

C-No.377

Panamá, 19 de diciembre de 2002.

Profesor
Rolando Carrasquilla
Director Nacional a.i.
Instituto Nacional de Formación Profesional
(INAFORP)
E.S.D.

Señor Director:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales como consejera jurídica de los servidores públicos administrativos que nos consulten sobre la interpretación de la ley o procedimiento a seguir en un caso concreto; procedo a ofrecer la asesoría solicitada mediante nota No. DN-588-02 de 25 de noviembre de los corrientes con la cual requiere nuestro criterio sobre la situación detallada a continuación:

“Dentro de la organización existente en esta dependencia tenemos un cargo que se denomina ‘Dirección de Administración y Finanzas’, que es la Dirección Administrativa de INAFORP.

La actual Dirección Nacional de esta institución designó en ese cargo a la persona que lo ejerce actualmente.

La Dirección de Administración y Finanzas (Dirección Administrativa) por la naturaleza de sus funciones, es un cargo de asistencia o de servicio inmediatamente adscrito a la Dirección Nacional (superior).

La Dirección Nacional ha considerado prudente ordenar una investigación especial en la Dirección de Administración y Finanzas, a partir del día de hoy lunes 25 de noviembre de este año.

Para realizar la anterior investigación especial, sin interferencias y con la mayor objetividad, el señor

Director Nacional de INAFORP ha dispuesto el 'uso de 30 días de vacaciones resueltas y acumuladas a partir de 22 de noviembre de 2002 a favor del señor Director Administrativo.

Sobre el particular, vengo a consultarle lo siguiente así:

1. *La Dirección de Administración y Finanzas de INAFORP (Dirección Administrativa), ¿es o no un cargo de confianza, de libre nombramiento y remoción del Director Nacional de esta dependencia?*
2. *Por razón de una investigación especial, que se quiere sin interferencias y con la mayor objetividad, ¿puede o no el Director Nacional disponer el uso de vacaciones que ya tiene acumuladas y resueltas con anterioridad el Director Administrativo?*
3. *¿Es correcto y puede practicarse una investigación especial en la Dirección de Administración y Finanzas estando al frente de la misma el titular de ese cargo? ¿Se le debe separar del cargo durante la investigación o por el contrario debe hacer uso de sus vacaciones acumuladas y ya resueltas con anterioridad mediante el Resuelto OIRH-VAC-002/2002 de 21 de enero de 2002?*
4. *La Dirección Nacional ha dispuesto que el señor Director Administrativo disfrute de los 30 días de vacaciones ya acumuladas a partir del 22 de noviembre del presente año, lo que aquella ha decidido por razones de fuerza mayor o caso fortuito, constituidas éstas por la investigación especial.*

*¿Admite recursos el Resuelto de vacaciones?
¿Cabe un acto (recurso) de impugnación formal contra la concesión (no negativa) de vacaciones a un servidor público de confianza, siendo que aquí no existe un proceso administrativo?*

El criterio jurídico del INAFORP sostiene que como se trata de un funcionario cuyo nombramiento y también su remoción, descansan en la confianza en él depositada, la Dirección Nacional tiene la misma discrecionalidad para enviarlo o no a disfrutar de sus vacaciones, máxime que se trata de un derecho acumulado y que además, le fueron resueltas con anterioridad.

Si lo puede nombrar y despedir con fundamento en la confianza, es indudable que el despacho superior también está facultado para concederle sus vacaciones.

El que puede lo más, puede lo menos. He allí el criterio jurídico de esta dependencia.”

Ante todo y en especial referencia al último párrafo del criterio jurídico externado por vuestro despacho, debemos recordar que en materia administrativa impera por mandamiento constitucional el principio de legalidad para los funcionarios públicos, quienes no pueden hacer más de lo que la Ley les permite.

Dicho esto, procedemos a analizar lo que supone realmente el ocupar un cargo ‘de libre nombramiento y remoción’.

Como quiera que en las leyes vigentes no existe la definición propiamente dicha del concepto en discusión, hemos tenido que recurrir a la jurisprudencia como fuente reconocida de derecho, para ofrecer una explicación fundamentada y pertinente.

