

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO  
PROCURADURÍA DE LA  
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 392

Panamá, 4 de abril de 2017

**Proceso Contencioso  
Administrativo de Nulidad.**

**Concepto de la Procuraduría  
de la Administración.**

El Licenciado Irving Antonio Maxwell Camargo, actuando en representación de la **Asociación de Funcionarios Administrativos de la Caja de Seguro Social**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Nota D.G.N-561-2016 de 18 de mayo de 2016, emitida por el Director General de la **Caja de Seguro Social**.

**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 38 de 31 de julio de 2000, con la finalidad de intervenir en interés de la ley en el proceso descrito en el margen superior.

**I. Antecedentes.**

Según consta en autos, mediante la Nota ANFACSS/015/2016 de 19 de abril de 2016, recibida el 21 de abril de 2016, la **Asociación Nacional de Funcionarios Administrativos de la Caja de Seguro Social** solicitó al entonces Director de la Caja de Seguro Social, Doctor Estivenson Girón Desgrenger que se sirviera girar instrucciones a la Dirección Ejecutiva Nacional de Recursos Humanos y a la Dirección Ejecutiva Nacional de Asesoría Legal de la Caja de Seguro Social a efectos: *“... que se establezca el criterio correcto en relación a la ponderación negativa en donde se está afectando a muchos funcionarios administrativos, a los cuales se les toman en cuenta sus ausencias justificadas por enfermedad (debidamente certificadas por médicos idóneos), para aplicar malas valoraciones en el factor de ASISTENCIA incluido en el formato de evaluación de desempeño.”* (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

En atención a lo indicado, los solicitantes estimaban que debía aclararse la manera de atender dicho supuesto puesto que desde el 12 de octubre de 2007, mediante Circular-

DRSYDD-155-2007, suscrita por el entonces Director Nacional de Recursos Humanos de la Caja de Seguro Social, Licenciado Edgardo A. Quintero P., ya existía una posición según la cual: “... *el factor ASISTENCIA que se encuentra establecido en el formulario de evaluación del desempeño del personal administrativo y solo persigue el objetivo de ponderar las ausencias injustificadas en el puesto de trabajo y en ningún caso se pretende variar las condiciones o situaciones que gozan de reglamentación específica, como las ausencias por enfermedad, riesgos profesionales, licencias y permisos autorizados, ya que estos aspectos están debidamente regulados y deben ser del conocimiento de los servidores públicos que ejercen cargos con supervisión.*” (Cfr. foja 18 del expediente judicial).

En tal sentido, la solicitud de aclaración efectuada por la **Asociación Nacional de Funcionarios Administrativos de la Caja de Seguro Social**, obedecía al hecho a que a dicha Asociación habían llegado muchos casos en los que no se tomaba en cuenta la circular anterior y se había ponderado en forma negativa “*situaciones debidamente reguladas*” como lo son las “ausencias justificadas”, lo que podría afectar a los colaboradores en lo concerniente al Bono Anual de Desempeño: “...*al que tienen derecho, por cuestiones de interpretación incorrecta de los criterios expuestos, que ya viene de vieja data y deben de ser del completo conocimiento general de los encargados de aplicarlos*”. (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

Frente a lo anterior, la referida Asociación solicitó al Director de la Caja de Seguro Social la emisión de: “...*una circular aclaratoria sobre este tema particular a nivel nacional.*” (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

En respuesta a la comunicación efectuada por la **Asociación Nacional de Funcionarios Administrativos de la Caja de Seguro Social**, el entonces Director de la Caja de Seguro Social, Doctor Stevenson Girón Desprender emitió la Nota D.G.-N-561-2016 de 18 de mayo de 2016, **en la cual plasmó algunas consideraciones que posteriormente describiremos.**

Disconforme con lo expresado en la nota antes indicada, el 7 de diciembre de 2016, el Licenciado Irving Antonio Maxwell Camargo, actuando en representación de la **Asociación Nacional de Funcionarios Administrativos de la Caja de Seguro Social**, interpuso en la Sala Tercera una demanda contencioso administrativa de nulidad con la finalidad que se declare nula, por ilegal, la Nota D.G.N-561-2016 de 18 de mayo de 2016, emitida por el Director de la Caja de Seguro Social (Cfr. fojas 1 a 13 del expediente judicial).

