



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 23 de octubre de 2018
C-072-18

Licenciado
Armando Guerra
Subdirector General
Lotería Nacional de Beneficencia
E. S. D.

Ref.: Prima de Antigüedad, Indemnización, Ex Servidores Públicos, Aplicación de la Ley.

Señor Subdirector General:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales, en especial por la función contenida en el artículo 6, numeral 1, de la Ley 38 de 2000, de servir como asesores jurídicos de los servidores públicos administrativos, nos permitimos ofrecer respuesta a la consulta elevada mediante **Nota 2018(9-01)134 de 12 de junio de 2018**, y recibida en este Despacho el 15 de junio de 2018, mediante la cual consulta sobre aspectos relacionados a los siguientes temas: “Prima de Antigüedad, Indemnización por Despido Injustificado, Retroactividad de la Ley”.

Luego de la atenta lectura de la nota objeto de la consulta, nos permitimos indicar lo siguiente:

I. Sobre lo consultado.

Se puede apreciar que la consulta deriva de las solicitudes que está recibiendo la Lotería Nacional de Beneficencia, de funcionarios que abandonaron la administración pública antes de la entrada en vigencia de la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, que reclaman el derecho al pago de la prima de antigüedad de parte de la Institución, con base en lo establecido en la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, que establecía un régimen de estabilidad laboral para los servidores públicos, y por la cual se modificó los artículos 1 y 2 de la Ley 39 de 11 de junio de 2013.

En virtud de lo planteado en el párrafo que antecede, se nos formulan las siguientes interrogantes:

- “1. ¿El efecto retroactivo de la Ley 23 de 12 de mayo de 2017 y los derechos que de ella emanan, son aplicables a todas aquellas personas que abandonaron la administración pública desde la entrada en vigencia de la Ley 127 de 2013, la cual entró en vigencia en abril de 2014, hasta antes de la promulgación de la nueva Ley?”

“2. ¿Tienen derecho de reclamar en la actualidad, con la nueva normativa, el pago de la prima de antigüedad y la indemnización por despido injustificado, aquellas personas que abandonaron la administración pública en el período comprendido entre abril de 2014 y mayo de 2017?”

“3. ¿La Lotería Nacional de Beneficencia tiene la obligación de cancelar el pago de primas de antigüedad a todos los funcionarios que abandonaron la administración pública en el período comprendido entre abril de 2014 y mayo de 2017?”

I. Criterio de la Procuraduría de la Administración

Sobre la primera interrogante planteada, esta Procuraduría considera que el efecto retroactivo de la Ley 23 de 12 de mayo de 2017 y los derechos que de ella emanan le serían aplicables a todas aquellas personas que abandonaron la Lotería Nacional de Beneficencia desde la entrada en vigencia de las Leyes 39 y 127 de 2013 que la modifica, pues dicha Ley 23 de 2017, no va en detrimento de los derechos adquiridos por el funcionario, no obstante, para que el derecho a prima de antigüedad pueda ser exigido se deben cumplir con los presupuestos legales correspondientes, e incluso dependerá del momento en que ocurrió la desvinculación del servidor, de la entidad.

En cuanto a la segunda interrogante, consideramos que todos los servidores públicos que abandonaron la Lotería Nacional de Beneficencia durante el período comprendido entre abril de 2014 y mayo de 2017, tendrían derecho a reclamar el pago de la prima de antigüedad.

En relación a la indemnización por despido injustificado, esta Procuraduría es del criterio que le asistiría tal derecho a todos los servidores públicos permanentes que **fuero destituidos sin causa justificada**, situación que debe ser determinada por un tribunal, en el período comprendido entre abril de 2014 y mayo de 2017, según lo establecido en el artículo 11 de la Ley 23 de 2017 que adiciona el artículo 137-C a la Ley 9 de 1994, no obstante, se debe considerar el principio *indubio pro operario* en el sentido de aplicar la norma que más favorezca al trabajador.

