepciones que establezca la Ley. Se prohíbe igualmente el empleo de menores hasta de catorce años en calidad de sirvientes domésticos y el trabajo de los menores y de las mujeres en ocupaciones insalubres.

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 beneficio de los trabajadores". (Subraya la Procuraduría de la Administración)

b. En la Ley de Carrera Administrativa.

"Artículo 94. Todo servidor público tendrá derecho a descanso anual remunerado. El descanso se calculará a razón de treinta (30) días por cada once (11) meses continuos de trabajo, o a razón de un (1) día por cada once (11) días de trabajo efectivamente servido, según corresponda.

En base al programa de vacaciones acordado, es obligatorio para los servidores públicos con recursos humanos a su cargo, autorizar las vacaciones del personal; y para los servidores públicos en general, tomar sus respectivas vacaciones".

Interpretación y análisis de la Procuraduría de la Administración.

Como se sabe, en el fondo deberíamos preguntarnos ¿si los funcionarios que se encuentran en el ejercicio de los derechos, tales como: Vacaciones, Incapacidad por Enfermedad y Licencias, pueden ser objeto de notificaciones de actos administrativos que dicte la Administración, como destitución y/o suspensión.

Esta Procuraduría, antes de la entrada en vigencia de la Ley 38 de 2000, al respecto, no dudaba en afirmar que no existe reparo u obstáculo legal alguno para que un funcionario que esté en ejercicio de su derecho de vacaciones, licencias o incapacidad por enfermedad pudiera ser notificado de actos administrativos de destitución o suspensión.

Sin embargo, hoy en día con la aprobación de la Ley 38 de 2000 y nuevos criterios de la jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte suprema de Justicia y de esta Procuraduría, hemos variado el criterio. Esta forma nueva y garantista de ver las cosas, se puede enunciar desde dos razones básicas: una de Derecho fundamental y otra de Derecho Procesal.

Desde un punto visual jurídico, son dos razones esenciales que no permiten se continúen con la práctica de destituir a los funcionarios, durante el ejercicio de sus vacaciones. La primera de estas razones es por la naturaleza misma del derecho al descanso, y la otra, por exigencias de carácter procesal administrativo, para garantizar el derecho de defensa del funcionario.

Las razones de fondo:

La Corte Suprema de Justicia a través de sus Fallos, en los últimos tiempos, ha perfilado la defensa del derecho al descanso. En este sentido puede afirmarse que las condiciones de trabajo del funcionario deben ser respetados durante el periodo de descanso, pues de lo contrario no se podría disfrutar de ese derecho.

La Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido lo siguiente:

"El pago de correspondiente a vacaciones debe reflejar los salarios devengados por el trabajador en los meses anteriores a la fecha efectiva de disfrute del derecho, pues esta es la única manera de que el tiempo libre sea dedicado al descanso y a la reposición de fuerzas, lo que no ocurriría si se adopta otra solución, que implicaría normalmente, que el trabajador recibiera una remuneración vacacional inferior al salario que venía devengando en los meses anteriores a la fecha del ejercicio del derecho y alrededor del cual ha organizado su modo de vida y el de su familia" (Hoyos Arturo, citado por el Fallo de 15 de junio de 2001 de la Sala Tercera de lo Contencioso administrativo)

Otra cosa muy distinta es que luego de este periodo se ejerzan las medidas disciplinarias que sean necesarias cuando proceda, si se trata de una sanción disciplinaria. Si se tratara simplemente del ejercicio del derecho discrecional y hasta absoluto de remover a un funcionario, esta acción administrativa debería esperar a que el funcionario se reincorpore a sus funciones normales.

Por otra parte hay que recordar que si el funcionario está ejerciendo su derecho de vacaciones, no tiene porqué ser afectado por la propia Administración, que le ha concedido ese derecho. Es decir es una acción del todo contradictoria, que se le haya mandado de vacaciones y durante ese periodo, la propia Administración unilateralmente y sin mediar justificación punitiva, rompa la relación de trabajo. Y es que si algo se debe respetar en el servicio público, es dar la apariencia de organización y coherencia. Amén de que la Administración Pública debe ser el "*ENTE MORAL POR ANTONOMASÍA*". Esto último significa que si la Administración dá su palabra de conceder un derecho y lo concede, debe honrar dicha palabra y respetar el ejercicio de aquel derecho.

