

Panamá, 23 de julio de 1997.

Poeta

José Franco

**Director General del
Instituto Nacional de Cultura
E. S. D.**

Señor Director:

En cumplimiento de nuestras funciones legales y constitucionales, especialmente como Consejeros Jurídicos de los Servidores Públicos Administrativos, nos permitimos ofrecer contestación a su atento Oficio seriado No.705 D.G./ A. L., calendado 12 de junio de 1997, recibido en este Despacho, el día 17 de junio del presente año, en el cual tuvo a bien consultarnos lo siguiente:

- 1. ¿ Pueden ser nombrados extranjeros como servidores públicos del Instituto Nacional de Cultura?*
- 2. ¿Si existiese un nacional que puede desempeñar determinada actividad. Puede el Instituto Nacional de Cultura contratar a un extranjero para desempeñar la misma labor?*
- 3. ¿Los extranjeros que sean contratados en el Instituto Nacional de Cultura requieren obtener previamente permiso de trabajo?*

Consideramos oportuno antes de proceder a dar respuesta a su interesante Consulta hacer algunas reflexiones en torno a la relación jurídica que surge entre el personal extranjero contratado y la Administración Pública. De igual forma definiremos algunos conceptos para determinar la diferencia existente entre el personal contratado y el nombrado.

El Diccionario Enciclopédico de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, define el nombramiento como "la designación que se hace a una persona para desempeñar un cargo o puesto". "Otros autores lo conceptúan como un documento oficial en que consta la habilitación para ejercer una profesión o para ocupar un cargo administrativo".

Por otro lado, define el contrato como un instrumento, escritura por medio del cual una parte se obliga a pagar una compensación por un determinado servicio, mientras que la otra parte se obliga a ejecutar una actividad específica por un período definido. En el Resuelto No.1 del 5 de enero de 1976, "Por el cual se regula el Reglamento Interno del Personal," conceptúa el contrato como "un acto por el cual una persona se obliga por tiempo definido con una organización a prestar sus servicios y a recibir una remuneración determinada."

Este sueldo que reciben los contratados, es una compensación fija pagada, diaria, semanal, quincenal, mensual o anualmente por servicios prestados, generalmente sobre la base de determinado número mínimo de horas por día, o por semana. (Cfr. art. 17 del Reglamento Interno del INAC.)

Se puede extraer de las definiciones transcritas, que el nombramiento de un servidor público y un contratado extranjero es diferente, en el sentido que, en un nombramiento se designa a una persona a un cargo o puesto para que desempeñe o ejerza una labor o actividad por tiempo indefinido. Pero además exige la condición sine qua non de nacionalidad panameña, tal como lo preceptúa el artículo 9 del Reglamento Interno del Instituto Nacional de Cultura, al disponer dentro de uno de los requisitos previos del nombramiento, que el personal debe ser de nacionalidad panameña.

Aunado a ello, el nombramiento forma parte de la planilla estatal de dicha institución, con un número de posición y salario que se le asigna a la misma. Mientras que el personal extranjero, se le contrata por un servicio especial, ya sea profesional o técnico, en un término definido, y el mismo no es parte de la estructura de personal de dicha entidad, sino que está adscrito en un renglón del Presupuesto General del Estado, denominado Honorarios. Estos hacen alusión a los contratos con profesionales o técnicos, personas naturales, extranjeras o nacionales para la realización de estudios, investigaciones, diseños, supervisión de obras, capacitación y otros de similar naturaleza que se imputarán a la partida de Consultorías y Servicios especiales. (Cfr. Título VI Normas Generales de Administración Presupuestarias, Capítulo II De la Ejecución del Presupuesto, art. 170)

Ahora bien, es importante determinar el probable carácter de servidores públicos que adquieren estas personas. Como bien sabemos, nuestro constituyente es celoso de las oportunidades que deben ofrecer a los extranjeros en el desempeño de las actividades públicas. Así tenemos que la Carta Política contempla en sus artículos 294 y 295, lo atinente a los servidores públicos. Veamos:

"Artículo 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 perciban remuneración del Estado.

