

C-No.87

Panamá, 27 de abril de 2000.

Su Excelencia

Luis Alejandro Posee Martinz

Ministro de Desarrollo Agropecuario

E. S. D.

Señor Ministro:

A continuación le brindo las respuestas a nota DM-289-00 de 15 de febrero de 2000, sus dos interesantes interrogantes, referente al régimen de licencia de los funcionarios que han sido electo Representantes de Corregimiento.

Interrogantes.

Sus preguntas específicas son:

- 1 "¿Si el funcionario de COPEG es considerado servidor público del Estado o no?"
- 2 "En consecuencia de lo anterior ¿si estamos o no facultados para conceder licencia con sueldo a este funcionario?"

Antecedentes de Hecho.

La cuestión consulta se sustenta en los hechos siguientes:

1. Existen un funcionario que trabajaba para el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, que luego fue asignado al programa para la erradicación y prevención del gusano barrenador del ganado.
2. Este funcionario se sometió al escrutinio popular, saliendo electo por su comunidad, como Representante de Corregimiento.
3. La normativa legal estatuye que los funcionarios del Estado que salgan electo como Representantes de Corregimiento, tienen el derecho de gozar de licencia con sueldo.

4. El pago de esta licencia debe recaer en el arca de la institución en donde laboraba dicho funcionario.
5. El funcionario tiene una situación laboral compleja ya que en realidad la Comisión para la erradicación y prevención del gusano barrenador es un organismo binacional.

Cuestión de Derecho.

La situación de interés jurídico se centra en saber si la situación jurídica laboral del funcionario es la de ser un "empleado oficial", o si por el contrario, tiene un régimen estatutario especial, asimilable a un empleado contratado por el Estado o un organismo internacional.

Por lo expuesto las particularidades de la presente Consulta administrativa es la de saber qué régimen laboral le aplica a los funcionarios que laboran en el programa de carácter binacional denominado "La Comisión para la Erradicación y Prevención del Gusano Barrenador."

Las licencias con sueldos como excepción al régimen laboral de los funcionarios.

Generalidad.

La regla general en derecho laboral administrativo es que, los funcionarios ejercen regular y permanentemente las funciones del empleo para la cual han tomado posesión. Es decir que se encuentren en servicio activo, salvo por el goce de sus derechos, vacaciones o permisos legítimos, tales como licencias con o sin sueldo.

Por otro lado sólo los funcionarios que se incorporen al régimen de carrera administrativa, tienen el derecho de gozar de licencias con sueldo. De esta afirmación da cuenta el numeral cinco (5) del artículo ciento treinta y siete (137) de la Ley nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Luego se puede decir que en nuestro medio jurídico laboral, la licencia con sueldo es una excepción, y la regla general es la licencia sin sueldo, dado que la mayoría de los funcionarios de la administración no pertenecen a carreras especiales y menos a la carrera administrativa.

Vista así las cosas, y hasta tanto la mayoría de los funcionarios al servicio del Estado se incorporen, por medio de concursos de oposición, a la carrera administrativa, municipal, educativa, judicial, etc.; la licencia sin sueldo es la regla y la licencia que se concede con sueldo es una excepción. En razón de ello, como toda excepción, el otorgamiento de licencias con sueldo, debe ser interpretada de forma restrictiva, o sea limitada y cuidadosa.

Las licencias con sueldos: prerrogativa de los funcionarios electos.

En el caso de algunos cargos que se someten a elección popular (piénsese en los cargos de Alcaldes, Representantes de Corregimiento, etc.) es decir puestos de escogencia directa y libre de los vecinos electores de un distrito o corregimiento; la ley establece que si el candidato es elegido, y además detentaba un puesto público, antes de la elección, la institución en la que laboraba dicho funcionario electo, debe reconocerle licencia con sueldo durante el término que dure este cargo de elección. Ésta es pues una excepción que se convierte en una prerrogativa particular a favor de algunos funcionarios no nombrados, sino electos.

El caso por usted planteado parece ser el de una persona que ha sido electa por su comunidad como Representante de Corregimiento, y por ello se podría pensar en la directa aplicación del artículo octavo de la Ley cincuenta y tres (53) de mil novecientos ochenta y cuatro (1984). En esta disposición se establece que: **"Durante el periodo de 5 años para el cual fueron electos, los representantes de corregimiento que laboren en Entidades del estado gozarán de Licencia con Sueldo"**.

