

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 093

Panamá, 12 de enero de 2022

Proceso Contencioso
Administrativo de Nulidad.

Concepto de la Procuraduría
de la Administración.

El Licenciado Álvaro Antonio Hernández Zambrano, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el **Decreto Ejecutivo No. 107-A de 27 de mayo de 2011**, emitido por el **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral**, publicado en Gaceta Oficial No. 26813 de 23 de junio de 2011.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 5 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la Ley dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. Antecedente.

Mediante el Decreto Ejecutivo No.107-A de 27 de mayo de 2011, publicado en Gaceta Oficial No.26813 de 23 de junio de 2011 (acusado de ilegal), el **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral** dispuso reglamentar los artículos 17 y 18 del Código de Trabajo, mismos que fueron modificados por el Decreto Ejecutivo No.17 de 11 de mayo de 1999.

En ese sentido, por medio del acto acusado se determinó que el Ministerio de Trabajo podría autorizar permisos provisionales de residencia por dos (2) años, a través de los procesos especiales de regularización extraordinaria efectuados por el Servicio Nacional de Migración.

Asimismo, se señalaron los requisitos que debía cumplir el extranjero al momento de presentar la solicitud para el procedimiento extraordinario de regularización migratoria, advirtiéndole que los permisos otorgados serían prorrogables y tanto el permiso provisional de residencia como el permiso provisional de trabajo, tendrían la misma vigencia. No obstante, se excluye de esta prerrogativa a los extranjeros condenados o vinculados a actividades delictivas.

Posteriormente, por medio del Decreto Ejecutivo N°30 de 12 de abril de 2016, publicado en Gaceta Oficial No.28009-B de 13 de abril de 2016, se modifica el Decreto Ejecutivo No.107-A de 27 de mayo de 2011, detallado en líneas anteriores, con el propósito de adicionar un artículo respecto a la solicitud de prórroga del permiso de residencia y trabajo, en el sentido de exigir la prueba de afiliación a la Caja de Seguro Social, pagando nueve (9) cuotas consecutivas o un paz salvo, emitido por la Dirección General de Ingresos.

En ese mismo orden, se adicionan normas que guardan relación a los requisitos que debe presentar el trabajador extranjero junto a su solicitud y que las prórrogas de tales permisos se prorrogarían cada dos (2) años, asumiendo un costo de doscientos cincuenta balboas (B/.250.00).

Finalmente, a través del Decreto Ejecutivo N°20 de 28 de mayo de 2019, publicado en Gaceta Oficial No.28783-B, de 28 de mayo de 2019, se deroga el artículo 4 del Decreto Ejecutivo 107-A de 27 de mayo de 2011 y se modifican los artículos sexto, séptimo, octavo, décimo y duodécimo, cuyos contenidos se refieren al término de vigencia de los permisos de trabajo y la prórroga de los mismos, así como los requisitos que deben presentar los extranjeros solicitantes.

II. Disposiciones legales invocadas y el concepto de violación.

El Licenciado Álvaro Antonio Hernández Zambrano, sostiene que el acto acusado de ilegal infringe las normas jurídicas contenidas en el **Código de Trabajo**, que a continuación pasamos a indicar:

A. Artículo 17, que establece los parámetros de contratación de los trabajadores nacionales, extranjeros de cónyuges panameños o con diez años de residencia en el país, en proporción no inferior al 90% del personal de trabajadores ordinarios y mantener hasta un 15% de trabajadores extranjeros especializados. Asimismo, se refiere a la posibilidad de ampliar el porcentaje de especialistas o técnicos extranjeros por tiempo definido. También define que los empleadores que deseen contratar obreros extranjeros deberán comprobar que cumplen con los porcentajes determinados para poder obtener la autorización del Ministerio de Trabajo, mismo que será emitido por el término de un (1) año, prorrogable hasta cinco (5) años. Aquellos casos donde un

empleador solo cuente con diez (10) trabajadores, se permitirá la contratación o entrada temporal de al menos un (1) obrero de nacionalidad extranjera (Cfr. foja 4 del expediente judicial).