## **II. Acto acusado de ilegal.**

El Licenciado Irving Antonio Maxwell Camargo, actuando en representación de la **Asociación de Funcionarios Administrativos de la Caja de Seguro Social**, solicita que se declare nula, por ilegal, la Nota D.G.N-561-2016 de 18 de mayo de 2016, emitida por el entonces Director de la Caja de Seguro Social, la que, en su parte medular expresa:

“... ”

Sirva la presente para referirme al contenido de su nota ANFACC-015-2016 de 19 de abril del año en curso, a través de la cual nos formula algunos requerimientos relacionados **con el efecto que deben producir las ausencias justificadas al trabajo de los funcionarios de la Caja de Seguro Social, en cuanto a la valorización del rubro denominado ‘ASISTENCIA’ que forma parte de los distintos aspectos a calificar en el proceso de “evaluación del desempeño” de cada servidor institucional.**

Nos expone en su nota que gran número de funcionarios administrativos viene siendo negativamente valorados en el renglón ‘ASISTENCIA’ del formulario destinado a la evaluación del desempeño, por presentar ausencias justificadas al trabajo, por razones de incapacidades médicamente reconocidas mediante las certificaciones correspondientes, y **que ese estado de cosas, la impulsa a demandar que se aclare el criterio ya emitido sobre este asunto mediante la CIRCULAR-DRSYDD-155-2007 de 12 de octubre de 2007, emitida por el otrora Director Nacional de Recursos Humanos de la Caja de Seguro Social en esa época, según el cual en la evaluación del rubro ‘ASITENCIA’ solo deben considerarse aquellas ausencias injustificadas. Dicho de otra forma, las inasistencias justificadas al trabajo no deben contar al momento de valorar el renglón destinado a calificar la asistencia del servidor público a su trabajo.**

Sobre el particular, esta Dirección General considera oportuno destacar que la evaluación del desempeño de los funcionarios de la Caja de Seguro Social es un proceso un tanto complejo, en el cual deben calificarse numerosos aspectos de la conducta y cualidades del evaluado, para luego arribar a una síntesis o resultado como producto de la sumatoria de los puntajes obtenidos en cada uno de los diferentes rubros.

**Cada uno de esos aspectos a evaluar deben ser calificados con notas que van de A hasta D, correspondiendo la primera a la excelencia y la última a un resultado que no satisface, pero, también exigen evaluaciones intermedias de B y C destinadas, a funcionarios que sin ser excelentes, generan resultados favorables o muy favorables.**

**Pero, lo que conviene resaltar es que la ‘Asistencia’ es solo uno de los aspectos a calificar dentro de la evaluación del desempeño, y en criterio de esta Dirección General, no es realista evaluar como excelente la asistencia de un funcionario que en el período a calificar presenta pluralidad de inasistencias a su trabajo independientemente que sean estas justificadas o injustificadas. La excelencia dice relación con la excelencia, con o muy elevado o de calidad superior, y en nuestro concepto no sería este el caso de la asistencia de un funcionario que presenta ausencias en el período a que corresponda la evaluación.**

**Ahora bien, si la inasistencias al trabajo fuesen justificadas definitivamente que el evaluador debería considerar tal circunstancia y calificar debidamente al evaluado, pero, no con la excelencia, porque se alejaría de la realidad.”**

... (La negrita es nuestra) (Cfr. fojas 16 y 17 del expediente judicial).

## **II. Disposiciones que se aducen infringidas.**

La actora considera que la nota objeto de impugnación lesiona las siguientes disposiciones:

**A.** El artículo 6 de la Ley 51 de 28 de diciembre de 2005, Orgánica de la Caja de Seguro Social, según la cual la entidad antes indicada, a través de su Junta Directiva, queda expresamente facultada para dictar sus reglamentos (Cfr. foja 10 del expediente judicial);

**B.** Los artículos 2 y 3 del Reglamento Interno de Personal de la Caja de Seguro Social, aprobado mediante Resolución 35,888-2004-JD de 15 de junio de 2004, los que, en su orden, establecen que dicho instrumento jurídico regula los derechos, deberes, obligaciones y prohibiciones, de todos los servidores públicos al servicio de la Caja de Seguro Social; y la indicación en el sentido que los directores, jefes de departamentos, jefes de servicios y todos los servidores públicos con funciones de supervisión, están en la obligación de cumplir y hacer cumplir las disposiciones establecidas en el referido reglamento (Cfr. fojas 10 y 11 del expediente judicial); y