Artículo 295.- Los servidores públicos serán de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión, o creencia y militancia política. Su nombramiento y remoción no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución.

Los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio. (Subrayado es nuestro)

De los preceptos legales citados pareciera existir una aparente contradicción del constituyente, en cuanto a que, por un lado, denomina servidor público a toda persona que reciba una remuneración del Estado, sin distinguir entre nacionales y extranjeros; y por otro lado, limita dicha calidad de manera exclusiva a los panameños.

Sin embargo, los artículos antes mencionados, han sido objeto de interpretación restrictiva por la doctrina y la jurisprudencia nacional, al calificar de condición o de requisito indispensable (sine qua non), la nacionalidad panameña para aspirar a la condición de servidor público. En efecto nuestro más alto Tribunal de Justicia en fallo 7 de 1981, se refirió sobre este tópico en los siguientes lineamientos:

"El Estado panameño ha establecido en su Carta Política específicamente en su artículo 259 (actual 295) como principio general la condición de la nacionalidad panameña en los servidores públicos y como excepción ha señalado los casos en los cuales no es suficiente la nacionalidad panameña, sino que esa nacionalidad debe haberse adquirido por el hecho vital del nacimiento. Así, dicho requisito esencial se exige en la Carta Magna para el ejercicio de los cargos de Presidente y Vice-Presidente de la República, Ministro de Estado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Procurador General de la Nación y Procurador de la Administración, y por último, Contralor y Sub-Contralor de la República.

...

...la voluntad del Constituyente ha sido siempre la de exigir por excepción, con carácter extraordinario y limitándolo a cargos públicos relevantes para el Estado, el requisito de haber nacido en la República de Panamá, lo cual tiene una clara justificación de carácter político. En cambio, las dos últimas constituciones que nos han regido han exigido únicamente para los restantes servidores públicos ser panameños, pero no haber obtenido nacionalidad por nacimiento.” (Jurisprudencia Constitucional; Centro de Investigación Jurídica, Universidad de Panamá, Litografía e Imprenta LIL, S.A, 1985, Tomo III, pág. 302) (Subrayado Nuestro)

Aunado a lo anterior nuestra Constitución Política en sus artículos 20, 69, y 302, numeral 5, caracteriza la naturaleza del vínculo contractual entre los Extranjeros y el Estado al disponer lo siguiente:

“Artículo 20.- Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero está podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de guerra o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales.

Artículo 69.- 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 al interés nacional. (Subrayado Nuestro)

Artículo 302.- No forman parte de las carreras públicas:

1...

2...

3...

4...

5. Los profesionales, técnicos o trabajadores manuales que se requieren para servicios temporales, interinos o transitorios en los Ministerios o en las instituciones autónomas o semiautónomas. (Subrayado nuestro)

Como podemos observar el Constituyente es diáfano al limitar el grado de vinculación de los no nacionales a la Administración Pública a través de la figura del contrato de servicios profesionales o técnicos de conformidad con el artículo 295 supracitado.

No obstante, la Ley No. 63 de 6 de julio de 1974 "Por la cual se crea el Instituto Nacional de Cultura", al regular la materia de contratación de personal foráneo establece en sus artículos 3, numeral 7, y 4, la facultad que tiene el INAC, para contratar personal extranjero, los cuales deben cumplir con los requisitos de reconocida y probada idoneidad, siempre que justifique su necesidad. Veamos:

"Artículo 3.- Para el cumplimiento de sus fines el Instituto Nacional de Cultura tendrá las siguientes funciones:

1.....

.....

7. Contratar técnico o profesionales extranjeros de reconocida y probada idoneidad, siempre que se justifique su necesidad y estimular la investigación científica en materia de cultura."

'Artículo 4.- El Instituto Nacional de Cultura está facultado para ejercer derechos, y obligaciones en general, y en especial, para comprar, vender, hipotecar, permutar, arrendar bienes muebles e inmuebles, contratar personal técnico especializado y ejecutar programas."