En la **Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción de 3 de diciembre de 1998**, los Magistrados que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo tuvieron a bien aclarar las características que revisten un cargo ‘de libre nombramiento y remoción’:

*“...(la estabilidad de un funcionario) de (libre) nombramiento o remoción sólo **está condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio...***

Aunado a esto, en la **Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción de 30 de agosto de 2001**, los Magistrados que integran la Sala de lo Contencioso Administrativo sustentaron lo siguiente:

“...’servidor público en funciones’...(es el) funcionario que, tal como lo ha indicado esta Sala, (es) de libre nombramiento y remoción....

*...cuando un servidor del Estado en funciones no es regido por un sistema de carrera administrativa o Ley Especial que le conceda estabilidad, que consagre los requisitos de ingreso (generalmente por concurso) y ascenso dentro del sistema, basado en el mérito y competencia del recurso humano, la disposición de su cargo es de libre nombramiento y remoción, por lo que **no está sujeto a un procedimiento administrativo sancionador que le prodigue todos los derechos y garantías propias del debido proceso** (Resolución de 31 de*

*julio de 2001), **teniendo la autoridad nominadora la facultad discrecional de tomar la decisión basándose en motivos de conveniencia y oportunidad....***

Finalmente, la **Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción de 6 de junio de 2001** apunta a continuación:

*“...se resalta en este contexto, que el licenciado...no ingresó al cargo por concurso de méritos sino que fue nombrado en el cargo. Se subraya en este punto, que el cargo...en cuestión se encuentra adscrito al Despacho del Director Ejecutivo...**lo que evidencia además que se trata de un funcionario de confianza...***

*...al efecto, esta Superioridad constata que de acuerdo a la documentación que reposa en autos, el licenciado...ingresó al cargo...por la libre designación o nombramiento de la autoridad nominadora, y no a través de un proceso de selección o concurso de méritos. La consecuencia de ello, como esta Sala ha reiterado en numerosas ocasiones, es que **el funcionario así nombrado queda sujeto a la remoción discrecional por la autoridad nominadora**, tal y como lo prevé el artículo 794 del Código Administrativo, en virtud de la facultad de resolución ad-nutum de la administración. **Ello, excepto que el servidor público se encuentre amparado por una Ley Especial o Régimen de Carrera Administrativa...***

Luego de haber analizado la jurisprudencia copiada y aplicándola a la presente materia, podemos colegir entonces que el cargo de Director de Administración y Finanzas de INAFORP (Dirección Administrativa), es **el de un funcionario de confianza cuya estabilidad sólo está condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio y que es nombrado por motivos de conveniencia y oportunidad.**

En cuanto a las demás interrogantes planteadas, tenemos a bien referirle la **Circular N° DPA-001/98 sobre el pago de vacaciones:**

1. *El derecho a vacaciones está consagrado tanto en la Constitución Política Nacional como en la Ley, y no otorgando, sería en todo caso, una violación de estas normas jurídicas y por ende a los derechos humanos.*
2. *El derecho a vacaciones, es un derecho adquirido, irrenunciable, y al cual se debe acceder, independientemente de la causa o motivo que dio origen a la finalización de la relación laboral, aun cuando el servidor*

- público haya cometido "falta grave", como bien lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia en Sentencia proferida el 21 de noviembre de 1996, en razón de Demanda de Inconstitucionalidad interpuesta.*
3. *Las instituciones públicas deben tomar las provisiones presupuestarias necesarias, para el pago de las vacaciones que por algún motivo no se hayan pagado al momento del cese de labores de los funcionarios públicos.*
 4. ***Las vacaciones deben pagarse, preferiblemente en el momento justo, antes del retiro efectivo del funcionario de la institución en la cual labora.***
 5. ***En caso de renuncia, jubilación, destitución, o finalización del contrato, las vacaciones que no se hayan pagado, deben pagarse antes de que dichas acciones de personal se ejecuten o se hagan efectivas.***
 6. *De no pagarse las vacaciones en ese momento, las instituciones públicas deberán hacer efectivo este pago en el año fiscal correspondiente, de manera que no se traslade su pago a lo que se conoce como "vigencia expirada", es decir, al próximo año fiscal.*
 7. *El pago de vacaciones a los servidores públicos debe incluir tanto las vacaciones vencidas como las vacaciones proporcionales, ajustándose en esto último a lo que dispone el artículo 94 de la Ley 9 de 20 de junio de 1994, sobre Carrera Administrativa.*
 8. ***Es responsabilidad de toda institución pública, procurar que el empleado público no acumule más de dos (2) meses de vacaciones; evitándose así el desequilibrio presupuestario en desmedro de la Administración Pública y de su funcionariado, según lo estipulado en el artículo 796 y 800 del Código Administrativo.***