De conformidad con las consideraciones del recurrente, el acto demandado y sus modificaciones, no exigen el cumplimiento del porcentaje establecido en el Código de Trabajo, por lo que a su forma de ver, con el referido acto se crea una alteración a los porcentajes, dejando en una desprotección laboral a los nacionales (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

B. Artículo 18, que se refiere a la obligación de los empleadores autorizados por el Ministerio de Trabajo, para contratar a personal extranjero, a que éstos sean reemplazados por trabajadores nacionales dentro del término de cinco años contados a partir de la fecha de expedición del permiso de trabajo. La mano de obra extranjera estará sujeta al porcentaje descrito en el artículo 17 (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

En la forma de ver del actor, la disposición invocada ha sido violada de manera directa por omisión, debido a que el acto impugnado no exige el cumplimiento del término de cinco (5) años para reemplazar la mano de obra extranjera por una nacional, contados a partir de la expedición del permiso de trabajo, en los casos de regulación extraordinaria determinados por el Servicio Nacional de Migración, lo que conllevaría una ilegalidad (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

C. Artículo 19, que estipula la facultad del Órgano Ejecutivo para aumentar la proporción de panameños señalado en el artículo 17, de acuerdo con las condiciones económicas del país (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

A juicio del activador legal, la referida disposición ha sido vulnerada de manera directa por omisión, debido a que la facultad del Órgano Ejecutivo para aumentar la proporción de trabajadores nacionales y extranjeros, guarda relación al personal ordinario, según el 10%, y al personal técnico, según el 15%; no obstante, el acto demandado y sus posteriores modificaciones, no determinan que por razones económicas sea necesario establecer nuevos parámetros o un aumento en los porcentajes determinados, por lo que a juicio del accionante, el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral se encuentra vedado para efectuar cualquier otra modificación (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Luego de conocer las consideraciones del Licenciado **Álvaro Antonio Hernández Zambrano**, y las normas contenidas en el Código de Trabajo, que a su juicio, han sido vulneradas con la emisión del acto acusado de ilegal, esta Procuraduría emitirá concepto de legalidad, al analizar el contenido de las disposiciones invocadas del Código de Trabajo, a fin de determinar si en efecto hubo exceso por parte del Órgano Ejecutivo por conducto del **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral**, al momento de emitir el Decreto Ejecutivo No. 107-A del 27 de mayo de 2011, respecto a la regulación de los permisos de trabajo de los extranjeros con residencia provisional, según los procedimientos excepcionales de regulación migratoria del Servicio Nacional de Migración.

En este contexto, debemos referirnos al contenido del artículo 17 del Código de Trabajo, enfatizando, en primer lugar, que dicha disposición se enmarca en el Capítulo correspondiente a la protección del trabajo de los nacionales, determinando una serie de parámetros para poder contratar a trabajadores extranjeros.

De esta manera, instituye que podrán contratarse a los extranjeros con cónyuges panameños, pues en definitiva, esta norma pretende proteger la unidad familiar, y para ello, se garantiza el derecho al trabajo y así fortalecer el arraigo al territorio nacional con el fin de alcanzar el desarrollo económico de una estructura dentro de la sociedad. Por otra parte, se refiere a los extranjeros con diez (10) años de residencia en el país; de ahí que, si bien la legislación permite la posibilidad de contratar obreros de nacionalidad extranjera, lo cierto es que este tipo de trabajadores deben enmarcarse en alguna de las dos condiciones estipuladas.

En ese mismo orden de ideas, el artículo 17 del Código de Trabajo estipula un porcentaje para garantizar la protección del trabajo de los nacionales, determinando que los empleadores, previamente autorizados por el **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral**, podrán contratar mano de obra extranjera, siempre que no se excedan del 90%, de allí que resulte solo la contratación del 10% de los obreros extranjeros dentro de una empresa que opere en Panamá. No obstante, cuando se trate de trabajadores con una especialidad y conocimientos técnicos que requiera un empleador,

se podrá contratar hasta el 15% de la mano de obra extranjera, en comparación con el total de los trabajadores nacionales, sin embargo, estas contrataciones serán por tiempo definido.