**C.** Los artículos 34, 36 y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, los cuales, de manera respectiva, se refieren a los principios que deben inspirar a todas las

actuaciones en las entidades públicas; la indicación en el sentido que ningún acto podrá emitirse o celebrarse con infracción de una norma jurídica vigente, aunque ésta provenga de la misma autoridad que dicte o celebre el acto respectivo; y a las causales de nulidad absoluta en los actos administrativos, en particular, cuando se dicten con prescindencia u omisión absoluta de trámites fundamentales que impliquen violación del debido proceso legal (Cfr. fojas 11 y 12 del expediente judicial).

### **III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.**

Como cuestión preliminar debemos precisar que si bien el acto acusado ha sido expedido por el entonces Director General de la Caja de Seguro Social, **en forma de una nota**, no podemos perder de vista que la misma obedeció a una petición efectuada por la **Asociación de Funcionarios Administrativos de la Caja de Seguro Social**, a fin que **sirviera dictar una circular aclaratoria en torno a la forma de ponderar el rubro “Asistencia” en la evaluación del desempeño de los trabajadores de la entidad en los casos de usencias justificadas.**

En tal sentido, observamos que mediante la Nota D.G.N-561-2016 de 18 de mayo de 2016, el entonces Director General de la Caja de Seguro Social efectúa **consideraciones en torno a la forma de realizar dicha evaluación a cada trabajador de la entidad; razón por la cual estimamos que la misma es un acto administrativo de carácter general que puede ser sujeto de control de legalidad, a través de la demanda de nulidad que ocupa nuestra atención.**

Visto lo anterior, observamos que la demandante considera que la nota emitida por el entonces Director de la Caja de Seguro Social, infringe el artículo 6 de la Ley 51 de 2005, puesto que intenta regular un factor de valoración del desempeño que ya está debidamente previsto en el Reglamento Interno de Personal, el cual fue aprobado por la Junta Directiva de la mencionada entidad de seguridad social, en el ejercicio de la potestad reglamentaria a la que hemos hecho referencia (Cfr. foja 10 del expediente judicial).

En la misma línea de pensamiento, aduce la infracción de los artículos 1 y 3 del Reglamento Interno de Personal de la Caja de Seguro Social, puesto que a través de la nota impugnada se pretende desconocer la normativa existente en materia de justificación de ausencia establecida en el artículo 12 del mencionado reglamento, **incorporando un factor discrecional** dentro del sistema de evaluación del desempeño, al dejar en manos del superior jerárquico decidir en forma subjetiva cuando ponderar de forma positiva o no el factor asistencia (Cfr. fojas 10 y 11 del expediente judicial).

Finalmente, la recurrente manifiesta que la nota impugnada infringe los artículos 34, 36 y 52 (numeral 4) de la Ley 38 de 2000, pues desconoce el principio de legalidad al no reconocer los supuestos de justificación de ausencias establecidos en el Reglamento Interno de Personal de la Caja de Seguro Social, los cuales no pueden ser pasados por alto al momento de evaluar el desempeño (Cfr. fojas 11 y 12 del expediente judicial).

Una vez examinado los antecedentes del proceso en estudio, las disposiciones infringidas y los principales argumentos en los cuales la parte actora sustenta su demanda, observamos que la misma gira **en torno a cuestionar que la Nota D.G.N-561-2016 de 18 de mayo de 2016, emitida por el Director General de la Caja de Seguro Social, introduce un criterio de ponderación subjetivo en el rubro “Asistencias” al momento de efectuar la evaluación del desempeño de los trabajadores de la Caja de Seguro Social, aun tratándose de ausencias justificadas**, las cuales se encuentran debidamente reconocidas en el Reglamento Interno de Personal de la entidad de seguridad social.

En efecto, de la lectura de la demanda se observa que la disconformidad de la **Asociación de Funcionarios Administrativos de la Caja de Seguro Social**, se centra en los siguientes señalamientos de la Nota D.G.N-561-2016 de 18 de mayo de 2016, emitida por el Director de la Caja de Seguro Social:

“... ”

Cada uno de esos aspectos **a evaluar deben ser calificados con notas que van de A hasta D, correspondiendo la primera a la excelencia y la última a un resultado que no satisface**, pero, también exigen evaluaciones intermedias de B y C destinadas, a funcionarios que sin ser excelentes, generan resultados favorables o muy favorables.

