



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 19 de octubre de 2018.
C-071-18

Licenciada

Mónica Velarde de Afer

Gerente General, Encargada

Caja de Ahorros

E. S. D.

Ref.: Amparo del fuero de maternidad en cuanto a un cargo en la entidad por plazo definido.

Señora Gerente:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en ocasión de dar respuesta a su Nota 2018 (120-01) 24 de 12 de julio de 2018, recibida en esta Procuraduría el mismo día, mediante la cual nos eleva la consulta respecto al alcance e interpretación del artículo 12 de la Ley N° 52 de 13 de diciembre de 2000, relativo al período de funciones aplicables al Gerente General, Subgerente General y Directores Principales y Suplentes de la Junta Directiva, en relación con el artículo 72 de la Constitución Política de Panamá que se refiere a la protección a la maternidad y el fuero maternal.

Luego de la atenta lectura de la nota objeto de la consulta, y en virtud de la facultad concedida a este Despacho mediante el numeral 1 del artículo 6 de la Ley N° 38 de 31 de julio de 2000 que llama a esta entidad a servir de consejera jurídica de los servidores públicos administrativos que consultaren su parecer respecto a determinada interpretación de la ley o el procedimiento que debe seguirse en un caso concreto, nos permitimos indicar lo siguiente:

I. Sobre lo consultado.

Apreciamos que la consulta busca nuestro pronunciamiento respecto al alcance e interpretación del artículo 12 de la Ley N° 52 de 13 de diciembre de 2000, relativo al período de funciones aplicables al Gerente General, Subgerente General y Directores Principales y Suplentes de la Junta Directiva, en relación con el artículo 72 de la Constitución Política de Panamá que se refiere a la protección a la maternidad y el fuero maternal.

La interrogante planteada en la consulta es la siguiente:

“¿Se debe considerar que la Gerente General Encargada está amparada por el fuero de la maternidad de la mujer trabajadora por el término consagrado en el artículo 72 de la Constitución Política de Panamá, aun cuando el artículo 12 de la Ley 52 de 13 de diciembre de 2000 establece que el ejercicio de sus funciones será por un plazo definido de cinco años concurrente con cada período presidencial?”

II. Criterio de la Procuraduría de la Administración

En relación con la interrogante planteada, esta Procuraduría es de la opinión que, atendiendo a las normas constitucionales y el principio de convencionalidad en lo relativo a la protección de la maternidad, le asiste a la Gerente General Encargada el beneficio del fuero, establecido en el artículo 72 de nuestra Constitución Política. Aunado a ello consideramos que, aun cuando el artículo 12 de la Ley N° 52 de 2000 establece que el período de funciones del Gerente General, del Subgerente General y de los Directores Principales y Suplentes, será de cinco años, concurrente con cada período presidencial, nada impide que los mismos puedan ser reelectos en sus cargos.

III. Consideraciones previas al fundamento del Criterio.

En cuanto al concepto de puestos públicos, atendiendo a lo normado en el artículo 2 de la Ley N° 9 de 20 de junio de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa, tenemos que ellos son las diferentes posiciones en la estructura de personal del Estado, y pueden ser divididos en dos (2) clases: Puesto público **permanente**, que es la posición en la estructura de personal del Estado, existente para cubrir una necesidad constante de servicio público; y puesto público **temporal**, que es la posición en la estructura de personal del Estado, creada para cumplir funciones en períodos de tres (3) a doce (12) meses calendario.

Atendiendo a la misma normativa, haremos uso del concepto de **servidor público** que es definido como la persona nombrada temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas y, en general, la que perciba remuneración del Estado. La misma norma establece que los Servidores Públicos se clasifican en:

1. Servidores públicos de carrera
2. Servidores públicos de carrera administrativa
3. Servidores públicos que no son de carrera.

En cuanto a los servidores públicos que no son de carrera, tenemos que la Ley N° 43 de 30 de julio de 2009¹, que reformó la Ley N° 9 de 1994, establece que ellos son los servidores públicos no incluidos en las carreras públicas establecidas en la Constitución o creadas por la ley, y en particular aquellos excluidos de las carreras públicas por la Constitución vigente, y que se denominan así:

1. De elección popular
2. De libre nombramiento y remoción
3. De nombramiento regulado por la Constitución
4. De selección
5. En período de prueba
6. Eventuales.