Asimismo, acuerda que los empleadores que deseen contratar a trabajadores extranjeros, deberán contar con la aprobación del **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral**, quienes a su vez, comprobarán que la empresa cumpla con el porcentaje estipulado, a saber, 10% de mano de obra ordinaria y 15% de mano de obra técnica o especializada, tal como lo detallamos en líneas precedentes.

De conformidad con la descripción detallada que hemos realizado del artículo 17 del Código de Trabajo, resulta pertinente citar el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No.107-A de 27 de mayo de 2011 (acusado de ilegal), con el propósito de contrastar su contenido con la norma especial, veamos:

“Artículo 1. Se adiciona una numeral al ARTÍCULO PRIMERO del Decreto Ejecutivo No.17 de 11 de mayo de 1999, así:

ARTÍCULO PRIMERO: El Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral **podrá autorizar los siguientes permisos de trabajo** para extranjeros:

Extranjero con permiso provisional de **residencia por dos años**, otorgado por medio de los **procesos de regularización extraordinaria** realizados por el Servicio Nacional de Migración...” (La negrita es de este Despacho).

La situación jurídica planteada en la norma transcrita, nos permite comprender que la autorización del **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral** guarda relación a una regularización especial o extraordinaria de los extranjeros en el país; sin embargo, lo cierto es que ninguna reglamentación puede invalidar los parámetros regulados en una ley especial, como lo es el Código de Trabajo. De ahí que esta Procuraduría coincida con el criterio emitido por el activador legal respecto a esta disposición.

Pues si bien es cierto, no existe un vacío o una ausencia de regulación respecto a los permisos de trabajos expedidos para los obreros extranjeros, por el contrario, se establecen categorías claramente descritas en el artículo 17, siendo el caso de los extranjeros que hayan celebrado o inscrito matrimonio con un nacional panameño, ya que tal como advertimos en líneas anteriores, el espíritu de la norma laboral, procura que la unidad familiar no se vea afectada

económicamente, en ese mismo sentido, para aquellos trabajadores extranjeros que tengan más de diez (10) años con residencia en el país, de manera que la norma no clasifica si la residencia sea provisional o permanente, pero si exige que los inmigrantes cuenten con la residencia.

En este punto, resulta pertinente detenernos, con el objetivo de analizar la norma acusada de ilegal, pues en definitiva, tanto el Servicio Nacional de Migración, como el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, determinaron una regulación extraordinaria que contradice en su totalidad el sentido y alcance del Código de Trabajo, específicamente sobre las normas estipuladas para proteger el trabajo de los obreros nacionales.

Ahora bien, si la realidad económica del país o la cantidad de extranjeros sin regulación, resultaba en un problema de urgente atención, lo correcto era proponer una modificación al Código de Trabajo de manera que se flexibilizaran los parámetros determinados para proteger el trabajo de los panameños, y que se creara un mecanismo para que los inmigrantes dentro de Panamá pudieran incrementar los ingresos del país y así garantizar una mayor prosperidad a la economía, a través del pago de impuestos, entre otros parámetros que se pudieron establecer.

Sin embargo, al expedir un decreto de carácter reglamentario, el Órgano Ejecutivo por conducto del **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral**, en coordinación con el Servicio Nacional de Migración, en realidad vulneraron la norma establecida en el Código de Trabajo, razón por la que este Despacho es del criterio que el artículo 1 del Decreto Ejecutivo No.107-A de 27 de mayo de 2011, resulta a todas luces ilegal, al determinar una autorización por parte de la entidad regente de las relaciones laborales en el país que no le corresponde, y estipular un término inferior al establecido en el artículo 17 del Código de Trabajo.

Respecto al contenido del artículo 18 del mismo cuerpo normativo, este Despacho observa que en la misma línea de los parámetros determinados en el artículo 17, se establece la obligación para los empleadores, autorizados para contratar trabajadores extranjeros por haber comprobado que cumplan con los porcentajes respectivos, de sustituir a aquellos profesionales técnicos o especializados de nacionalidad extranjera por trabajadores panameños, en un término máximo de

cinco (5) años, contados a partir de la fecha en que se haya expedido la autorización para la contratación, de manera que la esencia de la legislación consiste en proteger al trabajador nacional.