Pero, lo que conviene resaltar es que la ‘Asistencia’ es solo uno de los aspectos a calificar dentro de la evaluación del desempeño, y en criterio de esta Dirección General, no es realista evaluar como excelente la asistencia de un funcionario que en el período a calificar presenta pluralidad de inasistencias a su trabajo independientemente que sean estas justificadas o injustificadas. La excelencia dice relación con la excelencia, con lo muy elevado o de calidad superior, y en nuestro concepto no sería este el caso de la asistencia de un funcionario que presenta ausencias en el período a que corresponda la evaluación.

Ahora bien, si las inasistencias al trabajo fuesen justificadas definitivamente que el evaluador **debería considerar tal circunstancia y calificar debidamente al evaluado, pero, no con la excelencia, porque se alejaría de la realidad.**”

... (Cfr. fojas 16 y 17 del expediente judicial).

De la lectura de lo anterior, se advierte con claridad que el entonces Director General de la Caja de Seguro Social a través de la Nota D.G.N-561-2016 de 18 de mayo de 2016, la cual, como indicamos en los antecedentes, surge como respuesta a una solicitud efectuada por parte de la **Asociación de Funcionarios Administrativos de la Caja de Seguro Social**, es de la opinión que **no es posible evaluar como excelente la asistencia de un funcionario que en el período a calificar presenta pluralidad de inasistencias a su trabajo independientemente que se trate de ausencias justificadas.**

En este punto, debemos precisar **que no entraremos a emitir opinión en cuanto a la validez y racionalidad del anterior planteamiento, sino a verificar si el Director de la Caja de Seguro Social podía establecer dicho criterio.**

Para lo anterior resulta conveniente hacer referencia al artículo 6 de la Ley 51 de 28 de diciembre de 2005, Orgánica de la Caja de Seguro Social, el cual es del tenor siguiente:

**“Artículo 6. Facultad reglamentaria. La Caja de Seguro Social, a través de su Junta Directiva, queda expresamente facultada para dictar sus reglamentos.**

La iniciativa reglamentaria la ejercerá la Junta Directiva o la Dirección General.

Las normas que se emitan en virtud de esta potestad, se clasifican en **reglamentos**, resoluciones, normativas y procedimientos organizativos.” (La negrita es nuestra).

En tal sentido, en ejercicio de la potestad reglamentaria antes indicada, la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social dictó la Resolución 35,888-2004-JD de 15 de junio de 2004, que contiene el Reglamento Interno de Personal de la mencionada entidad. De dicha normativa conviene hacer referencia a los artículos 11 y 12 que son del tenor siguiente:

**“Artículo 11. Las ausencias se clasificarán como justificadas e injustificadas.”** (Lo resaltado es nuestro).

**“Artículo 12. Los servidores públicos podrán ausentarse justificadamente del puesto de trabajo, siempre que las ausencias se encuentren dentro de las previsiones del presente artículo.**

Acreditán la ausencia justificada: Permisos, licencias, tiempo compensatorio, reconocido, separación del cargo, vacaciones.

**Se considerarán ausencias justificadas al trabajo, con derecho a sueldo, las ocasionadas por los siguientes hechos:**

1. Quince (15) días de ausencias de enfermedad por cada año de labor.
2. Por fallecimiento del cónyuge o compañero (a), madre, padre o hijo (a), por cinco (5) días hábiles.
3. Por fallecimiento del abuelo (a), hermanos (as) o nietos (as), por tres (3) días hábiles.
4. Por fallecimiento de suegros (as), nueras, yernos, cuñados (as), tíos (as) y sobrinos (as), hasta por un (1) día hábil.
5. Cinco (5) días hábiles por matrimonio, por una (1) vez.
6. Un (1) día hábil por nacimiento del hijo (a).
7. Por sucesos imprevistos notorios o extraordinarios que afecten a los servidores públicos a consecuencia de fuerza mayor o casos fortuitos, debidamente comprobados, hasta por el término de treinta (30) días calendario.
8. La asistencia a congresos, seminarios, cursillos y similares, por designación del superior jerárquico para representar a la Caja de Seguro Social, hasta por el término de quince (15) días. En todo caso el servidor público está obligado a presentar constancia de asistencia y la documentación correspondiente a la finalización del evento, a la Dirección Nacional de Personal.
9. Ausencia por enfermedad de padres mayores, hijos o cónyuge.

