



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 1 de noviembre de 2021
C-182-21

Licenciada
Karen Gutiérrez Lee
Directora Ejecutiva de la Autoridad
Nacional de los Servicios Públicos (ASEP)
Ciudad.

Ref.: Viabilidad de descontar de las prestaciones laborales que deba pagar la ASEP a los familiares de servidores públicos fallecidos, los montos pagados a éstos en concepto de salario en jornadas no trabajadas, al no tener asignada carga laboral durante la pandemia de la COVID-19.

Señora Directora Ejecutiva:

Por este medio damos respuesta a su nota DSAN-2328-2021 de 24 de septiembre de 2021, recibida en este Despacho el 28 de septiembre del año en curso, por medio de la cual eleva consulta a esta Procuraduría respecto a: "...la viabilidad de descontar, de las prestaciones laborales que deba pagar esta Autoridad a los familiares de servidores públicos fallecidos, los montos pagados a servidores públicos, en concepto de salario, en jornadas no trabajadas, al no tener asignada carga laboral, durante la pandemia de la COVID – 19; con fundamento en los Decretos Ejecutivos N°387 de 17 de marzo de 2020 y N°466 de 5 de junio de 2020."

En atención a lo consultado, esta Procuraduría es del criterio que no resulta viable descontar de las prestaciones laborales que deba pagar la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos a los familiares de los servidores públicos fallecidos en ese mismo período, los montos pagados a éstos en concepto de salario en jornadas no trabajadas, al no tener asignada carga laboral durante la pandemia por el Covid-19.

A. Consideraciones Previas

Antes de analizar el tema objeto de su consulta, es necesario explicar puntual y brevemente el contenido de las Notas C-127-20 de 13 de noviembre y C-152-20 de 16 de diciembre, ambas del 2020, citadas en su consulta¹ y que a juicio de la señora Directora Ejecutiva, constituyen el criterio jurídico de la institución para proceder con el descuento de la liquidación de las prestaciones económicas y laborables que les correspondería a las personas fallecidas durante el período de la actual Pandemia, producto del COVID-19, y que deben ser entregadas a sus familiares.

- Con relación a la Nota C-127-20 absuelta a la Dirección General de Carrera Administrativa, ésta, guarda relación con la implementación del tiempo de permiso retribuido recuperable y las vacaciones adelantadas como medidas de contingencia producto del Covid-19, específicamente en cuanto al procedimiento a seguir en caso de renuncia del servidor público acogido a las mismas, dando como resultado sueldos pagados de más.

¹ Cfr. Tercer párrafo, foja 2 del escrito de consulta.

El criterio de la Procuraduría fue:

“...es la opinión de este Despacho que aquellos ex funcionarios de la Autoridad de los Recursos Acuáticos, que se ausentaron justificadamente de su puesto de trabajo en virtud de “permisos retribuidos recuperables” o de “vacaciones adelantadas”, pero renunciaron a los cargos públicos que ocupaban en dicha entidad estando aun acogidos estas modalidades laborales, deberán reembolsar, mediante cheques de gerencia, los montos cobrados por los meses pagados y no laborados; ello, dada la imposibilidad fáctica de implementar los mecanismos compensatorios que prevé en ordenamiento jurídico aplicable, a saber, horas extraordinarias o vacaciones resueltas, en caso de “permiso retribuido recuperable”, de conformidad con lo dispuesto en la guía elaborada por la **Dirección General de Carrera Administrativa**, anexa al Decreto Ejecutivo N°.466 de 2020; o bien, tiempo compensatorio reconocido o vacaciones resueltas, con fundamento en el segundo párrafo del artículo 74 del Reglamento de Trabajo de la ARAP, en el caso de las “vacaciones adelantadas”.

Resultando ser los aspectos más relevantes de esta opinión, los siguientes:

1. Se trataba de funcionarios que se acogieron al beneficio (*permisos retribuidos recuperables o vacaciones adelantadas*) y posterior al mismo, **presentaron renuncia al cargo**, generándose sueldos pagados de más.
 2. En el caso subjuídice, **estábamos en presencia de funcionarios que no habían fallecido**.
 3. La imposibilidad fáctica de implementar los mecanismos compensatorios que prevé el ordenamiento jurídico aplicable (*en ese momento*), a efectos que posterior a su renuncia, tendrían que reembolsar mediante cheques de gerencia, los montos cobrados por los meses pagados y no laborados.
- Respecto de la Nota C-152-20 absuelta a un particular, la misma se refería a la legalidad de un acto administrativo, en el cual se dispuso el descuento de vacaciones acumuladas durante el estado de emergencia producto del Covid-19.