En ese sentido, resulta necesario citar el contenido del artículo 2 y 3 del acto impugnado, a fin de analizar con detenimiento la confrontación de legalidad con la disposición invocada por el activador legal, veamos:

“Artículo 2. Se adiciona el ARTÍCULO DUODÉCIMO-A del Decreto Ejecutivo No.17 de 11 de mayo de 1999, así:

ARTÍCULO DUODÉCIMO-A: La **solicitud de permiso de trabajo para el extranjero con permiso provisional de residencia, otorgado por medio de los procesos de regularización extraordinaria realizadas por el Servicio Nacional de Migración**, deberá acompañarse con los siguientes documentos:

- A. Poder y solicitud en papel simple, original y copia.
- B. Copia autenticada de la Resolución emitida por el Servicio Nacional de Migración, mediante la cual se le otorga al extranjero su permiso provisional de residencia.
- C. Copia debidamente autenticada ante el Notario Público, del carné emitido por el Servicio Nacional de Migración, en donde consta el permiso provisional de residencia, a favor del solicitante.
- D. Certificado expedido por el Servicio Nacional de Migración, donde conste el estatus migratorio del solicitante.
- E. Cuatro fotos tamaño carné con el nombre del solicitante escrito al dorso.

Para la solicitud de prórroga, deberá adicional prueba de afiliación a la Caja de Seguro Social, pago de nueve cuotas consecutivas a la Caja de Seguro Social o Paz y Salvo emitido por la Dirección General de Ingresos adjunto a la declaración de renta.” (Lo resaltado es nuestro).

El último párrafo de la norma transcrita, responde a una modificación realizada en el año 2016, misma que hemos detallado en el apartado de los antecedentes, en nuestra Vista Fiscal, y en atención a ello, **podemos acreditar que prevalece un exceso en la potestad reglamentaria**, al establecer un permiso de trabajo sobre la base de una regulación migratoria extraordinaria, aunado a un nuevo requisito que guarda relación al pago de impuestos para poder acceder a una extensión al permiso de trabajo otorgado.

“Artículo 3. Se adiciona un párrafo al ARTÍCULO VIGESIMOSEGUNDO del Decreto Ejecutivo No. 17 de 11 de mayo de 1999, así:

ARTÍCULO VIGESIMOSEGUNDO: El permiso de trabajo expedido a favor del extranjero con permiso provisional de residencia, otorgado por medio de los procesos de regularización extraordinaria realizadas por el Servicio Nacional de Migración, podrán ser prorrogadas cada dos años, el cual tendrá el costo de doscientos cincuenta balboas (B/.250.00).” (La negrita es de esta Procuraduría).

Al observar el texto del artículo 3, queda claro que prevalece una contradicción con el término establecido en el artículo 18 del Código de Trabajo, pues si bien es cierto, el empleador autorizado podrá contratar a personal extranjero especializado, cumpliendo con el porcentaje del 15% respecto al total de los trabajadores de la empresa; sin embargo, solo podrá realizarlo por un término de cinco (5) años, y al finalizar este periodo, deberá reemplazar las funciones ejecutadas por el trabajador migrante, por un obrero de nacionalidad panameña.

De forma que, al establecer una regulación extraordinaria que permite permisos de trabajo a extranjeros especializados sin limitarlos al porcentaje de 15% a contratar, y determinar prórrogas cada dos (2) años, sin tampoco limitarlas al término de cinco (5) años, establecido en el Código de Trabajo, la disposición acusada deviene en una abierta vulneración a la norma invocada y por ende en una ilegalidad, pues no solo contradice los parámetros establecidos, sino que además se incurre en un exceso de la potestad reglamentaria por parte del Órgano Ejecutivo por conducto del **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral.**

Por otra parte, la última norma alegada como infringida por el actor, corresponde al artículo 19 del Código de Trabajo, en la cual se estipula que el Órgano Ejecutivo queda facultado para aumentar la proporción de panameños, señalado en el artículo 17, tomando en consideración las condiciones económicas del país.

