

TOTAL DE COPIAS:	123				
TOTAL DE DINERO:	B/3,00				

Página 1
C-4 247.

, 2 de diciembre de 1993.

Su Excelencia
ING. LAURENCIO GUARDIA
Ministro de Vivienda.
E. S. D.

Señor Ministro:

A través de la presente, damos respuesta a su Oficio No. DMS/C/1758-93, de 15 de noviembre del año en curso, donde solicita a este Despacho vertir su criterio jurídico respecto a las siguientes interrogantes:

"Si una persona que presta ser vicios profesionales en el gobierno se le considera un Servidor Público."

"Tiene esta persona derecho a que se le otorgue un mes de vacaciones después de once (11) meses continuos de haber laborado prestando sus servicios profesionales."

En primer lugar queremos señalar el concepto de **Servicios Profesionales**, el cual lo encontramos desarrollado dentro del **MANUAL DE CLASIFICACIONES PRESUPUESTARIAS DEL GASTO PUBLICO**, el cual ha sido elaborado por el Ministerio de Planificación y Política Económica (Dirección de Presupuesto de la Nación), agosto de 1980.

Señala este Manual que la estructura de las clasificaciones que se presentan, así como el alcance y definición de los conceptos utilizados, obedecen en primer lugar a la experiencia acumulada durante muchos años en la aplicación de estos clasificadores. Por otra parte, se tuvieron en cuenta las recomendaciones emitidas por Organismos Internacionales, tanto regionales como mundiales; teniendo especial cuidado en adaptarlas a las realidades de la administración presupuestaria panameña.

TOTAL DE COPIAS:	123				
TOTAL DE DINERO:	B/3,00				

Según este manual, los servicios profesionales los encontramos enmarcados dentro de los Grupos de la Clasificación del gasto Público según su Objeto, en los SERVICIOS PERSONALES.

A su vez, el mismo concepto está ubicado dentro del objeto de gasto conocido como HONORARIOS, veamos:

" HONORARIOS. Son los gastos por servicios personales prestados ocasionalmente por profesionales o técnicos que no son funcionarios públicos, tales como investigaciones, exámenes y peritajes. Estos servicios se prestarán en base a un contrato, que implica subordinación jerárquica."

Paralelo a la definición anterior y, sin pretender desviarnos del tema que nos ocupa es importante advertir, lo que estatuye el artículo 117 de la Normas Generales Administración Presupuestarias, Gaceta Oficial 22,193 de 3 de enero de 1993, por la cual se dicta el Presupuesto Nacional para la Vigencia Fiscal 1993:

"ARTICULO 117: Sólo podrá imputarse a la partida de Honorarios, la remuneración en concepto de contratos con personas naturales, nacionales o extranjeros, por servicios prestados ocasionalmente como profesionales independientes. No podrá cargarse a la referida partida, la contratación de Funcionarios públicos aún cuando éstos obtengan licencia sin sueldo en la institución donde laboran y que dichos servicios sean prestados a una institución distinta a la propia que conceda la licencia..." (Subrayado es Nuestro).

También es importante distinguir entre el funcionario público empleado mediante contrato y los casos de contratos de servicios con los particulares, llámense éstos "servicios personales o servicios profesionales." En los contratos de arrendamiento de servicios, la persona contratada no se incorpora a la Administración sino que se limita a realizar

Únicamente una tarea determinada, igual como podrían hacerlo para otros particulares sin que le sean aplicables las normas constitucionales y legales expedidas al servidor público. Al respecto, el Tratadista SAYAGUES LASO señala:

También se ingresa a la función pública por contrato. Son situaciones poco frecuentes, pero existen. No debe confundirse esta hipótesis con el caso de arrendamiento de servicios con particulares. En este último la persona que arrienda sus servicios no ser incorpora a la Administración, limitándose a realizar para ella determinada tarea, igual como podría hacerlo para otros particulares. En cambio en aquella persona que se incorpora a la Administración, ingresando mediante un pacto que fija determinadas condiciones para la prestación de su actividad personal.

La persona que ingresa a la función pública mediante contrato, no está sustraída totalmente al régimen estatutario general. Esta rige salvo en cuanto hubieren pactado expresamente condiciones distintas, en cuyo caso deben respetarse las estipulaciones convenidas.

Pero ha de tenerse en cuenta que la Administración no tiene libertad para tales contrataciones y, por el contrario, sólo facultades muy limitadas (3), no pudiendo recurrir a ese procedimiento para aludir la aplicación de las disposiciones constitucionales y legales que limitan o condicionan el ingreso a las funciones públicas, o que regulan su ejercicio (4).

(3) Generalmente se necesita texto legal expreso. A veces la Autorización para contratar surge implícitamente, por existir partidas presupuestarias destinadas expresamente a ese fin.

(4) Con frecuencia se acude a un pseudo contrato, ya que no se pacta ninguna condición específica. En este caso hay una verdadera designación, rotulada como arrendamiento de servicio, que generalmente tiene por objeto eludir las disposiciones que exigen la ciudadanía del designado o que establecen garantías de inamovilidad, etc. La simulación es evidente y por lo tanto no surte sus efectos,

debiendo aplicarse las normas constitucionales y legales que correspondan."

Por lo que respecta a sueldos, salarios o remuneraciones por servicios prestados, entendemos que la norma se refiere a aquellos servicios públicos contemplados en la definición dada en el Artículo 294 de nuestra Carta Magna:

"ARTICULO 294: Son servidores públicos las personas nombradas temporalmente o permanentemente en cargos del Organó Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades Autónomas y Semiautónomas; y en general las que perciban remuneración del Estado."