El tratamiento normativo de las licencias con sueldo a favor de los funcionarios que laboren para el Estado.

Aquella disposición legal tiene una redacción clara, en el sentido de establecer una condición al otorgamiento de la licencia con sueldo: que la persona de que se trate tenga el carácter de funcionario o servidor público.

El ordenamiento jurídico panameño define al servidor público como: **"La persona nombrada temporal o permanentemente en cargo del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semi autónomas y en general, la que perciba remuneración del Estado¹".**(Destaca la Procuraduría)

Luego queda por ver si el sujeto que hoy en día pide el reconocimiento del derecho de licencia con sueldo, por haber sido electo "Representante de Corregimiento", tiene la condición de **haber sido nombrado**, independientemente de que el nombramiento haya sido o no permanente.

Ahora bien, recordemos que la forma más frecuente del ejercicio de la función pública es el nombramiento, luego llega la elección y en algunos casos (que frecuentemente son impuestos por una mala práctica administrativa), se llega a la función por conducto de la contratación de servicios profesionales.

¹ Ver el glosario incorporado en el artículo dos (2) de la Ley nueve (9) de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

El Nombramiento como requisito formal para la concesión de licencias con sueldo.

Para la normativa el nombramiento es la forma de vincular a un sujeto con el puesto u oficio público. Ello dado que el nombramiento dice relación con un derecho más importante aún, cual es el derecho de cargo y función pública², siendo este el medio encaminado a lograr la participación ciudadana en la conformación, ejercicio y control del poder político. El nombramiento es pues el acto en cuya virtud la persona asume, unas funciones, deberes y responsabilidades; amén de ser el requisito sine qua non para que luego del ingreso esa misma persona pueda adquirir el derecho de licencia con sueldo, según se desprende de la normativa vigente.

Efectivamente, el nombramiento es una formalidad sustancial de derecho público, la cual traduce principios de organización del Estado de Derecho, indisponibles para las autoridades que le deben acatamiento y que ninguna práctica, por generalizada que sea, es capaz de sustituir o derogar.

Y es que para que una persona pueda ser centro del Derecho Laboral Administrativo se requiere de un acto-condición que lo haga expresa y públicamente destinatario del mismo. Este acto es la designación o nombramiento, la que debe ser seguida de la toma de posesión del cargo. La asunción de responsabilidad ante la comunidad, se realiza mediante el juramento de respetar y hacer cumplir la Constitución Política y las leyes, lo que permite identificar a la persona que ingresa al servicio y afirmar, desde el momento inicial, la fidelidad que los empleados públicos deben al ordenamiento como agente del Estado de Derecho.

Diferencia entre los efectos de la contratación de servicios públicos y el nombramiento.

En cuanto a la contratación de servicios profesionales, ella no llena las cualidades del nombramiento y por ello no se puede afirmar que el contratado pueda desarrollar sus actuaciones y actividades correspondientes al cargo, aunque es innegable que se realiza un servicio público o se presta una labor que puede ser calificada como oficial.

La mera prestación contractual de trabajo, así beneficie al Estado, se comprende, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ella derechos (los contenidos en el contrato de trabajo), pero no coloca a la persona que la suministra en la misma situación legal y reglamentaria en la que se puede encontrar un funcionario nombrado y posesionado. Admitir que los funcionarios no nombrados tengan los mismos derechos que los nombrados y posesionados, significaría hacer caso omiso de:

² Ver el artículo 21 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre la misma materia.

1. La existencia de un acto administrativo que ordene la respectiva designación, que puede ser sustituida por una simple práctica realizada al margen de las condiciones legales de ingreso regular a la función pública.
2. La posesión para tomar el cargo, de modo que sigilosamente puede ingresar al servicio personas que no asumen públicamente los compromisos de obedecer la Constitución y las leyes nacionales.
3. La planilla de personal que no contempla el empleo o cargo que mediante la vía de hecho o contractual pretende consolidarse.
4. La disponibilidad presupuestaria para atender el servicio, con lo cual se puede generar obligaciones que superan las disponibilidades financieras, además por parte de personas y autoridades no autorizadas para gravar el erario público y a través de procedimientos no establecidos por la ley.
5. Las regulaciones generales que gobiernan el ejercicio de las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, las cuales son sustituidas por estipulaciones que, por desconocer el régimen legal, representan una invasión del ámbito legal, potestad del Poder Legislativo; amén de representar un precedente que ocasiona desigualdades salariales entre los empleados del sector público.