Al analizar el caso entre manos, nos percatamos que el INAFORP, al reconocerle al Director de Administración y Finanzas el derecho de vacaciones (30 días) después de once meses continuos de labores y comunicarle mediante memorando su obligación de hacer uso de ellas, ha preferido adoptar una medida preventiva **en pos de garantizar a dicho funcionario público el derecho adquirido e irrenunciable de vacaciones y al cual éste debe acceder**, independientemente de la causa o motivo que pueda dar origen a la eventual finalización de la relación laboral, si ésta fuera la decisión alcanzada luego de terminada la investigación especial ordenada por la Dirección Nacional del INAFORP al Departamento de Auditoría Interna de la institución a partir del 25 de noviembre pasado.

En cuanto a la posibilidad que tenga el servidor público en mención de impugnar el Resuelto que le concede vacaciones, el **Artículo 796 del Código Administrativo** es claro al apuntar que las vacaciones son obligatorias para todos los empleados públicos precisamente para evitar el desequilibrio presupuestario en desmedro de la Administración Pública y de su funcionariado:

“Artículo 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 servicio, a treinta días de descanso con sueldo.

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.

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

De aquí también el **artículo 94 de la Ley de Carrera Administrativa** dispone similar advertencia:

“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.**”*

En conclusión, la acción pretendida por el funcionario en cuestión iría en contra del espíritu de la Ley que busca garantizar un solemne derecho humano y el principio de economía administrativa para efecto de crear una certeza tanto en el ámbito de la organización administrativa como fiscal.

Aunado a esto, cabe recalcar que el funcionario objeto de la presente consulta ha sido nombrado por motivos de conveniencia y oportunidad y por estas mismas razones puede también hacer uso de sus vacaciones.

Sobre la separación del cargo del servidor público en mención para llevar a cabo la investigación indicada, debemos recordar lo contemplado en el **artículo 147 de la Ley 9 de 1994:**

“Artículo 147: La autoridad nominadora podrá también aplicar la separación del cargo a los

servidores públicos como una medida de asegurar la armonía y seguridad del ambiente laboral, cuando ello sea necesario.

Este tipo de separación no afectará la remuneración del servidor público; pero la autoridad nominadora tendrá un plazo máximo de quince días hábiles para tomar las provisiones necesarias con el objeto de eliminar la causa que originó la medida.”

Ahora bien, visto que mediante Memorando D.N. 149/2002 de 22 de noviembre pasado la Dirección Nacional del INAFORP le confirmó al servidor público interesado el beneplácito requerido para que éste pudiera hacer uso y goce de sus vacaciones como *‘medida para realizar una investigación especial dentro de su administración...sin interferencia y con la mayor objetividad’*, no surge la necesidad de efectuar una ulterior separación del cargo de dicho funcionario.

En adición y como subrayamos en párrafos anteriores, ésta es una medida preventiva **en pos de garantizar a dicho funcionario público el derecho adquirido e irrenunciable de vacaciones y al cual éste debe acceder**, independientemente de la causa o motivo que pueda dar origen a la eventual finalización de la relación laboral, si ésta fuera la decisión alcanzada luego de terminada la investigación especial ordenada por la Dirección Nacional del INAFORP al Departamento de Auditoría Interna de la institución a partir del 25 de noviembre pasado.

Con la pretensión de haber orientado y aclarado su solicitud, me suscribo de usted.

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/111/cch.