

, 10 de junio de 1994.

Licenciado
CESAR CONSTANTINO,
Director General (a.i.)
De la Empresa Estatal de
Cemento Bayano.
E. S. D.

Señor Director General:

Con agrado le brindaremos nuestra opinión jurídica referida a su consulta administrativa identificada DEALN-04-94, fechada 18 de mayo de 1994, y en la que específicamente se nos consulta:

"Es viable que esta Empresa Estatal haya contratado como personal contingente a una profesional del derecho, quien a la vez es servidor público en otra institución encontrándose en goce de vacaciones al momento de dicha contratación? "

Se deduce de su consulta un asunto harto interesante, que se puede plantear en el siguiente interrogante: ¿Los Asesores legales de Instituciones Públicas, podrán fungir como consultores legales de otras instituciones públicas durante su período de vacaciones?

Este interrogante nos lleva a saber si de la abogacía, como una profesión liberal, se ha de permitir a un funcionario, provisionalmente, y vía contrato de servicios profesionales, ejercer, con suficiencia en otro ente estatal, distinto al que está abscrito como funcionario permanente.

Cuando hablamos de profesiones liberales debemos significar que como su nombre lo indica, nos estaremos refiriendo a el profesional que tiene libertad para el ejercicio de su profesión.

El atributo es precisamente de permitirsele al profesional la ejecución de las actuaciones indispensables para cumplir con los deberes y facultades derivados del título que lo califica como idóneo.

Consecuente con esta libertad de ejercicio profesional, el legislador patrio ha concedido el artículo 610 del Código Judicial, el cual, concibe una excepción a la regla que señala que: "ningún servidor público, ... podrá ejercer poderes judiciales, administrativos ni policivos, ni gestionar en asuntos de la misma índole"; Veamos:

"ARTICULO 610.- Ningún servidor público, aún cuando esté en uso de licencia o se encuentre por cualquier motivo separado temporalmente del puesto, podrá ejercer poderes judiciales, administrativos ni policivos, ni gestionar en asuntos de la misma índole. Empero, pueden sustituir los poderes, revocar las sustituciones y hacer otras nuevas siempre y cuando dichos poderes hayan sido otorgados con anterioridad al nombramiento. Si el poder hubiere sido otorgado con posterioridad al nombramiento, el servidor podrá sustituir el poder, pero quedará completamente desvinculado de la representación.

Ningún Juez, ni funcionario administrativo admitirá como apoderado, vocero o patrono a los servidores aludidos; y si se cerciorare de que gestionan por medio de interpuesta persona, les impondrá

la sanción que les corresponda por desacato. En esta misma pena incurrirán los servidores públicos que ejerzan la abogacía mediante cesiones simuladas de obligaciones.

Se exceptúan de la prohibición a los catadráticos de los establecimientos de enseñanza y a los servidores que, sin ejercer mando o jurisdicción, presten servicios meramente técnicos o profesionales como abogados consultores, y asesores legales, siempre que no gestionen ante la oficina o despacho al cual están adscritos.

En este caso compete al funcionario del conocimiento determinar si una persona, no obstante ser idónea, puede ejercer la abogacía ante su despacho."

La libertad de ejercer la profesión de abogado ha de estar siempre sometida a los condicionamientos legales aplicables a las situaciones, a los casos específicos o concretos que pudieran surgir en el uso o ejecución de dicha libertad.

En el caso que nos encontramos, la libertad de fungir como abogado del Estado, aún de forma eventual o contingente, está sometida a ciertas condiciones de tipo legales. Entre estas condiciones encontramos las siguientes:

- 1)- Que el abogado no ejerza mando e jurisdicción durante el ejercicio de sus funciones públicas regulares,
- 2)- Que el abogado no pretenda gestionar ante la oficina o el Despacho al cual está adscrito,
- 3)- Que no se pretenda pagar los emolumentos del abogado por vía de la partida de honorarios.

- 4)- Que de el contrato celebrado entre la institución Estatal y el abogado no surja una obligación a cargo del abogado que tenga como causa el ejercicio personal de una gestión profesional,
- 5)- Que la obligación dineraria emanada del contrato arriba señalado sea cancelable en función a partidas presupuestarias pre-establecidas y sobre todo permitidas.

Como se ve ésta agencia del Ministerio Público ha agregado a la discusión de la problemática planteada, nuevos elementos de juicio. Estos nuevos elementos de juicio están referidos a una materia de suyo importante. La administración presupuestaria y financiera de el Estado como patrono o contratante con el profesional del derecho en cuestión.

Ya se desprende de la Ley 32 del 31 de diciembre de 1993, por la cual se dicta el Presupuesto General del Estado, para la vigencia fiscal 1994 (Vease Gaceta Oficial No. 22,445 de 10 de enero de 1994); que la finalidad primordial de las normas de administración presupuestarias es la de establecer los rudimentos o procedimientos que permita la ejecución, control, evaluación y liquidación de las obligaciones financieras que pudiera haber contraído o contraer cada institución del sector Público (Ver Artículo 136 de la Ley 32 de 1993).