En consecuencia, sin olvidar el rasgo excepcional de las licencias con sueldo, vemos que la situación concreta por usted planteada dice relación con un sujeto que llegó a la función pública, previa al momento de la elección popular, por medio de una contratación de servicios profesionales; por lo tanto, no cumpliendo con las formalidades sustanciales del nombramiento y la toma de posesión, situaciones estas fundamentales como principios de organización del Recurso Humano del Estado y el mismo mantenimiento del Estado de Derecho. En razón de esto, y a pesar de la prestación real de servicios públicos, ello no puede derivar en el incumplimiento de los requisitos del nombramiento y la toma de posesión, los que permiten el pago de licencias con sueldo.

El régimen laboral de los contratados por La Comisión para La Erradicación y Prevención del Gusano Barrenador

Por otro lado, el contrato que firmara el servidor solicitante tiene el carácter de contrato especial ya que quien representa el interés público en él, no es el Ministerio de Desarrollo Agropecuario, sino una persona jurídica distinta: La Comisión Panamá Estados Unidos para la Erradicación del Gusano Barrenador del Ganado.

En efecto, por medio del contrato individual de trabajo COPEG N° CR-0058-99, se ingresa al ejercicio de una función pública, pero con estatuto laboral contractual. Es decir que la relación de trabajo la regula el propio contrato. El cual a su vez está regido por la Ley trece (13) de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), "por la cual se adopta el Acuerdo cooperativo entre el Ministerio de Desarrollo Agropecuario de Panamá y el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos de

América Para la Erradicación del Gusano Barrenador del Ganado, el Acuerdo Cooperativo Suplementario y se Dictan otras Disposiciones".

En la Ley trece (13) de seis (6) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), (en lo sucesivo la Ley 13 de 1999), se diferencian tres tipos de funcionarios: los asignados por el Ministerio de Desarrollo Agropecuario (MIDA), los designados por el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos (USDA) y los funcionarios contratados por la propia Comisión Panamá - Estados Unidos para la Erradicación del Gusano Barrenador del Ganado (en lo sucesivo La Comisión). A las dos primeras categorías de servidores les deberían pagar sus respectivos países, asimilándose a funcionarios ordinarios, en funciones especiales o asignados a otro organismo. Sin embargo los contratados por la Comisión, serían pagados con fondos de la propia Comisión Panamá Estados Unidos para la Erradicación del Gusano Barrenador del Ganado³.

Ahora bien los únicos funcionarios que tiene derecho a trato diplomático son los aportados y pagados por la USDA⁴.

Ya en "el Acuerdo Cooperativo Suplementario entre el Departamento de Agricultura de los Estados Unidos de América y el Ministerio de Desarrollo Agropecuario de Panamá para el costo compartido asociado con el diseño, Construcción y Equipamiento de una Planta Productora de Moscas Estériles del Gusano Barrenador del Ganado En Panamá⁵", específicamente en el manual de políticas y procedimientos para la administración del personal de COPEG; se deja claramente establecido que esas actividades son de carácter temporal y en consecuencia "no pretenden garantizar la contratación por un período específico, por lo que tanto la Comisión como el empleado conservan el derecho de poner término en cualquier momento a la relación de trabajo de manera voluntaria⁶".

Así las cosas la relación de trabajo no tiene el carácter de ser de carrera o con goce de estabilidad funcional, sino de ser una relación laboral para la realización de obras concretas.

Entre los derechos que se le reconocen a los empleados de la Comisión, se cuentan: el derecho de vacaciones⁷, el derecho a una evaluación justa del desempeño⁸, tiempo extra, descanso obligatorio, goce de días feriados o duelos nacionales, la suspensión del contrato, etc.

³ Ver artículo seis (6) de la Ley 13 de 1999.

⁴ Confróntese con el artículo diez (10) de la Ley 13 de 1999.

⁵ Ver pagina quince de la Gaceta Oficial número 23, 799 de 19 de mayo de 1999.

