

Panamá, 3 de enero de 2003.

Profesor

JUAN A. JOVANE DE PUY

Director General de la Caja del Seguro Social.

E. S. D.

Señor Director General:

En uso de las facultades concedidas por los artículos 217, numeral 5 de la Constitución Política y 6 numeral 1, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, procedo a contestar su nota N°. D.G.-N-419-2002 de 13 de diciembre de 2002, a través de la cual nos consulta lo siguiente:

¿Puede un funcionario público, como el Contralor General nombrar y crear la modalidad ad honorem, en un particular, obviando con ello, el procedimiento de selección dentro de la estructura orgánica de planta de dicha entidad, para representarlo en su ausencia ante la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, sin ser servidor público conforme a la Constitución Política y a la Ley?

Criterio de la Asesoría Legal de la Caja de Seguro Social

Es regla general, en la administración pública, el principio de responsabilidad de los servidores públicos, así se consagra en el artículo 18 de la Constitución Política de la República.

“Artículo 18. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución Política o de la ley. **Los servidores públicos** lo son por esas mismas causas **y también por extralimitación de funciones** o por omisiones en el ejercicio de éstas.”

Otro precepto, es que el funcionario que profiera el acto de nombramiento, no le determina sus funciones, ni alcance jurídico, ya que esto lo señala la Ley, veamos lo que dispone el artículo 297, de la Constitución Política.

“Artículo 297. **Los deberes y derechos** de los servidores públicos, así como los principios para los **nombramientos**, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones **serán determinados por la ley.**

Los nombramientos que recaigan en el personal de carrera se harán con base al sistema de mérito.

Los servidores están obligados a desempeñar personalmente sus funciones a las que dedicarán el máximo de sus capacidades y **percibirán por las mismas una remuneración justa.**”

Al respecto, señala el profesor Argentino, Manuel María Díez. En su Libro sobre “El acto administrativo”:

“El acto condición no crea situaciones jurídicas individuales, porque la persona designada para una función pública específica va a estar investida de una situación ya existente (el cargo debería estar creado por ley). Por lo demás, se trata de una situación general y no de una situación individual. La función ya existía, está creada y organizada por leyes y reglamentos. El nombramiento inviste a la persona de los poderes y deberes generales organizados por leyes y reglamentos y cuyo conjunto constituye la función.”

El nombramiento de un funcionario (el cual ejercerá funciones públicas) va a revestir a esa persona de competencias y atribuciones que ya la ley y el reglamento ha determinado, luego el nombramiento, comprende deberes y derechos, cuyo conjunto define el cargo. Los derechos y deberes del funcionario, no los determina el que lo nombra, sino la ley que lo crea y los reglamentos que lo desarrollan.

En Sentencia de 11 de agosto de 1995, bajo ponencia del Magistrado Arturo Hoyos, la Sala de lo Contencioso Administrativo avaló la Vista N°.106 de 9 de marzo de 1995 en la que sustancialmente dispuso lo siguiente:

"En ese proceso nos encontramos con la contratación de un particular que labora en la Contraloría General de la República, sin haber cumplido con el procedimiento de selección y nombramiento, tal como lo exige la Ley.

...

La Contraloría cuenta con una estructura administrativa encabezada por el Contralor General y, descendiendo en el orden jerárquico, el Sub-Contralor, la Secretaría General, el Consejo de Directores, las Direcciones y demás dependencias que son necesarias para tales fines.

Igualmente, posee un proceso de selección y promoción del personal, de tal forma que pueda incorporarse a la institución el personal capacitado, en base a méritos personales y profesionales que garantice un grupo selecto de profesionales a desempeñarse en los diferentes cargos (Artículo 8 de la Ley 32 de 1984).

