

Panamá, 1 de diciembre de 2004.

Señor

JOSÉ FÉLIX RODRÍGUEZ C.

Tesorero Municipal del Distrito de San Francisco,
San Francisco, Provincia de Veraguas.

E. S. D.

Señor Tesorero:

En cumplimiento de nuestras funciones Constitucionales y legales de servir de consejera jurídica de los funcionarios públicos administrativos, paso a examinar la consulta que nos eleva, cuyas interrogantes concretas dicen:

- “1. Si una funcionaria temporal como es el caso de la Tesorera saliente estaba facultada para nombrar a funcionarios con períodos indefinido. Y si por la misma condición en la que se encontraba, si le protege o no el fuero maternal que estipula la ley.
2. Si como funcionarios temporales (no permanentes), deseamos saber si es correcto o no nombrar a personas, sin especificar la vigencia del contrato, aunque se haya cambiado de administración. (Ley 106, art.52, sobre Régimen Municipal).
3. Si estamos obligados a pagar el derecho de fuero maternal, ya que la funcionaria fue nombrada por Decreto No.2 de 5 de abril de 2004, y a partir de esta fecha da inicio a sus labores y sus cuotas no cubren lo estipulado por la Caja de Seguro Social.
4. En caso de estar protegida la funcionaria en mención favor indicarnos el período que cubre el mismo, y si no está protegida de igual manera como debemos actuar si se despide automáticamente, y si esto afectaría el buen nombre del Municipio de San Francisco.”

En principio el Municipio es un ente político, en el que sus autoridades principales son escogidas por votación popular cada cinco (5) años, razón que justifica hasta

cierto punto, el que los funcionarios públicos municipales cada período de gobierno sean removidos y reemplazados por otras personas y decimos hasta cierto punto, debido a que existen cargos en el municipio que no tienen por que ser removidos a fin de otorgarle una secuencia a las acciones, programas y proyectos que se adelanten en la comuna, puesto que de lo contrario, lo que logra es retrotraer lo actuado, paralizando y estancando el municipio obstaculizando el progreso y bienestar de los asociados.

En este orden de ideas, es necesario recordar que el municipio lo componen las autoridades principales siguientes: Alcalde, Consejo Municipal y Tesorero Municipal. (Cfr. Artículos 234, 238 y 239 de la Constitución Política).

Específicamente, el Tesorero Municipal es un funcionario municipal escogido por el Consejo Municipal conforme al artículo 17, numeral 17 de la Ley 106 de 1973, modificada por la Ley 52 de 1984. Este funcionario del municipio tiene un período laboral de dos años y medio (21/2), sin embargo, le ley permite que sea reelegido. (Cfr. Artículo 52 de la Ley 106/73).

Dice la ley que no podrán ser destituidos dentro del período de funciones, sino por las causas establecidas en el artículo 55 de la Ley Municipal in comento, a saber:

“Incumplimiento de sus deberes como servidores públicos;
Condena por falta cometida en el ejercicio de sus funciones o por delito común; y,
Mala conducta en el ejercicio de sus funciones.”

Hechos que deben ser comprobados para determinar la responsabilidad de acuerdo a procedimiento establecido en el reglamento interno de los Consejos Municipales. Otra actuación, que no respete este mandamiento viola lo normado y excede los parámetros señalados por la ley.

También señala la Ley que los Tesoreros Municipales antes de entrar a ejercer sus cargos, como funcionario de manejo, deberán prestar fianza por la cuantía que establezca la Contraloría General de la República y adicionalmente, declarar ante un Notario Público sus bienes o rentas dentro de los cinco (5) días siguientes a la toma de posesión y hasta cinco (5) días después de cesar en sus funciones. Según la ley estas declaraciones serán protocolizadas de forma gratuita por un Notario. (Cfr. Artículo 56 de la Ley 106/73).

Se entiende por funcionario de manejo, aquellos que reciban o paguen o tengan bajo su cuidado, custodia o control, fondos del Tesoro Nacional (o municipal), rendirán cuentas de conformidad con las reglas que establezca la Contraloría de la República, conforme el artículo 1089 del Código Fiscal.