Para los efectos de esta consulta, nos referiremos a los **servidores públicos de selección** de acuerdo a la definición vertida en la norma legal ut supra que los define como aquellos que, cumpliendo los requisitos mínimos establecidos por la Constitución y la ley, son los Directores y Subdirectores Generales de las entidades descentralizadas nombrados discrecionalmente por el Órgano Ejecutivo y ratificados por la Asamblea Legislativa, o alguna de sus Comisiones Permanentes, por el período establecido por la ley; y quienes no podrán ocupar sus cargos ni ejercer sus funciones hasta tanto sean ratificados, como señala la propia norma.

IV. Fundamento del Criterio de la Procuraduría de la Administración.

El fuero de maternidad constituye el derecho que se le concede a la mujer tanto en el embarazo y puerperio, consistente en la conservación de su empleo por un período determinado y el pago de un subsidio en ese lapso; con el objeto de proteger su maternidad. La protección durante el embarazo y la maternidad responde a una doble finalidad. Por una parte pretende proteger la especial relación entre la madre y el recién nacido y la salud de ambos, y por otra busca brindar una cierta seguridad en el empleo (OIT, 2009²); así, el Estado panameño ratificó el Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto adoptado en Washington el 29 noviembre de 1919, dentro de la 1ª reunión de la CIT.

Como hemos señalado en consultas anteriores (C-163-04), este derecho fundamental es reconocido en nuestro ordenamiento positivo y tiene rango constitucional, encontrándose regulado en el artículo 72 de la Constitución Política, que es del tenor siguiente:

“Artículo 72: 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

¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 26336 de 31 de julio de 2009

² La igualdad de género como eje del trabajo decente. Informe VI, Conferencia Internacional del Trabajo 98 reunión. Ginebra: OIT – 2009.

retribuido del mismo modo que su trabajo y conservará el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato. Al reincorporarse la madre trabajadora a su empleo no podrá ser despedida por el término de un año, salvo los casos especiales previstos en la ley, la cual reglamentará además, las condiciones especiales de trabajo de la mujer en estado de preñez.”

Al respecto, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 28 de mayo de 2014³, ha señalado lo siguiente:

“Como se observa, el artículo 72 de la Carta Magna establece una protección especial en favor de la mujer y la maternidad, que en el campo laboral se conoce como fuero de maternidad y que comprende, entre otros, los siguientes derechos y garantías:

1. El derecho a no ser separada de su empleo público o particular por causa del embarazo.
2. El derecho a descanso forzoso, retribuido del mismo modo que su trabajo, por un mínimo de seis semanas precedentes al parto y las ocho semanas que le siguen a dicho evento.
3. El derecho a conservar el empleo y todos los derechos correspondientes a su contrato.
4. El derecho a no ser despedida por **el término de un año**, luego de incorporarse la madre trabajadora a su empleo, salvo en los casos especiales previstos por la Ley⁴.
5. El derecho a gozar de condiciones especiales de trabajo, reguladas por la Ley⁵.” (**El resaltado es nuestro**).

De igual forma, el precitado pronunciamiento del Pleno hace alusión a las normas internacionales que protegen la maternidad, siendo del contenido siguiente:

“Esta protección contemplada en el artículo 72 de la Constitución Nacional, se ajusta igualmente al estándar internacional aplicable, que establece el derecho de toda mujer en época de preñez y en estado de lactancia a ser protegida de manera especial. En ese sentido, el Artículo VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece:

³ Acción de Inconstitucionalidad promovida por la Lcda. Evelyn L. Rodríguez contra el Decreto de Personal No. 182 de 6 de noviembre de 2009 firmado por el Sr. Presidente de la República Ricardo Martinelli Berrocal y la Sra. Ministra de Trabajo Alma Cortes. Exp. 239-10

⁴ “Esta reserva de Ley, constituye lo que doctrinalmente se ha denominado como garantía normativa. Para un mejor estudio del tema, Cfr. PÉREZ LUÑO, Op. Cit. pp. 68-78 y DÍEZ- PICAZO, LUIS MARIA, “Sistema de Derechos Fundamentales”, Segunda Edición, Editorial Aranzadi, S.A., 2005, p. 74.” Obr. Cit.

⁵ Idem

ARTICULO VII. Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especial.