Del ordenamiento legal citado podemos afirmar que el Instituto Nacional de Cultura posee la facultad para contratar personal extranjero siempre y cuando estas personas cumplan con los requisitos de reconocida y probada idoneidad para ejercer el servicio profesional o técnico determinado y justifique su necesidad. A este respecto el Reglamento Interno del Instituto Nacional de Cultura, define en su artículo 15 dicho Contrato como el acto por el cual una persona se obliga por tiempo definido, a prestar servicios y a recibir una remuneración determinada por parte de la entidad contratante.

Cabe destacar que estos profesionales o técnicos reciben una compensación por los servicios prestados en razón de su especialidad, por un determinado tiempo, con la limitación de que no son servidores públicos por las razones ya explicadas en líneas anteriores.

En cuanto a la segunda interrogante, es menester indicar que la propia Constitución Política en su artículo 69, prohíbe la contratación de trabajadores extranjeros que puedan rebajar las condiciones de trabajo o las normas de vida del servidor público panameño.

En ese sentido el artículo 2, de la Ley 38 de 1941, afirma que el Poder Ejecutivo no podrá llevar a cabo ningún nombramiento en contravención de lo que aquí se dispone, ni mantener el carácter de empleado público remunerado ninguna persona que no reúna los requisitos exigidos en la Ley. Por lo que de existir un personal panameño idóneo para ejercer una determinada actividad dentro de la institución, no tendría sentido contratar a personal extranjero para que ejerza la misma labor; pues de hacerlo, estará en franca violación del ordenamiento jurídico, contenido en la Ley y la Carta Política, la cual prohíbe a toda costa la contratación de personal extranjero que desmejore la mano de obra panameña.

Sin embargo, si existe actualmente personal extranjero ejerciendo una labor, que puede realizar un nacional y lo que se quiere es nombrar a un personal panameño en esa misma actividad; el ente nominador que lo contrató deberá esperar a que finalice el contrato, pues ya existen derechos adquiridos.

En abono a la anterior afirmación el artículo 3, de la Ley 38 de 1941 dispone "que a medida que se cumplan los contratos celebrados con individuos extranjeros para la prestación de servicios al Gobierno, o cuando ellos se separen por cualquier motivo de los empleos que ocupan o se venza el período legal de sus contratos no serán reelegidos ni reemplazados con otros extranjeros, ni se renovará el contrato, salvo el caso señalado en el párrafo del artículo 1, el cual dice: "Los extranjeros que, como profesionales o como técnicos especiales, sean contratados para los diversos departamentos de la administración pública." No obstante, estos casos estarán sujetos a lo que establezca el Director General del Instituto Nacional del Cultura, a través del contrato.

En cuanto a la última interrogante, podemos indicarle que ni el Reglamento Interno, ni la Ley del Instituto Nacional de Cultura, se refieren al permiso de trabajo, el cual esta regulado en el Código de Trabajo en su artículo 17, que dispone lo siguiente:

"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 noventa por ciento del personal de trabajadores ordinarios, y podrá mantener personal extranjero especializado o técnico que no exceda del quince por ciento del total de 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 obtendrán una autorización que expedirá el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, previa comprobación de que 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, surtan sus efectos en el exterior, previa autorización de las autoridades de trabajo.

Se procura reglamentar con este artículo la entrada del mercado laboral nacional de los trabajadores extranjeros, por ello los empleadores que necesiten ocupar trabajadores extranjeros deberán obtener una autorización, que expide el Ministerio de Trabajo y Bienestar Social, mediante resolución, la cual permita al trabajador extranjero, laborar en territorio nacional.

Estimamos que en el caso de extranjeros contratados por el Instituto Nacional de Cultura, estos deben obtener el permiso de trabajo del Ministerio de Trabajo.

Finalmente, este Despacho recomienda al señor Director del Instituto Nacional de Cultura, se reglamente la materia de permiso laboral, a fin de tener un control del personal extranjero contratado y de los derechos adquiridos que le asisten de conformidad con la Ley y la Constitución Política.

Con la esperanza de haber aclarado las interrogantes expuestas, para una mejor gestión administrativa de la institución bajo su digno cargo, se despide con muestras de respecto y consideración.

Atentamente,

*ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
PROCURADORA DE LA ADMINISTRACIÓN*

AMdeF/20/cch.