La opinión de este Despacho fue que:

“...las acciones de personal N°.20-1411-15 y N°.20-1411-6, ambas de 12 de noviembre de 2020, proferidas por la Dirección de Recursos Humanos de la Universidad de Panamá, por las cuales se le conceden vacaciones, en conformidad con las resoluciones de vacaciones vencidas N°.2018-1-2967- 2019-1-2983 y N°.2019-1-2983-2020-1-6584, respectivamente, se encuentran revestidas de la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos, en los términos que señala el artículo 46 de la Ley 38 de 2000, y por tanto tienen fuerza obligatoria inmediata y deberán ser aplicadas, mientras sus efectos no sean suspendidos o no se declaren contrarias a la Constitución Política, a la ley o a los reglamentos generales por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia; único tribunal competente para decidir sobre la validez legal de los actos administrativos, al tenor de lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 206 del Texto Fundamenta, en concordancia con el artículo 97 del Código Judicial.”

Igualmente, resultaron relevantes los siguientes aspectos:

1. Se trataba de actos administrativos materializados (*Resoluciones*) revestidos de presunción de legalidad, relacionados con el descuento de vacaciones acumuladas durante el estado de emergencia producto del Covid-19.
2. Estábamos en presencia de funcionarios que **no habían fallecido**.

Vista las consideraciones previas, procederemos a emitir nuestra opinión, en los siguientes términos:

B. Criterio Jurídico de la Procuraduría de la Administración.

I. Principio de Legalidad.

Debemos manifestar en primera instancia, que los principios fundamentales de Derecho recogidos en nuestro ordenamiento jurídico², proponen que los mismos, constituyen el fundamento en virtud del cual todos los actos administrativos deben estar sometidos a las leyes; conforme al cual todo ejercicio de un poder público debe realizarse acorde a la ley vigente y su jurisprudencia. Dicho en otras palabras, el servidor público sólo puede hacer lo que la ley le permita.

Con referencia a lo anterior, resulta oportuno señalar de igual forma que, el *Principio de Legalidad*³ entraña que los poderes públicos solo pueden actuar de acuerdo con las normas que fijan sus competencias y actuaciones, contemplando así entre otros elementos, la *vinculación positiva de los poderes públicos*, en la cual los poderes públicos solo pueden hacer aquello que se encuentra expresamente permitido por las normas jurídicas y lo contrario de una vinculación positiva sería obviamente, una *vinculación negativa*, que implica que se puede hacer todo aquello que no prohíban expresamente las normas. Este último tipo de vinculación es la característica de los ciudadanos.

II. Decreto Ejecutivo N°. 378 de 17 de marzo de 2020, que establece medidas para evitar contagio del COVID-19 en la Administración Pública.

Este instrumento jurídico decretó, entre otras cosas, en sus artículos 2 y 9 lo siguiente:

“**ARTÍCULO 2.** Los servidores públicos con sesenta años o más, al igual que aquellos que padezcan de enfermedades crónicas y mujeres embarazadas podrán acogerse a vacaciones vencidas o adelantadas, por un mínimo de quince días calendario.

...

“**ARTÍCULO 9.** El superior jerárquico informará al servidor público de las condiciones para realizar sus funciones en la modalidad de trabajo a disponibilidad. También se les informarán al servidor público sobre el uso de sus vacaciones, por un mínimo de quince días calendario o permisos de trabajo a los que tenga derecho, con el objetivo de prevenir el contagio por COVID-19.

Para la implementación de las acciones contempladas en este artículo, las autoridades reconocerán las recomendaciones del Comité Especial de Salud e Higiene para la Prevención y Atención del COVID-19.

² Cfr. Artículo 18 de la Constitución Política y Artículo 34 de la Ley N°.38 de 31 de julio de 2000.

³ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo. Manual de Fundamentos de Derecho Público y Privado. Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2017, Págs. 41 y 42.

La decisión de la autoridad nominadora deberá constar por escrito en dos ejemplares: una para la institución y una para el servidor público. En el caso del trabajo a disponibilidad se hará uso de los protocolos establecidos por el Ministerio de la Presidencia, a través de la Dirección de Carrera Administrativa.