Es decir, el **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral** tiene la facultad, según el Código de Trabajo, de modificar los porcentajes del 10% de los trabajadores extranjeros ordinarios y el 15% de los trabajadores especializados, en beneficio de los obreros panameños; sin embargo, de manera opuesta al sentido y alcance de esta disposición, el acto acusado de ilegal, se emite con el propósito de establecer procedimiento para beneficiar a los extranjeros, incluso sin residencia en el país.

Visto lo anterior, se evidencia con toda claridad que el Decreto Ejecutivo No.107-A de 27 de mayo de 2011, así como sus modificaciones por medio del Decreto Ejecutivo No.30 de 12 de abril de 2016 y el Decreto Ejecutivo No.20 de 28 de mayo de 2019, **contravienen en su totalidad las disposiciones establecidas en el Código de Trabajo**, ya que su contenido se extralimita a establecer requisitos para un procedimiento excepcional de regulación migratoria, en el que el **Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral** debe otorgar una autorización, cuando en realidad no se encuentra facultada para ello, omitiendo que la norma que regula las relaciones laborales en Panamá, previene tales circunstancias a través de sus limitaciones, siendo el caso de los porcentajes y el tiempo de vigencia de los permisos de trabajo.

Al efectuar un análisis armónico e integral de los decretos ejecutivos con carácter reglamentarios, acusados de ilegal, se logra apreciar que el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, se excede al respaldar un procedimiento extraordinario de regulación migratoria que pretende otorgar permisos de trabajo por el mismo tiempo de vigencia que las residencias provisionales, determinando incluso, términos contrapuestos al Código de Trabajo, específicamente en las disposiciones que guardan relación a la protección de los nacionales, por lo que este Despacho estima oportuno traer como referencia lo señalado en la doctrina, respecto a los límites de la Facultad Reglamentaria. Veamos:

“...existen límites de la potestad reglamentaria que pueden ser de **carácter formal**, cuando **atañen a la competencia para dictar el reglamento**, y de **carácter material**, que hacen relación con la **limitación de la potestad discrecional de reglamentar las leyes**, que debe ejercerse en interés público y no con abuso o desviación de poder.

...

Por la propia naturaleza de los reglamentos, **no pueden derogar ni modificar el contenido de las leyes formales** ni de otros reglamentos dictadas por autoridad de mayor jerarquía...” (GARRIDO FALLA, Fernando. *Tratados de Derecho Administrativo*, Volumen I, Undécima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1989, págs. 241 y 242) (Lo resaltado es de esta Procuraduría).

En este orden de ideas, podemos concluir que el espíritu del decreto reglamentario y sus modificaciones, acusadas de ilegal, pretende precisamente omitir las exigencias determinadas en el Código de Trabajo para la contratación de personal extranjero por medio de procedimientos

excepcionales de regulación migratoria provisional, y permisos de trabajo con la misma vigencia, siendo estos otorgados con carácter prorrogable pese a que la legislación aplicable determine lo contrario.

De manera que debido a la posterior regulación de carácter reglamentaria que data del año 2011, pero que mantiene su vigencia junto a sus respectivas modificaciones, emitida por el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, la cual ha sido acusada de ilegal, por el **Licenciado Álvaro Antonio Hernández Zambrano**, queda claro que prevalece una extralimitación al reglamentar procedimientos excepcionales contrarios a lo determinado en el Código de Trabajo.

Por las consideraciones previamente expuestas, esta Procuraduría solicita a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL el Decreto Ejecutivo No. 107-A de 27 de mayo de 2011, emitido por el Órgano Ejecutivo por conducto del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral**, publicado en Gaceta Oficial No. 26813 de 23 de junio de 2011, toda vez que el mismo se aparta del texto y el espíritu de las disposiciones de carácter especial contenidas en el Código de Trabajo.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Liliya Urriola de Ardila
Secretaría General

Expediente 812462021