Respecto a la tercera interrogante, este Despacho es de la opinión que basta con que se cumplan con los presupuestos legales para que el derecho a la prima de antigüedad pueda ser exigido, no obstante, el accionante debe activar la vía gubernativa para que la autoridad se pronuncie sobre la conducencia de dicha petición.

I. Consideraciones previas al fundamento del Criterio.

Como punto previo, antes de adentrarnos al fondo de lo consultado, esta Procuraduría estima conveniente señalar que si bien, al momento de la absolución de la presente consulta tanto la Ley 39 de 11 de junio de 2013, como la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013 que la modifica y que estableció un régimen de estabilidad laboral para los servidores públicos, se encuentran derogadas por la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, conforme lo dispone el artículo 36 de la misma, no es menos cierto que dicha derogación entró a regir a partir del 13 de mayo de 2017, tal como lo señala el artículo 37 de la aludida Ley, estableciendo que esta comenzaría a regir a partir del día siguiente de su promulgación.

La norma jurídica indica que posee efectos retroactivos, no obstante, se determina que los artículos 1 y 10 empezarían a regir una vez inicie sus funciones el Tribunal Administrativo de la Función Pública, lo que a la fecha no ha ocurrido.

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

“¿El efecto retroactivo de la Ley 23 de 12 de mayo de 2017 y los derechos que de ella emanan, son aplicables a todas aquellas personas que abandonaron la administración pública desde la entrada en vigencia de la Ley 127 de 2013, la cual entró en vigencia en abril de 2014, hasta antes de la promulgación de la nueva Ley?”

Primeramente, esta Procuraduría considera pertinente señalar que en el escenario planteado en dicha interrogante, aquellos servidores públicos desvinculados de la Lotería Nacional de Beneficencia con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 127 de 2013 y antes de la entrada en vigencia de la Ley 23 de 2017, la norma aplicable en cuanto a prima de antigüedad era el artículo 3 de la Ley 127 de 2013, que modificó el artículo 1 de la Ley 39 de 2013, y por el cual se estableció que los servidores públicos tendrían derecho a recibir la prima de antigüedad por cualquiera que hubiere sido la causa de la terminación de la relación laboral.

“Artículo 3. El artículo 1 de la Ley 39 de 2013 queda así:

Artículo 1. Los servidores públicos al servicio del Estado, al momento de la terminación de la relación laboral, cualquiera que sea la causa de terminación, tendrán derecho a recibir del Estado una prima de antigüedad, a razón de una semana de salario por cada año laborado al servicio del Estado en forma continua, aunque sean en diferentes entidades del sector público. [...]

Se entiende que no hay continuidad cuando el servidor público se haya desvinculado definitivamente del servicio al Estado por más de sesenta días calendario sin causa justificada.” *(El resaltado y subrayado es nuestro)*

En ese sentido, este Despacho ha sido del siguiente criterio en relación al tema sobre prima de antigüedad y las Leyes 39 y 127 de 2013:

Si bien es cierto que la Ley N°127 de 2013 reconoce en su artículo 1 el derecho a la estabilidad laboral de los servidores públicos que son nombrados en forma permanente o eventual, ya sea transitorio, contingente o por servicios especiales, con dos años de servicios o más, dicha Ley no se refirió al reconocimiento de derechos adquiridos antes de la vigencia de la Ley, ni establece el carácter de orden público o de interés social de la misma, para que ésta tuviese efectos retroactivos. En ese sentido, los años de servicio ininterrumpidos deben computarse a partir de la vigencia de la Ley, es decir, a partir del 1 de abril de 2014, salvo que su derecho se hubiese configurado desde el 1 de enero de 2014, fecha que entró a regir la Ley 39 de 2013, puesto que si el legislador hubiese reconocido los años de servicios prestados antes de la vigencia de la misma, así lo hubiere expresado.