Si bien el nombramiento de tales personas, entraña una contratación, dicho acto se perfecciona fundamentalmente por medio de un decreto (si es a nivel de Gobierno Central) o una resolución o resuelto (tratándose de instituciones autónomas o semiautónomas) más que de un contrato. En el primer caso, el decreto de nombramiento, la administración actúa en su carácter público como empleador en una relación de índole eminentemente administrativa. Mientras que en el segundo caso el contrato, la administración puede actuar, reservándose o concediendo ciertos privilegios que son inherentes a la noción de gobierno y que no puede figurar en los contratos con particulares porque son contrarios al principio de la igualdad de las partes, o de que el contenido es Ley para ellas y no puede ser modificado sin su consentimiento; en cuyo caso también lo hace en su carácter público, renunciando a los privilegios que tiene como ente público y se somete a la ley civil como los particulares, inhibiéndose así para modificar unilateralmente el contrato o para otorgar privilegios.

(Vidal Perdomo, Jaime, Derecho Administrativo General, pág. 405. Bogotá, Edit. Temis, 1966).

Es posible por tanto, ingresar al servicio público mediante un contrato en vez de un nombramiento, en virtud de un Decreto (si es a nivel de Gobierno Central); una resolución (tratándose de instituciones autónomas).

Por otra parte, advertimos que mediante Sentencia de 14 de abril del año que transcurre, bajo la ponencia del MAGISTRADO CARLOS E. DE ICAZA M., el Tribunal Superior de Trabajo señaló lo siguiente:

*..... Según se lee en el acta de audiencia oral, la demandada aduce en primer lugar, Excepción de Incompetencia de la Junta para conocer de la presente demanda en atención a lo preceptuado por el artículo 2 del Código de Trabajo, que exceptúa de la aplicación de las normas laborales a los empleados públicos.

El artículo 2 el Código de Trabajo, reza así:

"Artículo 2.- Las disposiciones de este Código son de orden público, y obligan a todas las personas, naturales o jurídicas, empresas, explotaciones y establecimientos que se encuentren o se establezcan en el territorio nacional.

Los empleados públicos se regirán por las normas de la carrera administrativa, salvo en los casos en que expresamente se determine para ellos la aplicación de algún precepto en este Código.

(El subrayado es del Tribunal).

Mediante lo expuesto en la excerta legal supra transcrita, se tiene que en efecto, en forma general los empleados públicos se encuentran excluidos de la aplicación de la legislación laboral, salvo aquellos casos expresamente señalados. Por lo tanto, es de máxima importancia determinar si el trabajador demandante es o no servidor público.

La Constitución Política de la República define con precisión, en su artículo 294, lo que debe entenderse por servidor público, denominación que reemplaza la antigua de empleado público, en la siguiente forma:

"ARTICULO 294. Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; y en general, las que perciben remuneración del Estado."

(El subrayado es del Tribunal).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera, en Sentencia de 18 de Junio de 1979, precisa el concepto de servidor público, expresando en parte, lo siguiente:

"El concepto de servidores públicos que en forma general enuncia el artículo 238 en la Constitución Nacional obedece a la intención de integrar la diferencia un poco anticuada que venía haciéndose en nuestro ordenamiento jurídico, acerca de los conceptos de empleado y funcionario público. Esta concepción con un sentido amplio, abarca a todas las personas vinculadas a los Organos del Estado, y, en general, a los que reciben remuneración del mismo. Lo que objetivamente no se presta a considerar varias alternativas ni supuestos, sino exclusivamente dos situaciones generales: a) Que la persona sea nombrada, tanto temporal o permanentemente en cargos de un órgano y organismo del Estado y b) Que reciba una remuneración de éste."

De allí que resulta evidente, que para poder determinar si un trabajador es servidor público, se hace necesario considerar si esa persona reúne los requisitos necesarios para ser servidor público, a saber:
1) Que haya sido nombrado, ya sea temporal o permanentemente en cargos de organos Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semi-autónomas y 2) Que perciban una remuneración del Estado."

(El subrayado es de la Procuraduría).

Sostiene el MACISTRADO DE ICAZA, que son estos los elementos que hace que el Trabajador está siendo pagado en sus emolumentos por el Estado, es decir, su remuneración proviene de fondos estatales, fondos cuya fiscalización corresponde a la Contraloría General de la República, lo que lo convierte en un SERVIDOR PUBLICO.

En cuanto a su segunda interrogante, informamos a usted, que esta procuraduría prohija el mismo criterio externados en su consulta y tome como base lo estatuido en el artículo 796 del Código Administrativo, toda vez que es esa la disposición aplicable al caso que nos ocupa.

Queremos hacer la advertencia, de la manera más respetuosa, que si bien es cierto compartimos el mismo criterio que ustedes, deben observar y así ceñirse a lo que dispone la precitada excerta legal, pero nótese que la norma tiene un llamado al final de su primer párrafo, indicado con el número (1).

TOTAL DE DINERO:	B/3,00	123					
------------------	--------	-----	--	--	--	--	--

Página

- 7 -

(1) Las frases que aparecen subrayadas, fueron declaradas inconstitucionales según sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 11 de agosto de 1975.

Esto hace o nos indica que las mismas no pueden ser tomadas en cuenta para la aplicación de dicha disposición.

De esta manera damos por concluidas las gestiones tendientes a dar respuesta a su muy interesante consulta.

Sin otro particular, nos reiteramos en las seguridades de nuestro aprecio y consideración.

Atentamente,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.

14/ichdef.