En cuanto a los nombramientos que puede realizar este funcionario municipal, el numeral 15 del artículo 57 de la Ley 106 bajo examen, establece como una de las atribuciones del Tesorero Municipal, **nombrar y destituir al personal subalterno de la Tesorería.**

Con fundamento en esta norma el Tesorero a pesar de tener un período determinado de funciones dentro del municipio, sí puede nombrar al personal de la tesorería de manera interina, temporal, contingente, por contrato o de manera permanente, según la necesidad del servicio que requiera el municipio prestar a los usuarios y contribuyentes de su jurisdicción, pues aún cuando como se ha dicho él tiene un período de labores definido, muchas funciones de contaduría son indispensables para el buen manejo de las finanzas municipales y los funcionarios allí nombrados no tienen por que ser removidos, a menos que cometan alguna falta en el servicio.

Ahora bien, con relación al fuero de maternidad, este despacho ha sido reiterativo al expresar que este fuero que destaca el artículo 68 de la Constitución Política, es claro al establecer una protección a la mujer trabajadora de no ser separada de su empleo por esta causa. Pero, que este fuero no es absoluto, puesto que bien puede ser destituida la mujer en estado de gravidez que sea negligente en sus funciones, la que cometa un ilícito o la que haya ingresado al cargo público en virtud de un contrato, casos que han sido bien explicados por la Corte Suprema de Justicia, como nuestro máximo organismo de justicia en diversos fallos emitidos.

Veamos primeramente, el contenido de la norma constitucional, cuyo tenor expresa:

“ARTÍCULO 68. Protección Laboral a la Maternidad. 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 las ocho que le siguen, gozará de descanso forzoso retribuido del mismo modo que su trabajo y conservará el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato. Al incorporarse la madre trabajadora a su empleo no podrá ser despedida por el término de un año, salvo en casos especiales previstos en la Ley, la cual reglamentará además, las condiciones especiales de trabajo de la mujer en estado de preñez.”

Tal como se desprende del precepto copiado la norma busca la protección de la mujer trabajadora en el sentido de que no sea separada de su cargo por razón del embarazo y sólo por este motivo.

Sin embargo, como se dijo antes, la Corte Suprema de Justicia ha explicado muy claramente que, el fuero de maternidad contemplado en el artículo 68 de la Constitución Política, no impide que la mujer trabajadora sea despedida cuando existan justificadas razones previstas en la ley, pues a lo que se opone esa norma es que el despido sea por causa del embarazo.¹

En igual sentido, se pronunció este alto órgano del Estado, en Fallo de 21 de abril de 1995, cuando expuso:

“... Cabe recordar que el fuero de maternidad que establece la Constitución no es absoluto ya que la trabajadora amparada por el mismo puede ser sancionada disciplinariamente con la destitución. Este Tribunal al respecto sostuvo en sentencia de 5 de agosto de 1995, dictada dentro de un proceso de inconstitucionalidad, que “... el fuero de maternidad contemplado en el artículo 68 de la Constitución Nacional, no impide que la mujer trabajadora sea despedida cuando existan justificadas razones previstas en la ley, pues a lo que se opone esa norma es que el despido sea por causa del embarazo”.

Argumento, sostenido y reiterado en la última década, al afirmarse que, el artículo 68 de la Constitución Política Nacional, el cual protege la maternidad de la mujer trabajadora, no es absoluto, pues no quiere decir que no se puede destituir a una funcionaria o trabajadora cuando exista una causal debidamente establecida en la ley que dé lugar a una cesación, por el contrario, lo que busca la norma es la protección de la mujer trabajadora en estado de gravidez en los casos de despidos fundados en dicho estado, o cuando la destitución se produzca en forma arbitraria o sin fundamento legal alguno.²

En este mismo orden de ideas, el Pleno ha señalado con anterioridad que tanto la terminación de la relación laboral en el sector privado, como el despido mediante la declaración de insubsistencia del nombramiento del servidor o empleado del sector público, no excluye la existencia de justas causas para dar por terminada la

1 Ver, DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD PROPUESTA POR EL LICENCIADO RICARDO STEVENS CONTRA LA RESOLUCIÓN N°010-91 DE 24 DE ENERO DE 1991 DICTADA POR EL GERENTE GENERAL DE LA ZONA LIBRE DE COLÓN. MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MANUEL FAUNDES. PANAMÁ, CINCO (5) DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO (1994).