**PARÁGRAFO:** Estas ausencias deberán ser comprobadas con la documentación correspondiente o cualquier otro medio de prueba eficaz,

dentro del término de quince (15) días hábiles, posterior al hecho, salvo los casos descritos en el numeral 1 del presente artículo. En caso de ausencia por matrimonio deberá notificar con quince (15) días hábiles de antelación al jefe inmediato.” (La negrita es nuestra).

En atención a las normas antes indicadas se desprende que quien puede ejercer la potestad reglamentaria en la Caja de Seguro Social es su **Junta Directiva** por medio de **reglamentos**, resoluciones, normativas y procedimientos organizativos y, **en tal sentido, dicho cuerpo colegiado a regulado lo concerniente a la administración del personal de la institución por medio de la Resolución 35,888-2004-JD de 15 de junio de 2004, que contiene el Reglamento Interno de Personal de la mencionada entidad, el cual en sus artículos 11 y 12 regula lo inherente a las ausencia justificadas, establecido los supuestos que las pueden amparar y porqué tiempo, sin establecer ningún otro tipo de consecuencias.**

De lo anterior se desprende que el Director de la Caja de Seguro Social, a **través de la nota impugnada**, no puede establecer un criterio regularatorio que es de competencia de la Junta Directiva de dicha entidad y menos si se trata de un aspecto que ya fue reglamentado por esta última.

En relación con lo anterior cobra relevancia los artículos 2 y 3 del mencionado Reglamento Interno de Personal, aducidos como infringidos, los cuales son del tenor siguiente:

**“Artículo 2. Todos los servidores públicos nombrados o contratados por la Caja de Seguro Social, estarán sujetos a las disposiciones del presente reglamento y las normas de la Institución, al igual que el resto de las leyes pertinentes, independientemente del lugar o dependencia donde presenten sus servicios.”** (Lo resaltado es nuestro).

**“Artículo 3. Los directores, jefes de departamento, jefes de servicios y todos los servidores públicos con funciones de supervisión, están en la obligación de cumplir y hacer cumplir las disposiciones establecidas en el presente reglamento.** Asimismo, deben mantener en su grupo de trabajo un nivel de eficiencia, productividad, honestidad y disciplina.

El incumplimiento de las obligaciones señaladas en este artículo se sancionarán de acuerdo a lo establecido en este reglamento, y según la gravedad de la falta se determinará la sanción.” (La negrita es de esta Procuraduría).

De la lectura de las normas reproducidas se desprende que la Reglamentación efectuada por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, en ejercicio de la potestad reglamentaria que le fue reconocida en la Ley 51 de 2005, **resulta obligatoria y vinculante para todos los funcionarios de dicha entidad, sin distinción de jerarquía, de manera que lo regulado por ella en cuanto al número de ausencias que se consideran justificadas y sus motivos, no puede ser objeto de otro tipo de reglamentación que establezca la posibilidad de efectuar una ponderación subjetiva en torno a la evaluación de las mismas, al momento de la evaluación del desempeño del personal, como se hace a través de la nota impugnada.**

En consecuencia, este Despacho estima que la nota impugnada infringe el artículo 6 de la Ley 51 de 2005, puesto que a través de la misma, el anterior director de la Caja de Seguro Social estableció un criterio de evaluación en torno a las “ausencias justificadas” que ya fue reglamentado por el ente competente para tal fin, a saber, la Junta Directiva de dicha entidad de seguridad social; en consecuencia, lesiona el principio de legalidad establecido en los artículos 34 y 36 de la Ley 38 de 2000, y por ende el artículo 52 (numeral 4) de la misma excerpta legal.

De conformidad con el criterio expuesto, solicitamos respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL la Nota D.G.N-561-2016 de 18 de mayo de 2016, emitida por el Director de la Caja de Seguro Social.**

**Del Honorable Magistrado Presidente,**

  
Rigoberto González Montenegro  
Procurador de la Administración

  
Mónica I. Castillo Arjona  
Secretaria General