

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 600

Panamá, 28 de abril de 2023

Proceso Contencioso Administrativo
de Nulidad.

Concepto de la Procuraduría
de la Administración.

Expediente 238482023.

La Licenciada **Veira del Carmen Castillo Navarro**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 22 de 28 de mayo de 2019 *“Que modifica el Decreto Ejecutivo No. 69 de 17 de abril de 2013, que modificó el Decreto Ejecutivo No. 17 de 11 de mayo de 1999 que regula los artículos 17 y 18 del Código de Trabajo”*, publicado en la Gaceta Oficial 28783-B de 28 de mayo de 2019.

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 dentro del proceso contencioso administrativo de nulidad descrito en el margen superior.

I. La pretensión.

La Licenciada **Veira del Carmen Castillo Navarro**, actuando en su propio nombre y representación, solicita que se declare nulo, por ilegal, el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 22 de 28 de mayo de 2019 *“Que modifica el Decreto Ejecutivo No. 69 de 17 de abril de 2013, que modificó el Decreto Ejecutivo No. 17 de 11 de mayo de 1999 que regula los artículos 17 y 18 del Código de Trabajo”*, publicado en la Gaceta Oficial 28783-B de 28 de mayo de 2019, que señala:

“Artículo 2. El permiso de Trabajo se otorgará por el término (sic) dos años la primera vez, prorrogables cada tres años y tendrá un costo para el solicitante de cien balboas la prórroga (B/.100.00).” (Cfr. la foja 94 reverso del expediente judicial).

II. La norma que se dice infringida.

La demandante sostiene que la norma objeto de análisis, infringe la siguiente disposición:

A. El artículo 17 del Código de Trabajo, que establece:

“Artículo 17. Todo empleador mantendrá trabajadores panameños, o extranjeros de cónyuge panameño o con diez años de residencia en el país, en proporción no inferior al 90 por ciento del personal de trabajadores ordinarios, y podrá mantener personal extranjero especializado o técnico que no exceda del 15 por ciento del total de los trabajadores.

En ningún caso los porcentajes de salarios o asignaciones en conjunto y por categoría, podrán ser menores que los fijados en el párrafo anterior.

No obstante lo anterior, se podrá permitir una proporción mayor de especialistas o técnicos extranjeros por tiempo definido, previa recomendación del ministerio respectivo y aprobación del Ministerio de Trabajo y Bienestar Social.

Los empleadores que necesiten ocupar trabajadores extranjeros obtendrán una autorización que expedirá el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, previa comprobación de que no se alteran los porcentajes de nacionales exigidos en este artículo, que el personal calificado reúne la respectiva calidad y que desempeñará las funciones inherentes a su especialidad.

Esta autorización se expedirá hasta por el término de un año, prorrogable por un máximo de cinco años.

También se exceptúan del porcentaje anterior los trabajadores de confianza de empresas que en la República se dediquen exclusivamente a mantener oficinas con el fin de dirigir transacciones que se perfeccionen, consuman o surtan sus efectos en el exterior, previa autorización de las autoridades de trabajo.” (Lo subrayado es del demandante) (Cfr. fojas 4-5 del expediente judicial).

III. El concepto de la supuesta violación y el concepto de la Procuraduría de la Administración.

La abogada demandante estima que el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 22 de 28 de mayo de 2019 “*Que modifica el Decreto Ejecutivo No. 69 de 17 de abril de 2013, que modificó el Decreto Ejecutivo No. 17 de 11 de mayo de 1999 que regula los artículos 17 y 18*

del Código de Trabajo”, vulnera el artículo 17 del Código de Trabajo, porque modifica o altera la norma que pretende reglamentar, al otorgar el permiso de trabajo con una duración más allá del término de un (1) año (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Al desarrollar el concepto de la violación consignada en el libelo que se examina, la accionante manifiesta que el Decreto Ejecutivo 22 de 28 de mayo de 2019, en su condición de decreto reglamentario, no puede modificar el contenido de la ley, dado que la protección al trabajador nacional se refleja en materia de los permisos de trabajo que se otorgan a extranjeros, porque éstos deben limitarse a un (1) año (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