En igual sentido, en el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), Convenio 183, Relativo a la Revisión del Convenio sobre la Protección de la Maternidad ha establecido que "...Uno de los aspectos más importantes relativos al trabajo de las mujeres, no abordado en el Sistema Interamericano, pero sí reconocido en la CEDAW y las legislaciones nacionales, es la garantía de los derechos de la mujer trabajadora durante el período de embarazo, el parto y el postparto".⁶

El Art. 11 de la CEDAW señala que:

Artículo 11. 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular:

2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a. Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base de estado civil;
- b. ...".

La Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en pronunciamiento del 7 de mayo de 2004⁷, hace recopilación de varios fallos en lo concerniente al fuero de maternidad, e indica lo siguiente:

"El denominado fuero de maternidad es una protección de que gozan determinadas mujeres contra el despido que no cumpla con ciertos requisitos legales, pero dicha protección no alcanza a otras especies de terminación de la relación de trabajo como lo es la expiración del termino

⁶ "Cfr. BADILLA, Ana Elena, *"El derecho al trabajo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos"*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, 2009, p. 207."

⁷ Demanda Contencioso Administrativa de plena jurisdicción interpuesta por el Licenciado Edgar A. Rueda en representación de Estenia del Carmen Araúz, para que se declare nula por ilegal, la Nota OIRH-704-2002 de 27 de diciembre del 2002 suscrita por la Jefa Institucional de Recursos Humanos de la ANAM, y para que se hagan otras declaraciones.

pactado, hipótesis que es la que se produjo en este caso. No se puede pues confundir la especie (despido) con el género (terminación del contrato) ya que el fuero de maternidad según lo previsto en el artículo 68 de la Constitución Nacional y en el artículo 106 del Código de Trabajo, protege a la mujer trabajadora sólo contra el despido que consiste en la terminación unilateral del contrato de trabajo por iniciativa del empleador.”

Desde la perspectiva de la jurisprudencia citada, el fuero de maternidad, como una garantía de protección a la mujer durante su embarazo y después de éste, con rango constitucional y basada en convenciones internacionales suscritas y ratificadas por nuestro Estado, ampara a las mujeres trabajadoras, tanto del sector privado como las del sector público, contra despidos que no cumplan los requisitos legales.

Observando los parámetros del nombramiento al que se refiere su consulta, el Decreto N° 2014-36 de 28 de julio de 2014, hace un nombramiento permanente a Paola Domínguez Robles como Subgerente General de la Caja de Ahorros, a partir de la fecha de aprobación que consta en el Acta de Toma de Posesión, también llevada a cabo el 28 de julio de 2014. Al respecto, la Ley N° 75 de 21 de octubre de 2013, que dicta el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal 2014, en sus artículos 252 y 253, señalan lo siguiente:

“Artículo 252. Prohibición de ejercer un cargo antes de la toma de posesión. Ninguna persona entrará a ejercer cargo público de carácter permanente, probatorio o transitorio, sin que antes hubiera tomado posesión del cargo, previa autorización del nombramiento mediante decreto o resuelto de personal correspondiente, y sólo tendrá vigencia fiscal con posterioridad a la fecha de la toma de posesión.
...”

“Artículo 253. Acciones de personal. Las acciones de personal relativas a nombramientos, destituciones, ajustes salariales y ascensos emitidos por las instituciones del Gobierno Central de los cargos de Carrera Administrativa se presentarán a la Dirección General de Carrera Administrativa del Ministerio de la Presidencia para su evaluación y recomendación, posteriormente se remitirán al Ministerio de Economía y Finanzas para su revisión, que las remitirá posteriormente al presidente de la República para su consideración y aprobación. Los cargos que no son de Carrera Administrativa se remitirán al Ministerio de Economía y Finanzas para su revisión y al presidente de la República para su consideración y aprobación. ...

Se exceptúan de esta norma los nombramientos de ministros, viceministros, directores y subdirectores generales, gerentes y subgerentes generales, rectores y vicerrectores y administradores y subadministradores generales, los cuales se enviarán al Ministerio de Economía y Finanzas solo para su conocimiento y a la Contraloría General de la República para su pronta incorporación a la planilla correspondiente.

...