Parágrafo: El trabajo a disponibilidad es la modalidad laboral por medio de la cual el servidor público sin permanecer físicamente en su puesto de trabajo, estará a disposición de la institución. Esta modalidad se realizará durante la jornada regular de trabajo y, por lo tanto, **estará sujeta a salario y a todos los derechos contenidos en la legislación vigente.**

El trabajo a disponibilidad será aplicado exclusivamente durante la vigencia de este Decreto Ejecutivo.” (Lo resaltado y subrayado es nuestro)

De los artículos transcritos se desprenden los siguientes aspectos:

1. La posibilidad que tanto los servidores públicos con 60 años o más, así como aquellos que padezcan de enfermedades crónicas; al igual que las mujeres embarazadas, pudiesen acogerse a vacaciones vencidas o adelantadas, por un período mínimo de 15 días.
2. Se creó la modalidad de trabajo a disponibilidad, con el objetivo de prevenir el contagio por Covid-19, señalando que la misma está sujeta a salario y a todos los derechos contenidos en la legislación vigente.
3. Se dispuso que, en cuanto a este tipo de modalidad de trabajo, se hará uso de los protocolos establecidos por el Ministerio de la Presidencia, a través de la Dirección de Carrera Administrativa.

III. Decreto Ejecutivo N°.466 de 5 de junio de 2020, que adopta el protocolo para preservar la higiene y salud en el ámbito laboral para la prevención ante el COVID-19 en el Sector Público.

El mismo, contiene las guías emitidas por la Dirección General de Carrera Administrativa sobre la comisión de servicio, a través de la modalidad de trabajo a disponibilidad, mientras dure la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional.

A su vez, estableció la modalidad de trabajo aplicable durante la Pandemia Covid-19, de la siguiente manera:

“MODALIDAD DE TRABAJO APLICABLE DURANTE LA PANDEMIA COVID-19

1. COMISIÓN DE SERVICIO A TRAVÉS DE LA MODALIDAD DE TRABAJO A DISPONIBILIDAD

El trabajo a disponibilidad es la modalidad laboral por medio de la cual el servidor público, siempre que la naturaleza de las labores lo permita, y sin permanecer físicamente en su puesto de trabajo, se mantiene a disposición de la institución.

Esta modalidad se realizará durante la jornada regular de trabajo y, por lo tanto, estará sujeta a salario y a todos los derechos contenidos en la legislación vigente. El trabajo a disponibilidad será aplicado exclusivamente durante la vigencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional...

2. AUSENCIA JUSTIFICADA POR PERMISO RETRIBUIDO RECUPERABLE

El permiso retribuido recuperable se trata de una ausencia justificada, por lo que las horas de trabajo no realizadas por el servidor público se podrán hacer efectivas desde el día siguiente a la finalización del Estado de Emergencia Nacional. El permiso retribuido recuperable responde a la necesidad de limitar la movilidad de las personas con el fin de frenar la incidencia de la COVID-19 del (sic) manera compatible con el mantenimiento de la funcionalidad de las entidades de (sic) sector público, por lo tanto, es una ausencia justificada lo que conlleva que el servidor público estará sujeto a salario y a todos los derechos contenidos en la legislación vigente.

Esta acción de recursos humanos se aplicará a quienes no tengan carga de trabajo asignada, mientras dure la vigencia del Estado de Emergencias Nacional y deberá hacerse constar en el formulario No. AK-PRR-01.” (Lo subrayado es nuestro)

De los párrafos transcritos, se desprende con meridiana claridad, lo siguiente:

1. Esta norma acogió la modalidad de trabajo a disponibilidad previamente señalada en el Decreto Ejecutivo N°.378 de 2020, reiterando que estará sujeta a salario y, a todos los derechos contenidos en la legislación vigente, aplicándose exclusivamente durante la vigencia de la declaratoria del Estado de Emergencia Nacional.
2. Se estableció también, la modalidad de Ausencia Justificada por Permiso Retribuido Recuperable, la cual conlleva que el servidor público estaría sujeto a salario y a todos los derechos contenidos en la legislación vigente y que ésta, se aplicará a quienes no tengan una carga de trabajo asignada mientras dure la vigencia del Estado de Emergencias Nacional.

Como corolario debemos agregar, que en consulta anterior⁴, esta Procuraduría también señaló que de acuerdo con el cuadro descriptivo del procedimiento a seguir en estos casos, contenido en la referida guía, **una vez calculado y finiquitado el uso del tiempo de permiso, corresponde a la Oficina Institución de Recursos de la respectiva entidad, solicitarle al servidor público que decida a través de cuál de los modos disponibles va a cubrir el período de tiempo no laborado (horas extraordinarias o vacaciones resueltas)**; lo que a juicio de este Despacho evidencia, que es una obligación del servidor público que se haya acogido a esta modalidad laboral, compensar a la institución por los sueldos percibidos durante este período, a través de los mecanismos señalados en este instrumento normativo.