“Debemos indicar que si bien existen fallos por parte de la Corte Suprema de Justicia en los que ésta se ha pronunciado con respecto a la interpretación del derecho a la estabilidad laboral contemplado en el artículo 1 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, reconociéndoles carácter retroactivo; no es menos cierto que en dicho fallos no se hace referencia alguna al derecho a la prima de antigüedad, reconocido en el artículo 1 de la Ley 39 de 11 de junio de 2013 (según fue modificado por el artículo 3 de la Ley 127 de 31 de diciembre de 2013), por lo que debemos indicar que éste Despacho considera que a esta última norma no se le puede conceder un carácter retroactivo, según se fundamenta en lo normado en el artículo 46 de nuestra Constitución Política.”¹

De lo anteriormente expuesto, se observa que hemos sido de la opinión que el derecho a la prima de antigüedad de los servidores públicos se debe computar desde que nace este derecho, es decir, desde que empezaron a regir las disposiciones legales o normas que lo constituyeron por primera vez.

En cuanto a la modificación de la Ley 9 de 20 de julio de 1994 de Carrera Administrativa realizada por la Ley 23 de 12 de mayo de 2017, podemos indicar que se rescató el concepto de **prima de antigüedad** instituido por la Ley 39 de 11 de junio de 2013, que reconoció ciertas prestaciones laborales a los servidores públicos, modificada mediante Ley 127 de 31 de diciembre de 2013, y que fuera derogada posteriormente por la citada Ley 23 de 2017; sin embargo, a pesar de que esta ley establece en su artículo 35 que es de interés social y que tendrá efectos retroactivos, la misma, en su artículo 37, establece la suspensión de los artículos 1 y 10, los cuales entrarán a regir a partir del nombramiento de los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública.

No obstante lo anterior, nuestro Máximo Tribunal de Justicia en Sentencia de 26 de enero de 2018, determinó que siendo el pago de la prima de antigüedad un derecho adquirido por el funcionario, el mismo no puede ser desconocido por una ley posterior, tal como lo estipula el artículo 3 del Código Civil, el cual establece que “*las leyes no tendrán efecto retroactivo en perjuicio de derechos adquiridos*” y bajo dicho concepto, resaltó que aunque la Ley 127 de 2013, fue derogada por la Ley 23 de 2017, no obstante, esta última mantiene el reconocimiento del pago de la prima de antigüedad en su artículo 10, observándose que la misma no va en detrimento de los derechos adquiridos por el funcionario, siendo así aplicable al ser una ley de interés social y de aplicación retroactiva.

Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que deberá tenerse presente el principio *indubio pro operario* en el sentido que se debe aplicar la norma que más favorezca al trabajador.²

Adicionalmente y de manera sucinta podemos señalar que la figura de la retroactividad de la ley, al decir del reconocido jurista Guillermo Cabanellas, constituye, el efecto, eficacia de un hecho o disposición presente sobre el pasado.

¹ Consulta C-92-16 de 6 de septiembre de 2016.

² Cfr. Sentencia de 11 de enero de 2018 y 9 de marzo de 2018, ambas de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Sostiene el autor, que se habla de retroactividad legal cuando una ley, reglamento u otra disposición obligatoria y general, dictada por autoridad de Derecho o de hecho, ha de extender su eficacia sobre hechos ya consumados; esto es, anteriores en el tiempo a la fecha de su sanción y promulgación.³

“¿Tienen derecho de reclamar en la actualidad, con la nueva normativa, el pago de la prima de antigüedad y la indemnización por despido injustificado, aquellas personas que abandonaron la administración pública en el período comprendido entre abril de 2014 y mayo de 2017?”

Los presupuestos contemplados en su interrogante respecto a la nueva normativa, es decir, la Ley 23 de 2017 son los siguientes: a) el derecho de reclamar en la actualidad el pago de prima de antigüedad, y b) el derecho a la indemnización por despido injustificado.