*Obsérvase que el señor EDGAR BARAHONA CHANG fue contratado para desempeñarse como Director de Auditoría General y, posteriormente, como Director de Control Fiscal y para **estos cargos se necesita una persona capaz idónea quien sepa tomar las decisiones que sean más convenientes para la institución** y el país. (Art.62 de la Ley 32 de 1984)*

El haber contratado directamente al señor Edgar Barahona Chang infringe lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Contraloría; ya que esta norma exige que se dé cabal cumplimiento al proceso de selección y promoción del personal aspirante a formar parte de la institución...

También se ha infringido los artículos 18 y 19 del Reglamento Interno de la Contraloría, toda vez que en ellos se señalan una serie de requisitos sin los cuales no puede seleccionarse adecuadamente el personal de esta institución...

Aunado a ello, también se ha infringido el artículo 20 del Decreto N°.22 de 1992 (Reglamento Interno de la Contraloría); ya que el señala categóricamente que: "el ingreso al servicio de la

Contraloría general se formaliza por medio de la acción administrativa de nombramiento". Y se añade el párrafo: "Ningún empleado podrá ejercer el cargo para el cual ha sido asignado anterior a la emisión del decreto correspondiente".

Por tanto, la contratación directa no es la vía para ingresar a la Contraloría General de la República en calidad de servidor público, sino por medio de nombramiento, tal como se ha dejado expuesto en la norma precitada y cuyo requisito ha sido omitido.

Por ello los Contratos N°.414, N°.697, la Addenda N°.1, el Contrato N°.057, la Addenda N°.2, Addenda N°.3 y Addenda N°.4, infringen los artículos precitados de la Ley Orgánica de la Contraloría, así como de su Reglamento Interno por desconocer las normas de procedimiento de ingreso a la institución.

Una de las características de la función pública, es que, en principio, la misma no es Ad honorem, al efecto, señala la Constitución:

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

Artículo 298: Los servidores públicos no podrán percibir dos o más sueldos pagados por el Estado, salvo los casos especiales que determine la Ley, ni desempeñar puestos con jornadas simultáneas de trabajo. Las jubilaciones de los servidores públicos se fundarán en estudios actuariales y proporciones presupuestarias razonables."

En ese sentido, la remuneración es un derecho, del cual derivan otros, tales como vacaciones, sobresueldos, licencias, jubilación y pensiones, de allí que todo lo referente a la modalidad de servicios ad honorem, que restrinja el derechos a percibir salario, tiene interpretación restrictiva como reserva legal.

Por otro lado, el artículo 276, numeral 11 establece la potestad que tiene la Contraloría, de nombrar empleados en sus departamentos, refiriéndolos en

cargos o estructuras dentro de la Contraloría. Luego esa potestad nominadora no puede crear puestos administrativos no contenidos en la estructura legal de cargos, no puede crear modalidades ad honorem, de personas que no forman parte del engranaje estatal. Indudablemente, los textos constitucionales rechazan todo intento de crear y diferenciar modalidades de situaciones administrativas no contempladas en la ley.

La propia Ley Orgánica de la Contraloría, en sus literales m), ñ) del artículo 55, establecen lo siguiente:

“m) Asistir, conforme lo establecido en disposiciones especiales, a reuniones de las Juntas Directivas y demás corporaciones que gobiernan las entidades autónomas y semiautónomas.

Ñ) Las demás que le señalen las leyes y reglamentos.

Parágrafos: Con excepción de las funciones señaladas en los apartados a), d), f), i), y j) de este artículo; el Contralor General de la República podrá delegar sus atribuciones en otros funcionarios de la Contraloría.”

Lo correcto es que un servidor público sea vinculado y gestione con investidura regular dentro de sus funciones. La delegación no es un cargo público, sino un acto, en virtud del cual un funcionario confiere a un subalterno o inferior jerárquico, alguna de sus atribuciones a él asignadas por ley, de tal manera que el funcionario delegado, debe estar debidamente nombrado, dentro de la estructura orgánica de planta del funcionario público delegante y este acto de delegación debe estar expresamente autorizado por ley, ya que rige el principio de derecho que dice: “DELEGATA POTESTAS NON DELEGATUR” (las facultades o atribuciones otorgadas por ley no son delegables).