⁴ Cfr. Nota C-127-20 de 13 de noviembre de 2020.

IV. Derechos Adquiridos.

Otro punto a considerar es el concepto de Derechos Adquiridos, que según el Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española⁵ lo define como: "*Derecho incorporado al patrimonio de un sujeto como consecuencia de la aplicación de previsiones establecidas en las leyes.*"

Por su parte, la doctrina resume el concepto de derechos adquiridos, en los siguientes términos: "...*es aquel respecto del cual se han satisfecho todos los requisitos exigidos por la ley en vigencia para determinar su adquisición y consiguiente incorporación al patrimonio del adquirente...*"⁶

Ahora bien, este Despacho ha señalado en ocasiones anteriores⁷ que los derechos adquiridos quedan incorporados al patrimonio de su titular por haberse cumplido los presupuestos de hechos necesarios, según la ley vigente, para darle nacimiento; por oposición a las 'simples expectativas', 'meras posibilidades' de que el derecho nazca⁸. Así, por ejemplo, son derechos adquiridos los salarios, décimos tercer mes, primas de antigüedad, disfrute de vacaciones, bonificaciones, etc., cuando se cumplen con los presupuestos establecidos en la Ley.

En este sentido, el servidor público fallecido no tendría una deuda con el Estado, la cual deba ser cobrada por éste y a su vez descontada de las prestaciones laborales que deba pagar la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos a los familiares de los mismos, toda vez que la obligación de cumplir o compensar las horas remuneradas y no trabajadas por el servidor público, no pueden ser transferidas a sus familiares.

Por lo tanto, en virtud los derechos adquiridos por el servidor público fallecido, a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos *no le sería viable* ni podría descontar de las prestaciones laborales que deba pagar a los familiares de los servidores públicos fallecidos, los montos pagados a éstos, *en concepto de salario en jornadas no trabajadas*, al no tener asignada carga laboral durante la pandemia por el Covid-19.

V. Conclusiones

Luego de un prolijo y exegético análisis del tema objeto de su consulta, concluimos de la siguiente manera:

1. Los Decretos Ejecutivos N°.378 y N°.466 del 2020, fueron emitidos buscando proteger el principio cardinal y universal como lo es el *derecho a la vida*.
2. La obligación de cumplir o compensar las horas remuneradas y no trabajadas por el servidor público, establecidas en el Decreto Ejecutivo N°.466 de 2020, **es personalísima**, por lo tanto, es el servidor público el que debe decidir y comunicar en tiempo oportuno a la institución, si se va a pagar el tiempo remunerado, trabajando horas extras o si lo compensará con las vacaciones a que tenga derecho; no obstante, **esto resulta imposible si el servidor público falleciera**.

⁵ <https://dpej.rae.es/lema/derecho-adquirido>.

⁶ ROVERE, Roberto, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Tomo VIII, Dere-Diva, página 285.


⁷ Cfr. Nota C-009-18 de 6 de febrero de 2018 y Nota C-123-20 de 12 de noviembre de 2020.

⁸ OSSORIO, Manuel. *Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1878. P.230.

3. En virtud de la falta de existencia de una norma que lo permita (*principio de estricta legalidad*) así como los derechos adquiridos por el servidor público fallecido, a la Autoridad Nacional de los Servicios Públicos *no le sería viable* ni podría descontar de las prestaciones laborales que deba cancelar a los familiares de éstos, los montos pagados, *en concepto de salario en jornadas no trabajadas*, al no tener asignada carga laboral durante la pandemia por el Covid-19.
4. Igualmente, debemos concluir señalando que el numeral 2 del artículo 280 del Texto Fundamental de la República de Panamá, establece como una de las funciones de la Contraloría General de la República, la de “*fiscalizar y regular, mediante el control previo o posterior, todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin de que se realicen con corrección, según lo establecido en la Ley*”, lo que incluye las erogaciones correspondientes a las prestaciones laborales de los servidores públicos que contraten las instituciones del Estado.

Esperamos de esta manera haberle atendido debidamente su solicitud, en base a lo que señala el ordenamiento positivo respecto al tema objeto de su consulta, indicándole que la presente consulta no reviste carácter vinculante.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/mabc