Este Despacho concuerda con la recurrente, habida cuenta que el artículo 17 del Código de Trabajo señala que los empleadores que necesiten ocupar trabajadores extranjeros obtendrán **una autorización que expedirá el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social**, previa comprobación que no se alteran los porcentajes de nacionales exigidos en este artículo, que el personal calificado reúne la respectiva calidad y que desempeñará las funciones inherentes a su especialidad; **y que esa autorización se expedirá hasta por el término de un (1) año.**

Desde nuestra perspectiva, el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 22 de 28 de mayo de 2019 *“Que modifica el Decreto Ejecutivo No. 69 de 17 de abril de 2013, que modificó el Decreto Ejecutivo No. 17 de 11 de mayo de 1999 que regula los artículos 17 y 18 del Código de Trabajo”*, transgrede el artículo 17 del Código de Trabajo, porque desconoce la protección del trabajo de los nacionales, al permitir, a través de una disposición reglamentaria, que el permiso de trabajo se pueda otorgar por un periodo de dos (2) años, lo que indudablemente supera el término legal de un (1) año, por lo que la norma acusada de ilegal **rebasa la potestad reglamentaria.**

La potestad reglamentaria constituye la facultad que ostenta el Presidente de la República, con la participación del Ministro del ramo respectivo, para la **reglamentación de**

las leyes que lo requieran para su mejor cumplimiento, sin apartarse en ningún caso de su texto ni de su espíritu.

Es decir, que no debe ese Órgano del Estado, pretextando cumplir con la función reglamentaria que el artículo 184 (numeral 14) de la Constitución Política le encomienda, para desbordar o contradecir los preceptos legales.

En razón de lo anterior, vale la pena preguntarse ¿hasta dónde llega la facultad de reglamentar, y cuándo estamos en presencia de lo que es en sí, la función legislativa?

En esa línea de pensamiento, debemos indicar que, la facultad reglamentaria está limitada por los principios de *reserva de ley* y de *subordinación jerárquica*.

El primero, se presenta cuando una norma constitucional reserva expresamente a la ley la regulación de una determinada materia, por lo que excluye la posibilidad que los aspectos de esa reserva sean regulados por disposiciones de naturaleza distinta a la ley, esto es, por un lado, el legislador ordinario ha de establecer por sí mismo la regulación de la materia determinada y, por el otro, la materia reservada no puede regularse por otras normas secundarias, en especial el reglamento.

El segundo principio, el de *jerarquía normativa*, consiste en que el ejercicio de la facultad reglamentaria no puede modificar o alterar el contenido de una ley, es decir, los reglamentos tienen como límite natural los alcances de las disposiciones que dan cuerpo y materia a la ley que reglamentan, detallando sus hipótesis y supuestos normativos de aplicación, sin que pueda contener mayores posibilidades o imponga distintas limitantes a las de la propia ley que va a reglamentar. Así, el ejercicio de la facultad reglamentaria debe realizarse única y exclusivamente dentro de la esfera de atribuciones propias del organismo facultado, pues la norma reglamentaria se emite por facultades explícitas o implícitas previstas en la ley o que de ella derivan, siendo precisamente esa zona donde pueden y deben expedirse reglamentos que provean a la exacta observancia de aquélla, por lo que al ser competencia exclusiva de la ley la determinación del qué, quién, dónde y cuándo de una

situación jurídica general, hipotética y abstracta, al reglamento de ejecución competará, por consecuencia, el cómo de esos mismos supuestos jurídicos.