2 DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA LCDA. ARACELLYS J. RODRÍGUEZ, EN REPRESENTACIÓN DE IMA BEATRIZ MONTALVO CASTILLO, PARA QUE SE DECLARE NULO, POR ILEGAL, EL DECRETO GERENCIAL N°027 DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2000, DICTADO POR EL COORDINADOR DE SUCURSALES A NIVEL NACIONAL DE LA CAJA DE AHORROS, LOS ACTOS CONFIRMATORIOS Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. PONENTE: ADÁN ARNULFO ARJONA L. PANAMÁ, VEINTICUATRO (24) DE JUNIO DE DOS MIL TRES (2003).

relación de empleo de cualquier persona que se encuentre en estado grávido. De lo anterior se colige que la protección de la maternidad no alcanza el carácter de fuero intocable que dispone o absorba causas graves que justifiquen un despido. En este sentido, la conducta, eficiencia, habilidad, capacidad física y mental de la trabajadora son factores que, aunado a otros de carácter económico del empleador, configuran causales generadoras de despido, incluyendo a las mujeres en estado de gravidez. Pero, en todo caso deben invocarse y eventualmente acreditarse." (Lo subrayado es de este despacho) ³

Este Despacho, también ha sido consistente al externar que el fuero maternal, mediante el cual se busca la protección de la mujer en estado de gravidez, permite excepciones, tal como lo ha reconocido la propia ley y la jurisprudencia, como ya se ha visto y por acciones comprobadas, como sería por realizar actos impropios en el ejercicio de sus funciones, por evidencias de que la funcionaria pública cometa falta grave, de acuerdo con lo preceptuado en las normas y reglamentos correspondientes, lo cual sustente la destitución y el cese de todas las prerrogativas que poseía en atención del fuero de maternidad. (Vista Fiscal de la Procuraduría de la Administración, N°229 de 23 de mayo de 2001).

Todo lo expuesto explica el sentido del fuero de maternidad en nuestro sistema público, no obstante en el caso presentado existe un elemento importante a considerar, cual es el referente al pago del subsidio de reposo por maternidad, de la funcionaria nombrada, toda vez que la ley impone cierta cantidad de cotizaciones requeridas para que dicho pago sea viable, veamos:

"ARTICULO 44: Las aseguradas que tengan un mínimo de nueve (9) cuotas mensuales en los doce (12) meses anteriores al séptimo mes de gravidez, percibirán un subsidio de reposo por maternidad que se pagará durante las seis (6) semanas anteriores y las ocho siguientes al parto. El monto del subsidio mensual ascenderá al sueldo medio semanal sobre el cual hubiese cotizado en los últimos nueve (9) meses de cotizaciones".

Tal como se aprecia, la norma indica el monto de cotizaciones que deberá tener la asegurada para obtener el subsidio por maternidad. Al respecto, ya este despacho en casos similares, ha dicho que aquí el punto medular es, si se ha cotizado las cuotas mínimas necesarias para tener acceso a ese derecho, hecho que en el presente caso pareciera no cubrir el subsidio reclamado. En los documentos aportados consta que la señora ANAYANSI RODRÍGUEZ G., tomó posesión del cargo de Contable del Municipio de San Francisco de Veraguas, el día 5 de abril

³ Ver, Sentencia de 17 de mayo de 1996, emitida por el PLENO de la Corte Suprema de Justicia.

de 2004. Por lo que, sin duda alguna queda evidenciado que las cuotas requeridas no están cubiertas, de manera que ya ha sido posición o criterio de la Corte Suprema que la Caja de Seguro Social, en estos casos no puede aceptar el pago del subsidio solicitado, dado que dichas cuotas corresponden a un período que la asegurada no ha laborado.