En lo referente al primer supuesto del “pago de prima de antigüedad”, se hace necesario observar lo que establece el artículo 10 de la Ley 23 de 2017, que adiciona el artículo 137-B a la Ley 9 de 1994:

“Artículo 137-B. El servidor público permanente, transitorio o contingente o de Carrera Administrativa, cualquiera que sea la causa de finalización de funciones, tendrá derecho a recibir de su institución una prima de antigüedad a razón de una semana de salario por cada año laborado en la institución, desde el inicio de la relación permanente. En el caso de que algún año de servicio no se le cumpliera entero desde el inicio de la relación o en los años subsiguientes, tendrá derecho a la parte proporcional correspondiente.”

Tal como lo ha señalado la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que a pesar que la Ley 127 de 2013, fue derogada por la Ley 23 de 2017, no obstante, esta última mantiene el reconocimiento del pago de la prima de antigüedad en su artículo 10, observándose que la misma no va en detrimento de los derechos adquiridos por el funcionario⁴, es decir, que todas aquellas personas que abandonaron la Lotería Nacional de Beneficencia durante el período comprendido entre abril de 2014 y mayo de 2017, tendrían derecho a reclamar el pago de la prima de antigüedad. Adicionalmente, la Sala advierte que el accionante debe activar la vía gubernativa para que la autoridad se pronuncie sobre la prima de antigüedad que se pretende.

Por otro lado, si bien es cierto que este Despacho emitió las Consultas C-005-18 de 7 de febrero de 2018 y C-010-18 de 16 de febrero de 2018, a través de las cuales expresó su criterio en cuanto a la vigencia del derecho a prima de antigüedad establecida por el artículo 10 de la Ley 23 de 2017, en el sentido de que **entraría a regir a partir del nombramiento de los magistrados del Tribunal Administrativo de la Función Pública**, conforme lo establece el artículo 37 de la Ley citada, la Sala Tercera de lo Contencioso

³ CÁBANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edición de enero de 2003.

⁴ Cfr. Sentencia de 26 de enero de 2018.

Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 9 de marzo de 2018, ha señalado lo siguiente:

“[...]”

Lo expresado pone de manifiesto que si bien los efectos de la Ley 23 de 2017, pueden tener alcance a hechos consumados cuando se encontraban vigente las Leyes 39 y 127 de 2013, su aplicación por los efectos retroactivos no debe causar perjuicios a los derechos ya adquiridos.

En este caso también importa atender el principio **indubio pro operario** que obliga a preferir la interpretación que más favorezca al trabajador. Ello significa, que aplicando lo expresado por la normativa vigente y lo externado por la doctrina, aquel derecho individual constituido o derecho adquirido con anterioridad a la entrada en vigencia de una ley derogatoria, debe atenderse en lo que más favorezca al funcionario destituido.”

En ese sentido, la Lotería Nacional de Beneficencia, podría hacer efectivo el pago de la prima de antigüedad a partir de que se dé la desvinculación del funcionario con la Administración Pública; sobre todo, en aquellos casos que no están sometidos a controversia, por ser este pago un derecho adquirido, es decir, basta que se cumplan los presupuestos legales para que el derecho pueda ser ejercitado, salvo que existen diferencias en cuanto a la cuantificación de este derecho para lo cual se requiere de un pronunciamiento judicial el cual conocerá de esta pretensión una vez agotada la vía gubernativa.

En relación al segundo supuesto, respecto a si en la actualidad tienen derecho a reclamar con la nueva normativa el **pago de indemnización por despido injustificado**, aquellas personas que abandonaron la administración pública en el período comprendido entre abril de 2014 y mayo de 2017, tenemos a bien señalar lo siguiente:

El término “*abandonar*” según el Diccionario de la Real Academia Española significa “*dejar una actividad u ocupación o no seguir realizándola*”, por lo que se colige que los servidores públicos a los que se refiere la presente consulta, no fueron destituidos; en ese sentido, esta Procuraduría es del criterio que **sólo le asistiría tal derecho a aquellos servidores públicos permanentes que fueran destituidos sin causa justificada.**

En ese sentido, el artículo 11 de la Ley 23 de 2017 que adiciona el artículo 137-C a la Ley 9 de 1994, determina lo siguiente:

