

Panamá, 10 de junio de 2004.

Licenciado
ALCIBÍADES MEDINA
Presidente del Consejo Provincial de Panamá
E. S. D.

Señor Presidente:

En cumplimiento de nuestra atribución constitucional y legal de servir como consejeros jurídicos de los funcionarios de la Administración, ofrecemos contestación a la consulta que tuvo a bien elevar a este Despacho mediante nota CPP/277/04, por la cual nos formula las siguientes interrogantes:

- “1. Si una funcionaria nombrada temporalmente le protege el Fuero Maternal después de vencido su contrato.
2. Si estamos obligados a pagar o no el período comprendido entre el 8 de enero de 2004 al 15 de marzo de 2004, a pesar que en dicho lapso de tiempo no había contrato vigente entre la institución y la funcionaria aludida.
3. En caso de estar protegida la funcionaria por el Fuero Maternal, favor de indicarnos el período que cubre el mismo.”

Como cuestión previa debemos comunicarle que, al tenor de lo establecido en el Artículo 6, numeral 1 de la Ley 38 de 2000, las consultas que eleven los funcionarios públicos a esta Procuraduría deberán estar acompañadas del criterio jurídico respectivo, requisito que le instamos a cumplir en futuras oportunidades.

Observamos que adjunto a su consulta nos remite copia simple de los siguientes documentos:

1. Decreto de nombramiento temporal N°04 de 2001, vigente a partir del 30 de octubre de 2001, hasta el 31 de diciembre de 2001 y Acta de toma de posesión.
2. Decreto de nombramiento N°006-2002, vigente a partir del 1 de enero de 2002, hasta el 31 de diciembre de 2002.
3. Decreto de nombramiento N°004-2003, vigente a partir del 1 de enero de 2003, hasta el 31 de enero de 2003 y Acta de toma de posesión.
4. Decreto de nombramiento N°004 A-2003, vigente a partir del 1 de febrero de 2003 hasta el 31 de marzo de 2003 y Acta de toma de posesión.

5. Decreto de nombramiento N°002 A-2003, vigente a partir del 1 de abril hasta el 31 de agosto de 2003 y Acta de toma de posesión.
6. Decreto de nombramiento N°004 B-2003, vigente a partir del 1 de septiembre hasta el 31 de Diciembre de 2003 y Acta de toma de posesión.
7. Nota suscrita por el Presidente del Consejo Provincial de Panamá, dirigida al Departamento de Pensiones y Subsidios, Sección de maternidad de la Caja de Seguro Social, por la cual notifica que la señora Maricenia Fuentes con seguro social 8-439-409 tiene fecha probable de parto de 12 de noviembre de 2003 y que por tal motivo se acogerá a licencia de gravidez del 2 de octubre de 2003 al 8 de enero de 2004.
8. Formulario de la Caja de Seguro Social, de solicitud de subsidio de embarazo, N°102563.
9. Decreto de nombramiento N°002-2004, vigente a partir del 16 de marzo de 2004 hasta el 31 de mayo de 2004 y Acta de toma de posesión.
10. Nota suscrita por la señora Maricenia E. Fuentes Z., con fecha de 11 de mayo de 2004, dirigida al Presidente del Consejo Provincial de Panamá.

Vistos los aspectos que abarca su consulta y hechas las aclaraciones procedimentales pertinentes, nos permitimos ofrecer contestación en los siguientes términos:

En primer lugar, debemos señalar que el fuero de maternidad es un derecho que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la mujer trabajadora, durante el embarazo y después del alumbramiento, que comprende la conservación del empleo por un período determinado y el pago de un subsidio durante ese lapso.

Este derecho fundamental, encuentra sustento constitucional en el artículo 68 de la Constitución Política, el cual se expresa en los siguientes términos:

Artículo 68: "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 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 en casos especiales de trabajo de la mujer en estado de preñez."

Igualmente, nuestra máxima corporación de justicia se ha referido al fuero de maternidad en reiterada jurisprudencia, destacándose entre sus pronunciamientos el proferido mediante Sentencia de la Sala Tercera, con fecha 28 de agosto de 1990 (Esilda Martínez de Saldaña vs Supermercado Del Parque, S.A.), en el que se expresó 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 término 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."

Tanto el artículo 68 de la Constitución, como el extracto del Fallo citado, coinciden en que el fuero de maternidad es una garantía de protección a la mujer durante su embarazo y después de éste, que ampara tanto a las mujeres trabajadoras del sector privado, como las del sector público. Este fuero es una garantía de estabilidad laboral y económica, pero su aplicación no debe entenderse en términos absolutos, pues presenta excepciones.