En este escenario, debemos indicar que si el reglamento **sólo funciona en la zona del cómo**, sus disposiciones podrán referirse a las otras preguntas (qué, quién, dónde y cuándo), **siempre que éstas ya estén contestadas por la ley**; es decir, el reglamento desenvuelve la obligatoriedad de un principio **ya definido por la ley** y, por tanto, **no puede ir más allá de ella**, ni extenderla a supuestos distintos ni mucho menos contradecirla, sino que sólo debe concretarse a indicar los medios para cumplirla y, además, cuando existe reserva de ley no podrá abordar los aspectos materia de tal disposición (Cfr. <https://sif.scjn.gob.mx/sjfsist/documentos/tesis/1001/1001299.pdf>)

Para el jurista Carlos García Oviedo, la potestad reglamentaria es reglada: *“...cuando el ente administrativo, al hacer uso de ella, debe regirse por determinado precepto jurídico, que anticipadamente le señala su actuación. De lo antes expuesto se puede fácilmente inferir que lo que caracteriza a la potestad reglamentaria reglada, es su subordinación a una norma jurídica superior. Cabe señalar que esta potestad reglada queda limitada por la norma jurídica superior, de tal modo que ésta no puede sobrepasar ni menos desconocer los términos fijados por esa norma. La potestad reglamentaria será discrecional cuando, al ejercerla, sólo se reconocen dos límites, cuales son: a) no infringir ningún precepto constitucional; y b) no invadir la esfera de la ley, esto es, aquel conjunto de cuestiones cuya regulación corresponde a la ley, en sentido formal.”* (GARCÍA OVIEDO. Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I. Madrid. 1943. Pág. 84, citado por ESCOLA, Héctor Jorge. Ob. cit., pág. 47).

La jurisprudencia antedicha es clara al indicar que el decreto reglamentario no puede adicionar la ley que reglamenta, ni variar su sentido, ni exceder sus términos. El reglamento debe coincidir en su sentido general con la ley.

Al no haber procedido de esa manera en este caso, el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 22 de 28 de mayo de 2019 “*Que modifica el Decreto Ejecutivo No. 69 de 17 de abril de 2013, que modificó el Decreto Ejecutivo No. 17 de 11 de mayo de 1999 que regula los artículos 17 y 18 del Código de Trabajo*”, vulnera el artículo 17 del Código de Trabajo, debido a que lo modifica o lo altera, al otorgar el permiso de trabajo con una duración más allá del término de un (1) año, por lo que incumplió con el deber de expedirse acorde con el ordenamiento jurídico.

Por tal razón, somos del concepto que en esta oportunidad también se transgrede el artículo 34 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, ya que el acto acusado fue dictado en contravención del principio de estricta legalidad.

El administrativista colombiano, Jaime Orlando Santofimio, en su obra Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II (Acto Administrativo), manifiesta a propósito de lo anterior, lo que a seguidas se copia:

“De acuerdo a la doctrina, cabe señalar que la nulidad es la sanción al incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección del acto jurídico. Se concreta esta penalidad en el desconocimiento de cualquier efecto jurídico a la manifestación de voluntad expresada con infracción a los necesarios requerimientos legales. Resulta evidente que si el ordenamiento prescribe condiciones de admisibilidad jurídica de una actuación que se proyecta al mundo del Derecho, debe así mismo indicar los mecanismos de protección para que sus previsiones no sean desconocidas. La doctrina identifica precisamente a la nulidad en los términos anteriormente expuestos. Para Alessandri Besa, la nulidad es ‘...la sanción legal establecida para la omisión de los requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto [...] la ley, por lo general, sanciona siempre la omisión de los requisitos que ella considera indispensables para que un determinado acto jurídico produzca todos los efectos que le son propios...’

De lo expuesto se desprende que la teoría tradicional ha caracterizado la nulidad como una natural privación de los efectos jurídicos del acto; una sanción nacida de la omisión o incumplimiento de los requisitos o elementos indispensables para la realización del acto y una consecuencia indubitable del estricto origen legal. De los elementos identificadores podemos concluir que la nulidad se genera en el ámbito de la formación del acto, es decir, en anomalías de los elementos que deben concurrir para la validez del acto administrativo, pero que tiene efectos indudables en el mundo de la eficacia del acto especialmente en

cuanto a su ejecutoria.” (SANTOFIMIO, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo – Tomo II (Acto Administrativo), Universidad Externado de Colombia, 4ta. ed., Bogotá 2003, p.227 y siguiente) (Lo resaltado es nuestro).