“**Artículo 137-C.** Los servidores públicos permanentes al servicio del Estado, **que sean destituidos de sus cargos podrán solicitar el reintegro ante el Tribunal Administrativo de la Función Pública, si consideran que no existe causa justificada para la destitución.** En caso de que **el Tribunal emita una sentencia que declara injustificada la destitución,** la entidad donde laboraba el servidor público, tendrá la opción de reintegrar al servidor

público o pagarle una indemnización que será de dos semanas de salario por cada año de servicio, calculada con base en el último salario devengado.
Esta norma no aplica para los servidores públicos de Carrera Administrativa.” (El resaltado es nuestro)

Tomando como referencia el artículo 35 de la citada Ley 23 de 2017, que se refiere al principio de la retroactividad de la ley, veamos los supuestos consagrados en el artículo 137-C arriba transcrito:

1. Sí tendrían derecho a reclamar en la actualidad con la normativa vigente el pago de indemnización por despido injustificado, aquellos servidores públicos permanentes que fueron destituidos de manera injustificada de la Lotería Nacional de Beneficencia en el período comprendido entre abril de 2014 y mayo de 2017.
2. El reclamo a la indemnización por despido injustificado procederá siempre y cuando el Tribunal emita la sentencia que así lo declare.
3. La entidad donde laboraba el servidor público destituido tendrá la opción de:
 - a. Reintegrar al servidor público.
 - b. Pagar la indemnización, que será de dos semanas de salario por cada año de servicio, calculada con base en el último salario devengado.

No obstante, como se ha mencionado en párrafos anteriores, el principio *indubio pro operario* juega un papel importante, pues obliga a optar por la interpretación que más favorezca al trabajador, por lo tanto mientras no se cree o entre en función el Tribunal de la Función Pública, quien considere que tiene un derecho subjetivo lesionado, una vez agotada la vía gubernativa, tendrá que ir a la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia.

A modo de ejemplo, hacemos referencia al fallo del 14 de mayo de 2012, el cual se explica por sí solo:

“En virtud de lo anterior, y tomando en consideración que la propia Directora General de Carrera Administrativa, atendiendo un oficio emitido por el Magistrado Sustanciador, indica que "a la fecha no se ha integrado la nueva Junta de Apelación y Conciliación, por tal razón, ésta no ha aprehendido el conocimiento de los recursos de apelación y como consecuencia no ha resuelto el recurso presentado ante la Dirección General de Carrera Administrativa" (fojas 49 a 50 del expediente), esta Superioridad estima que la falta de designación de los miembros de la Junta de Apelación y Conciliación, por parte de las autoridades competentes, no puede constituirse en obstáculo para que las personas afectadas con una actuación administrativa, puedan gozar de una tutela judicial efectiva.” (El resaltado y subrayado es nuestro)

“¿La Lotería Nacional de Beneficencia tiene la obligación de cancelar el pago de primas de antigüedad a todos los funcionarios que abandonaron la administración pública en el período comprendido entre abril de 2014 y mayo de 2017?”

Tomando en consideración la norma vigente al momento de la desvinculación, sobre este aspecto, tenemos que la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de 3 de febrero de 2017, sostuvo que para acceder a la prima de antigüedad se requiere que concurren los siguientes elementos: que se trate de un funcionario público al servicio del Estado, que la relación laboral haya terminado, sin distinguido alguno por la causal, y que el servicio se hubiese brindado de forma continua, es decir, sin que se haya desvinculado definitivamente por más de sesenta días calendarios sin causa justificada, e incluso, señala que la prima de antigüedad “es una prestación de carácter reivindicatorio que deriva de la sola existencia de la relación de trabajo, que se reconoce por el mero transcurso del tiempo de servicio continuo y debe pagarse al desaparecer el vínculo con la administración pública”.

Es por ello, que este Despacho considera que basta con que se cumplan con los presupuestos legales para que el derecho a la prima de antigüedad pueda ser ejercitado y corresponderá al servidor público activar la vía gubernativa para que la autoridad se pronuncie sobre la cancelación del pago.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/mabc
Exp. C-081-18