Así, mediante la garantía de la conservación del empleo que se le dispensa a la madre, se le resguarda de la posibilidad de un despido injustificado por razón de su preñez. No obstante, frente a la justificación de la terminación laboral, legalmente configurada, no puede aducirse la protección del fuero de maternidad, como sería por el ejemplo el caso de la comisión por parte de la trabajadora de una falta de sus deberes como servidora, o de un delito, cuya comprobación conllevaría el despido.

El despido es una forma de terminar la relación laboral, pero existen otras, tales como la decisión unilateral del empleador, el mutuo consentimiento, la muerte del trabajador, la conclusión de la obra objeto del contrato y la expiración del término pactado (tratándose de contrato) o establecido (tratándose de nombramiento temporal mediante Resolución o Decreto de nombramiento).

En el caso que nos ocupa, la funcionaria ha laborado en la institución en virtud de nombramientos temporales con cargo al código de gasto correspondiente al personal transitorio.

Debemos tener presente que cuando una persona ingresa al servicio público de esta forma, su nombramiento sólo tendrá vigencia por un tiempo definido, por lo que la relación laboral está supuesta a terminar el día de su vencimiento, de allí que su prórroga o extensión, sólo sería posible mediante nueva acción de personal más no en virtud del fuero de maternidad, que supone la garantía de la conservación del empleo para la mujer trabajadora por el lapso de un año, posterior al parto, lo que implicaría una prórroga de hecho del nombramiento respectivo.

Como se puede apreciar, hay dos aspectos relevantes en el fuero de maternidad, uno, el pago del subsidio a la mujer trabajadora, y el otro, el derecho a conservar su puesto de trabajo. Sin embargo, cuando hablamos de su reconocimiento, hablamos de pagar a la madre el mencionado subsidio, y de respetar su empleo, pero éste debe existir; ya que no puede conservarse un empleo que no existe por haber expirado el término establecido en la Resolución o decreto de nombramiento.

La Resolución o decreto de nombramiento es en este caso la base de la relación laboral y, por tanto, la fuente generadora de derechos y obligaciones, por lo que, si éste fija un término específico durante el cual el nombramiento ha de tener vigencia, no sería jurídicamente viable pretender extender el mismo más allá de su expiración, invocando la aplicación del fuero de maternidad.

Por último, debemos señalar que el salario es la remuneración que se otorga como contraprestación de los servicios prestados, por lo que no es dable en la administración pública efectuar pagos por períodos no laborados, a menos que una ley así lo ordene (p.e., derecho de vacaciones, licencias remuneradas, fuero maternal, salarios caídos establecidos por ley). De lo anterior se colige que, en el caso de una servidora pública nombrada transitoriamente, que haya hecho uso de la licencia de maternidad y cuyo nombramiento haya vencido antes que el período de licencia, sin haber sido nombrada nuevamente y, por tanto, hubiere dejado de prestar sus servicios, siempre que no mediare ley especial que así lo ordene, la misma no tendría derecho al pago de salarios caídos por ese período de cesantía, ya que no estaba nombrada en ese momento y por tanto no pudo prestar sus servicios.

Con base en lo anterior, nos permitimos contestar sus interrogantes de la siguiente manera:

1. Una funcionaria nombrada temporalmente no puede invocar la aplicación del fuero de maternidad para obtener su reintegro, vencido el contrato o nombramiento. Sólo si su nombramiento o contrato venciere después del período de licencia podría exigir que se le permita reincorporarse a sus funciones, pero sólo hasta el vencimiento del contrato o nombramiento respectivo.
2. Si durante el período comprendido entre el 8 de enero al 15 de marzo de 2004, no había nombramiento vigente entre la institución y la funcionaria aludida, y no existe ley especial que así lo ordene, la institución no está obligada a pagar salarios caídos por el período no laborado.
3. Para los efectos de verificar el cálculo del período del Fuero Maternal correspondiente a la funcionaria en cuestión, recomendamos elevar la consulta al Departamento de Pensiones y Subsidios de la Caja de Seguro Social, como autoridad competente en la materia.

Esperando de este modo haber esclarecido suficientemente su inquietud, nos suscribimos, no sin antes manifestarle las seguridades de nuestro más alto aprecio y distinguida consideración.

Atentamente,

Original }
Firmado }
Lda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración
Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/dc/hf.