Respecto a los conceptos de permanencia y estabilidad, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo ha señalado en reiterada jurisprudencia que un funcionario tenga la condición de permanente, no implica que tenga derecho a la estabilidad, sino que implica que se encuentra ocupando una posición de la estructura institucional, sin que su nombramiento tenga fecha de finalización, hasta tanto adquiriera la condición de servidor de carrera, o sea desvinculado de la posición. Así, en Sentencia de 26 de enero de 2017⁸, hace referencia al señalamiento hecho al respecto en su Sentencia de 5 de febrero de 2014, que es del tenor siguiente:

“Es importante esclarecer que la condición de permanencia en un cargo público no acarrea necesariamente la adquisición del derecho a la estabilidad, ya que ambas condiciones no pueden tratarse como sinónimos. **El funcionario nombrado con carácter “permanente”, implica que se encuentra ocupando una posición de la estructura institucional, sin que su nombramiento tenga fecha de finalización, hasta tanto adquiriera la condición de servidor de carrera, o sea desvinculado de la posición.** Si el servidor público no se encuentra amparado por el derecho a la estabilidad en el cargo, la Administración puede ejercer la facultad de resolución “ad nutum”, es decir, la facultad de revocar el acto de nombramiento fundamentada en la voluntad de la Administración y su discrecionalidad, según la conveniencia y la oportunidad.” **(El resaltado es nuestro).**

Haciendo un análisis del período de funciones para la Subgerente General, cargo para el cual fue originalmente designada Paola Domínguez mediante Decreto N° 2014-36 de 28 de julio de 2014, podemos señalar que el mismo aparenta ser para un período definido, toda vez que el propio artículo 12 de la Ley N° 52 de 13 de diciembre de 2000 establece que el período de funciones del Gerente General, del Subgerente General y de los Directores Principales y Suplentes, será de cinco años, que además es concurrente con cada período presidencial, y podrán ser reelectos en sus cargos, siendo del contenido siguiente:

⁸ Demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción interpuesta por la Licenciada Ana Lola Blaisdell Nuñez en representación de Lola de Jesús Barcala Blaisdell con el fin de que se Declare Nula por Ilegal, la Resolución N° 260 de 30 de enero de 2015, emitida por la Procuraduría General de la Nación.

“Artículo 12. El período de funciones del Gerente General, del Subgerente General y de los Directores Principales y Suplentes de la Junta Directiva, los cuales podrán ser reelectos en sus cargos, será de cinco años, concurrente con cada período presidencial.”

No obstante, si bien es cierto que el período de funciones de la Subgerente General es por término definido, el nombramiento hecho mediante Decreto N° 2014-36 de 28 de julio de 2014 se hace en una posición de carácter **permanente** y, por lo tanto, es un nombramiento indefinido. Hay que tener en cuenta que la precitada funcionaria es, entonces, una servidora pública de selección de acuerdo a la definición vertida en el artículo 2 de la Ley N° 9 de 20 de junio de 1994, por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa, toda vez que cumple los requisitos mínimos establecidos por la Constitución y la ley, nombrada discrecionalmente por el Órgano Ejecutivo, por el período establecido por la ley.

Por tanto, la Gerente General Encargada puede ser beneficiaria del fuero de maternidad ya que su nombramiento es indefinido al ser permanente, aunque ello no signifique que tiene estabilidad; y una vez cumplido su fuero se deberá definir su situación laboral dentro de la Caja de Ahorros, atendiendo a la potestad discrecional conferida para reelegir a cualquiera de los precitados colaboradores señalados en el artículo 12 de la Ley N° 52 de 2000, en apego al principio de convencionalidad en materia de maternidad, teniendo en consideración el espíritu de la norma constitucional, la protección que ella busca de la mujer trabajadora y el desarrollo del infante en su edad temprana donde requiere del cuidado de su progenitora, que es cónsono con las convenciones internacionales en dicha materia.

En conclusión, somos del criterio que, atendiendo a las normas constitucionales y el principio de convencionalidad en lo relativo a la protección de la maternidad, le asiste a la Gerente General Encargada el beneficio del fuero, establecido en el artículo 72 de nuestra Constitución Política. Aunado a ello consideramos que, aun cuando el artículo 12 de la Ley N° 52 de 2000 establece que el período de funciones del Gerente General, del Subgerente General y de los Directores Principales y Suplentes, será de cinco años, concurrente con cada período presidencial, nada impide que los mismos puedan ser reelectos en sus cargos.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/mork