En este orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala Tercera citada (el Fallo de 15 de junio de 2001) afirma que la Administración está obligada a respetar el principio de buena fe, en los siguientes términos:

"Es por ello, que a juicio de la Sala, también es de aplicación en este caso el principio de buena fe, que es uno de los principios que sirven de fundamento jurídico y que está previsto en el artículo 1109 del Código Civil, pues, definitivamente la práctica generalizada de la administración de pagar con el último salario a los funcionarios cuyo empleo no ha terminado le creó al administrado una expectativa razonable. Este principio debe regir en las relaciones del Estado con los administrados, ya que él permite a éstos recobrar la confianza en la Administración consistente en que el procedimiento para dictar el acto que dará lugar a la relación entre la Administración y administrado, aquélla no va adoptar una conducta confusa y equívoca que más tarde permita eludir o tergiversar sus obligaciones'. Estos actos, según el mismo autor, serán respetados en tanto no exijan su anulación los intereses públicos". (Jesús Gonzáles Pérez, citado por el Fallo)

Para terminar en relación con estas razones de fondo o sustantiva es interesante el estudio del pronunciamiento de la misma Sala de lo Contenciosos Administrativo del 27 de junio de 2001, en donde se afirmó lo siguiente:

"Ahora bien, como el despido del licenciado NELSON CABALLERO DÍAZ se hizo efectivo a partir del 19 de abril de 2000, esta Sala advierte **que al demandante no se le despidió estando en pleno goce de sus vacaciones**, razón por la cual procede a desestimar los cargos de violación contra los artículos 181 del Decreto Ejecutivo N. 22 de 1997, 796 del Código Administrativo y 94 de la Ley de Carrera Administrativa". (La negrita es la Procuraduría de la Administración)

Desde nuestra óptica, el Fallo podría ser leído desde su sentido contrario en el sentido de que si la destitución se hace durante el periodo de vacaciones, derecho este consagrado en el artículo 796 del Código Administrativo y el artículo 94 de la Ley de Carrera Administrativa.

Las razones de forma o procesales:

Si a un funcionario se le destituye durante el ejercicio normal de sus funciones públicas, este podría acudir de inmediato ante las autoridades que le han destituido para defenderse. Cosa diferente ocurre cuando una persona se encuentra en su casa o en otro lugar, en ocasión de estar disfrutando del derecho de descanso, lo que le impide responder con los recursos a que tendría derecho.

Por esta razón se genera un notable desigualdad entre los funcionarios que son destituidos durante el ejercicio de la función o durante sus vacaciones. Esta desigualdad no es meramente formal, sino fundamental y por ello se puede afirmar contraría el artículo 20 de la Constitución Política.

Es necesario se asegure al funcionario todos los derechos para su adecuada y efectiva defensa. Ello supone, en primer lugar, que la notificación que se haga a un funcionario que se encuentre en las condiciones anotadas debe darse, por regla general, personalmente, tal como exige los artículos 91 y 92 de la Ley 38 de 2000, al señalar:

“Artículo 91. Sólo se notificarán personalmente:

1. La resolución en que se ordene el traslado de toda petición, se ordene la corrección de la petición, y, en general, la primera resolución que se dicte en todo proceso;
2. La resolución en que se cite a una persona para que rinda declaración de parte, para reconocer un documento, para rendir testimonio y aquella en que se admita demanda de reconvencción;
3. La resolución en que se ponga en conocimiento de una parte el desistimiento del proceso de la contraria y la pronunciada en casos de ilegitimidad de personería, a la parte mal representada o a su representante legítimo;
4. La primera resolución que se dicte en un proceso que ha estado paralizado por un mes o más;
5. La que decida una instancia;
6. Las demás que expresamente ordene la Ley”.

“Artículo 92. Las notificaciones personales se practicarán haciendo saber la resolución o acto del funcionario a aquellos a quienes deben ser notificados, por medio de una diligencia en la que se expresará en letras, el lugar, hora, día, mes y año de la notificación, la que firmarán, el notificado o un testigo por él, si no pudiere, no supiere o no quisiere firmar, y el Secretario o un funcionario autorizado por el Despacho, expresando éste debajo de su firma, su cargo”.