En el Artículo 168 de esta Ley 32 de 1993, el legislador enuncia un carácter prohibitivo respecto de las partidas de honorarios que pudieran ser pagadas a funcionarios por la prestación de servicios personales de índole profesional, veamos:

"ARTICULO 168: Sólo podrá imputarse a la partida de Honorarios, la remuneración en concepto de contratos con personas naturales, nacionales o extranjeras, por servicios personales prestados ocasionalmente como profesionales independientes. No podrá

cargarse a la referida partida, la contratación de funcionarios públicos aún cuando éstos obtengan la licencia sin sueldo en la institución donde laboran y que dichos servicios sean prestados a una institución distinta a la propia que concede la licencia. Los contratos por servicios personales, no podrán tener efecto retroactivo, salvo aquellos casos que, habiéndose visto interrumpida a la prestación de algún servicio público esencial, se haya requerido con carácter de urgencia su contratación."

Como se desprende de la lectura de esta norma que si bien no está prohibida la contratación de funcionarios públicos, esta contratación no podrá derivar en una obligación para el erario público pagaderos por vía de la partida presupuestaria denominada honorarios.

Esta norma es consecuente con el Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, emitido por el Ministerio de Planificación y Política Económica, en la medida de que en la sección de Denominaciones, al comentar lo que se ha de entender por la partida 020: Honorarios, se dice:

020 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 no implica subordinación jerárquica."

Pudiera ser concebible la idea de que si bien no podrá cargarse a la partida honorarios el pago de

obligaciones contractuales como la que estamos viendo, se pudieran cargar a la partida 080, de otros servicios personales; no obstante ello en este renglón se dice claramente que son los demás gastos no clasificados en las partidas del grupo de servicios personales. Luego entonces, sabemos que las partidas del grupo de servicios personales son:

- a)- Suelos,
- b)- Personal fijo,
- c)- Personal transitorio,
- d)- Personal contingente,
- e)- Sobre sueldos,
- f)- Por antigüedad,
- g)- Por zonas,
- h)- Por Jefatura,
- i)- Otros sobre sueldos,
- j)- HONORARIOS,
- k)- Dietas,
- l)- Servicios especiales,
- m)- Gastos de representación fijos,
- n)- Sobre tiempo, y
- ñ)- Décimo Tercer (XIII) mes.

De la lista enunciado hemos resaltado la que corresponde al literal j) de los HONORARIOS, esto en la medida de que precisamente los servicios de honorarios están especificados, es decir, clasificados en el grupo de partidas de servicios profesionales. En consecuencia a lo antes señalado, no pudiera ser cancelada la obligación por vía de la partida 020, ni la partida 080.

En otro orden de ideas habría que recordar que toda actuación administrativa ha de derivar de un mandato legal, ello por cuanto que al encontrarnos en el campo del derecho público nos rige el principio de legalidad.

Este principio de legalidad, es un pilar que pudiera reforzar nuestro juicio, desde la perspectiva, esta vez contractualista.

Dice el Código Civil, que los contratos se deben a la ley a las buenas costumbres y a la buena fe, luego entonces si la normativa legal no da la posibilidad al Ente Estatal para cancelar una obligación nacida de un contrato de servicios profesionales con un funcionario que es abogado, este contrato rige con la ley, y por ello no podría obligar a la Administración.

Ciertamente en el Artículo 974 del Código Civil se dice que las obligaciones han de nacer de la Ley, de los contratos entre otras formas de nacimiento, Veamos:

Artículo 974.- Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia."

Luego se señala en el Artículo 1109, en su sentido íntegro, se añade que los contratos han de estar conforme a la ley. Veamos:

"Artículo 1109.- Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obliga, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conforme a la buena fe, al uso y a la ley.

Se exceptúan los actos y contratos enumerados en el artículo 1131, los cuales no se perfeccionan mientras no consten por escrito, con especificación completa de las condiciones del acto o contrato y determinación precisa de la cosa que sea objeto de él."

Para ir concluyendo a este respecto diremos que dada la lesión producida por este contrato a las disposiciones legales presupuestarias, no puede producir efecto alguno en contra de la Administración. (Ver Artículos 1125 y 1126 del C. Civil).

Finalmente debemos señalar que la Contraloría General de la República por mandato de la Ley 32 de 1984 que la organiza, debe refrendar los contratos que impliquen una erogación económica en las entidades públicas. Así lo establece el Artículo 48 que dice:

"Artículo 48.- La Contraloría refrendará todos los contratos que celebren las entidades públicas y que impliquen erogación de fondos o afectación de sus patrimonios. Esta función puede no ser ejercida en aquellos casos en que la Contraloría, por razones justificadas, la considere innecesaria, lo cual debe declarar en resolución motivada del Contralor o Sub-Contralor General de la República".

Como hemos observado, la Contraloría no ha refrendado dicho contrato y tienen objeciones fundadas para no hacerlo, por lo cual no debió prestarse el servicio sin tal cumplimiento y por otro lado resulta inexplicable la necesidad del servicio tan sólo un mes en un proceso de privatización para el cual pudo contratarse otro profesional, de los muchos que existen en Panamá y que habrían aceptado sin los inconvenientes conocidos.

La finalidad primordial de las vacaciones de los trabajadores es que se repongan física y mentalmente del agotamiento que les causa el trabajo continuo durante once meses, y es por ello que la propia Constitución establece el derecho al "descanso" anual, por lo cual no es aconsejable que a quien se le concede ese derecho no utilice para reponerse del agobio, el tiempo de descanso.

Consideramos que la renuencia de la Contraloría tiene razones justificadas dentro de la Ley.

De usted atentamente,

LIC. DONATILO BALLESTEROS S.
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION.

15/ichdef.