En proceso similar al que ocupa nuestra atención, la Sala Tercera se pronunció por medio de la Sentencia de 10 de marzo de 2022, en el que el Tribunal indicó:

“V. CONSIDERACIONES Y DECISIÓN DE LA SALA TERCERA

Evacuadas las etapas procesales instituidas por la ley para los procesos de plena jurisdicción y encontrándose la presente demanda en estado de fallar, procede la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia a desatar el nudo de esta controversia, no sin antes hacer algunas consideraciones de hecho y de Derecho.

...

Al examinar la actuación impresa por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral con la expedición del acto administrativo acusado de ilegal, constatamos que la decisión de negar el permiso de trabajo a la solicitante Carmen González Barredo se fundamentó en lo previsto en el artículo 17 del Código de Trabajo, el cual exige que toda petición de Permiso de Trabajo debe ser acompañada con el Contrato de Trabajo suscrito con la empresa y la planilla de la Caja de Seguro Social correspondiente a la empresa empleadora, a fin de que pudiera comprobar que, en efecto, había de por medio una oferta de trabajo; cuya norma dice así:

...

De ese contexto normativo se infiere, que todo empleador en la República de Panamá podrá contratar trabajadores panameños y extranjeros pero bajo los parámetros y porcentajes que estipula la propia norma (Artículo 17), previa autorización del Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral; siendo un elemento esencial que el mismo empleador, que requiere los servicios de un trabajador extranjero especializado o técnico, sea el que solicite el permiso de trabajo, ello en aras de proteger la mano de obra panameña conforme lo prevé el artículo 73 de la Constitución Política de la República, que expresa lo siguiente:

‘Artículo 73. Se prohíbe la contratación de trabajadores extranjeros que puedan rebajar las condiciones de trabajo o las normas de vida del trabajador nacional. La ley regulará la contratación de Gerentes, Directores Administrativos y Ejecutivos, técnicos y profesionales extranjeros para servicios públicos y privados, asegurando siempre los derechos de los panameños y de acuerdo con el interés nacional.’ (La subraya es de la Sala).

Como puede observarse el artículo 17 del Código de Trabajo, que es la norma de superior jerarquía, regula de manera expresa lo referente a la Protección del Trabajo de los Nacionales frente a la contratación de mano de obra extranjera especializada y técnica por parte del empleador;

siendo esta disposición legal la que inicialmente viene a instituir los elementos que considerará el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral al momento de evaluar toda solicitud de Permiso de Trabajo.

...

Reparamos que, si bien, los requisitos para optar a un Permiso de Trabajo dentro de la subcategoría migratoria de extranjero con permiso de Residencia Permanente, en calidad de extranjeros nacionales de países específicos que mantienen relaciones amistosas, profesionales, económicas y de inversión con la República de Panamá, se instituyeron por medio del artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 140 de 2012, ya mencionado; no podemos soslayar que lo dispuesto en el **artículo 17 del Código de Trabajo, prima sobre ese texto reglamentario por ser una norma de superior jerarquía que desarrolla el texto constitucional**, a la luz de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 38 de 2000, según el cual: 'En las decisiones y demás actos que profieran, celebren o adopten las entidades públicas, el orden jerárquico de las disposiciones que deben ser aplicadas será: la Constitución Política, las leyes o decretos con valor de ley y los reglamentos'.

..." (La negrilla es nuestra).

Por las consideraciones de hecho y de Derecho antes expuestas, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que **ES ILEGAL** el artículo 2 del Decreto Ejecutivo 22 de 28 de mayo de 2019 "*Que modifica el Decreto Ejecutivo No. 69 de 17 de abril de 2013, que modificó el Decreto Ejecutivo No. 17 de 11 de mayo de 1999 que regula los artículos 17 y 18 del Código de Trabajo*".

III. Pruebas. Se aceptan las presentadas que cumplan con el requisito de autenticidad exigido en el artículo 833 del Código Judicial.

Del Señor Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General