En consecuencia, resulta evidente entonces, que no es responsabilidad de la Caja de Seguro Social el pago del subsidio de maternidad, ya que la asegurada no cumple con el requisito mínimo exigido en el artículo 44 del Decreto Ley N°14 de 1954, en el sentido que no cubre el requisito de las nueve (9) cuotas mensuales; toda vez que según la documentación aportada, sólo tiene siete (7) meses trabajados, esto es, desde el 5 de abril a noviembre de 2004.

En todo caso deberá, pues, el Municipio de San Francisco asumir el pago del subsidio de maternidad que otorga la Caja de Seguro Social, en los términos en que lo contempla el artículo 107 del Código de Trabajo.⁴

En cuanto al nombramiento de personal por contrato, siempre debe especificarse la vigencia del mismo, pues el contrato no es más que un acuerdo creador de relaciones jurídicas. Para que exista el contrato debe darse la competencia del órgano que ejerce la función administrativa, y, por otro, la capacidad del contratado, pues no puede contratarse por ejemplo a un inhabilitado en funciones públicas, pues el contrato sería nulo. De manera que todo contrato debe contener objeto (cierto, posible, determinado o determinable y lícito); condiciones; términos y rescisión o formas de terminación del contrato.

Finalmente, es importante destacar que, lo que busca el fuero maternal que consagra nuestra legislación es la especial protección que se le ofrece al nasciturus para la preservación de la sanidad y preservación de la especie humana, que solo trasciende a la mujer trabajadora dada su calidad de garante de la vida humana dependiente. Esa tutela, ni siquiera es un privilegio para la madre, opera en función del cuidado, atención y desarrollo armónico que se le debe ofrecer al nuevo ser. Negar este reconocimiento al fuero de maternidad de la mujer embarazada, es desconocer la obligada protección que la sociedad y el Estado deben garantizar a las nuevas generaciones desde su etapa embrionaria, como bien explicó la Honorable Corte en Fallo de 5 de agosto de 1994, emitido por el Pleno de esta corporación de justicia.

Cabe recordar que, la unificación de criterios, las políticas coordinadas, los programas en conjunto, en resumen, el trabajo en consulta son aspectos

⁴ Cfr. DEMANDA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE PLENA JURISDICCIÓN, INTERPUESTA POR LA FIRMA ARROCHA, BLANDÓN, CASTRO & YOUNG, EN REPRESENTACIÓN DE ZAIRA M. MARÍN, PARA QUE SE DECLARE NULA POR ILEGAL, LA RESOLUCIÓN N°95-01 DE 12 DE ABRIL DE 1995 DICTADA POR LA COMISIÓN DE PRESTACIONES DE LA CAJA DE SEGURO SOCIAL, Y PARA QUE SE HAGAN OTRAS DECLARACIONES. MAGISTRADO PONENTE: ARTURO HOYOS. PANAMÁ, VEINTIOCHO (28) DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y OCHO (1998).

determinantes en el nuevo rol que le toca asumir al Municipio, como pieza fundamental en el desarrollo local.

Antes de concluir, queremos indicar que este despacho, ha sido consistente en manifestar que los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que la Ley expresamente les autoriza en cumplimiento del principio de legalidad que rige en la administración pública; criterio que, también ha expuesto la Honorable Corte Suprema de Justicia en innumerables sentencias emitidas. En atención a ello, hemos sostenido que las funciones de las autoridades municipales están definidas en la Ley, por lo que tales funcionarios no pueden excederse en el desempeño de las mismas, arrogándose funciones que no le corresponden, sino trabajar de manera coordinada y armónica, pues de lo contrario viola el aludido principio. Ya que, esta forma coordinada de trabajar no es casual, ello responde a un mandato legal contenido en el artículo 19 de la Ley N°106, motivo por el que debe cumplirse.

En estos términos dejo expuesto el criterio solicitado, atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/16/hf.