En este orden de ideas los artículos que van del 94 al 96 de la misma Ley de Procedimiento Administrativo General afirman lo siguiente:

“Artículo 94. Si la parte que hubiere de ser notificada personalmente no fuere hallada en horas hábiles en la oficina, habitación o lugar designado por ella, en dos (2) días distintos, será notificada por edicto, que se fijará en la puerta de dicha oficina o habitación y se dejará constancia en el expediente de dicha fijación, firmando el Secretario y el notificador o quien haga sus veces. Una vez cumplido estos trámites, quedará hecha la notificación, y ella surte efectos como si hubiere sido efectuada personalmente.

Los documentos que fuere preciso entregar en el acto de la notificación serán puestos en el correo el mismo día de la fijación del edicto, circunstancia que se hará constar con recibo de la respectiva administración de correo”.

"Artículo 95. Las notificaciones hechas en forma distinta de las expresadas en esta Ley son nulas.

Sin embargo, siempre que del expediente resultare que la parte ha tenido conocimiento de la resolución que motivó aquélla, ello se tendrá como la notificación, y la misma surtirá sus efectos desde entonces".

"Artículo 96. En la notificación de la resolución que resuelva una instancia, se indicarán los recursos que procedan y el término para interponerlos. La omisión en la indicación de los recursos que procedan quedará subsanada por la interposición de los mismos por el interesado, o por el allanamiento o conformidad del interesado con la decisión".

Como puede observarse, de acuerdo con las normas transcritas, la Resolución de destitución o suspensión del cargo de un funcionario debe hacerse personalmente.

No obstante, lo anterior, en caso de que no fuese posible hacer la notificación personal, ésta puede hacerse por medio de edicto.

La notificación por edicto es, pues, el último recurso que debe emplear la Administración para notificar un acto administrativo de destitución o suspensión de un funcionario público, ya que esta forma de notificación sólo procede en caso que no haya sido posible notificar personalmente al afectado. Sin embargo, debe quedar muy claramente establecido que para que la Administración proceda a notificar por edicto una resolución debe probar primero que hizo las diligencias pertinentes para notificar personalmente al afectado o interesado y que por alguna causa no imputable a la propia Administración, ésta no pudo llevarse a cabo. En otras palabras, no basta que la Administración alegue la imposibilidad de notificar al afectado, sino que debe probar a través de pruebas documentales o de declaraciones de testigos, que intentó notificarlo y que ello no fue posible.

El cumplimiento de estos requisitos resulta indispensable para garantizar que el afectado conozca oportunamente el acto administrativo dictado en su contra y pueda hacer uso de los recursos legales que proceden contra la misma. Asimismo, se asegura el pleno cumplimiento de la garantía constitucional del Debido Proceso.

Todas estas formalidades podrían ser de difícil cumplimiento para la persona que se debe defender de una sanción tan severa como la destitución, en el periodo de descanso. Y por ello es que no es recomendable aplicar esta medida de personal, a la persona que se encuentre en pleno goce del derecho al descanso. Y es que de no poder defenderse, todo lo actuado sería ilegal, por faltar al debido proceso legal administrativo.

Conclusión.

Un nuevo enfoque para las destituciones del Recurso Humano, en la Administración Pública Actual debe tener en cuenta que los agentes del poder político y administrativo tiene la tarea magna de restaurar el país y alzar sobre cimientos sólidos una estructura social política perdurable. Por esta razón, la adopción de las medidas de gestión del Recurso Humano es fundamental. En este sentido se debe tener muy en cuenta que el derecho a las vacaciones dice relación con una verdadera barrera de contención de actos administrativos que alteran la condición natural del descanso. Ello no significa que no se pueda ejercer el derecho de gestión y acomodo de los

Recursos Humanos, pero ello no significa que la Administración pueda irrespetar los derechos adquiridos de los funcionarios.

En consecuencia concretamente le contesto diciéndole que no se debería declarar insubsistente un nombramiento, si el funcionario está haciendo uso de sus vacaciones y además, si a pesar de esta recomendación, este señor queda insubsistente de sus labores con la Nota que le envió la Alcandesa, se le debe pagar el mes de incapacidad, siempre que esté debidamente probada por certificado de médico de un establecimiento de medicina oficial.

De este modo esperamos haber absuelto lo consultado, me suscribo,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.