⁶ Ver el artículo trece del Manual de políticas y procedimientos para la administración del Personal de COPEG.

⁷ Ver el artículo 29 del Manual de políticas y procedimientos para la administración del Personal de COPEG (el Manual).

⁸ Ver el artículo 17 del Manual.

La suspensión del contrato, se regula en el artículo 22 señalándose lo siguiente:

"El contrato de trabajo podrá ser suspendido de conformidad con las reglas y limitaciones contenidas en el Reglamento Interno de la Comisión. Entre las causales de suspensión temporal del contrato estarán el permiso otorgado por los Directores, enfermedad, accidentes de trabajo, licencia por gravedad y arresto del empleado o prisión preventiva, siempre que esté seguido de sentencia absolutoria y que no exceda del término de seis (6) meses desde que se suspendió el contrato".(Subraya la Procuraduría de la Administración)

De la atenta lectura de esta norma, se desprende la regulación de lo que se conoce como licencias, las que como se sabe, son siempre de carácter provisional. Igualmente se desprende que la licencia con derecho a sueldo no está contemplada en la gama de derechos reconocidos por la Comisión a sus empleados.

En el artículo cuarenta y tres (43) de la ley 13 de 1999, se regulan las ausencias justificadas, estableciéndose lo siguiente:

"La Comisión reconocerá el pago de los salarios durante las ausencias justificadas del personal que resulten por enfermedad o incapacidad debidamente comprobada, hasta un máximo de dieciocho (18) días al año, no acumulables. (...)

En adición a las ausencias por incapacidad o enfermedad, COPEG podrá otorgar a sus empleados licencias o permisos no remunerados en casos de graves calamidades domésticas, duelo, matrimonio de funcionarios, nacimiento de un hijo, enfermedad grave de un pariente cercano, eventos académicos puntuales y otros asuntos personales de importancia.

Así mismo, la Comisión podrá conceder licencias no remuneradas a su personal para el desempeño de un cargo público hasta sesenta (60) días al año, que podrán ser prorrogadas con la aprobación de los Directores por hasta seis (6) meses, siempre que con ello no se afecte el normal desenvolvimiento de las labores de la Comisión.

El Departamento de Recursos Humanos podrá aprobar, con el visto bueno de los Directores, la remuneración durante el período de ausencia en algunos de los casos anteriores, siempre que el empleado no haya hecho uso del total de las ausencias remuneradas por incapacidad a que se refiere este artículo.

(...)"

Con esta disposición se deja ver con gran claridad que la Comisión no reconoce el pago de salarios a los empleados que tengan que ausentarse de su puesto, para el ejercicio de un cargo público; y menos aún, que la licencia pueda cubrir todo el periodo del nuevo cargo público por ejercer, a lo sumo podría cubrir los dieciocho (18) días de licencia remunerada por enfermedad.

Respuesta a los interrogantes concretos.

Las respuestas específicas son:

- 1 De las afirmaciones de su Despacho parece indicar que estamos frente al ingreso de un funcionario, por conducto de una contratación administrativa de prestación de servicios; en consecuencia sus derechos y obligaciones son regidos por el contrato, y si en él no se contempla el pago de licencias con sueldo, como es el caso planteado; no podría el Ministerio de Desarrollo Agropecuario asumir dicho pago.
- 2 En consecuencia de lo anterior NO estaría el Ministerio de Desarrollo Agropecuario facultado para conceder licencia con sueldo a este funcionario.

Conclusiones Generales.

A la luz de los postulados transcritos resulta claro que la simple contratación de servicios profesionales de una persona para desempeñar un cargo, no hace generar el derecho de licencia con sueldo, en los términos del artículo 8 de la Ley 53 de 1984; situación ésta que se torna más nítida cuando esa persona contrata su ejercicio funcional por un tiempo determinado. Ciertamente y es que sería contrario al derecho que la licencia se otorgue por cinco años (el tiempo de ejercicio del cargo político en el Consejo Municipal) cuando el periodo de contratación era menor a ese período quinquenal.

Con la pretensión de poder colaborar con usted, dentro de nuestro marco funcional y legal, quedamos de ustedes, muy atentamente,

Dr. José Juan Ceballos Hijo.
Procurador de la Administración.
(Suplente)

JJC/15/cch.