En conclusión, es opinión jurídica de la Caja, que dicho funcionario carece de competencia nominal para designar a dicho particular fuera de los procedimientos internos de selección y al margen de la estructura orgánica de la Contraloría General de la República.

Dictamen de la Procuraduría de la Administración

Antes de referirnos concretamente a la pregunta, consideramos oportuno definir algunos conceptos relativos al funcionario público o de empleado

público; funcionario ad honorem y su diferencia con el funcionario honorífico.

*"El concepto de funcionario público o empleado público no se caracteriza por la índole de la designación o la forma de ingresar a la Administración, aun cuando este es un punto esencial, se trata ante todo, por la realización o cumplimiento de funciones esenciales y específicas propias de la Administración Pública, o por la contribución a que tales funciones sean realizadas."*¹

Marienhof extrae una primera serie de elementos que concurren a caracterizar la definición de empleado público o funcionario público.

- a) Que el cargo debe ser ejercido "personalmente" por el funcionario o empleado.*
- b) La relación de función o de empleo público tiene lugar en la vida del funcionario o empleado.*
- c) La relación de función o empleo rige una vez se dé el nombramiento del mismo.*
- d) Lo atinente a la "duración" del ejercicio del cargo y a la "retribución" de tal ejercicio, a la forma de "ingreso" a la función pública, al carácter "voluntario" o no de tal ingreso, como el cumplimiento de las obligaciones para con la Administración Pública, son parte de esa relación directa de la función o de empleo público."*²

De lo anterior se extrae, que la relación del funcionario o empleado público está muy ligado al ejercicio de las funciones que ejerce dentro del engranaje público, es decir, el cumplimiento de tareas que vienen definidas previamente en la ley o en los reglamentos. Normalmente el funcionario o empleado público adquiere esa calidad por el acuerdo de voluntades que celebra con el Estado previamente. Lo importante es que esa relación viene

¹ WWW.eft.com.ar/doctrina/articulos/opiniones_juridicas/trabajo.htm. Gonzalo Oscar Cuartango. "El Empleo Público- A propósito de la Laboralización de las relaciones de empleo en que es parte la Administración Pública-" págs. 19-25.

² Marienhof cit por Gonzalo Oscar Cuartango. "El Empleo Público" p. 18

dada precisamente por lo que en la estructura administrativa se defina, en relación a la categorización de cada cargo, dependiendo de ese nivel se establecerán las correspondientes obligaciones.

La designación de funcionarios "*honorarios*", es en suma, una forma de estimular a los ciudadanos a que sus comportamientos sean dignos de reconocimientos por sus compatriotas contemporáneos. El funcionario "*ad honorem*" se diferencia del funcionario honorario, en que éste no tiene que realizar prestación alguna, ni percibe emolumentos en tanto que el "*ad honorem*", sin bien tampoco recibe remuneración, debe, en cambio, cumplir con algún cometido o trabajo, no obstante, este debe estar establecido en la ley.³

Sin el ánimo de extendernos en consideraciones doctrinarias, lo que debe resaltarse de la relación del funcionario público con la Administración Pública es el acuerdo de voluntades que estos celebran a través del nombramiento en un cargo, ya establecido en la estructura administrativa con la designación específica de sus tareas o atribuciones a realizar.

En cuanto a la propia categorización del funcionario ad – honorem, esta viene dada por la propia ley y ésta establecerá las condiciones del trabajo específico que deba desempeñar el funcionario. Empero ya debe existir esa relación con la administración, no es una relación nueva; en la cual pueden participar los propios funcionarios de la administración pública, cuando sean designados por la entidad pública bajo parámetros legales previamente definidos.

Los artículos 275 y 276 de la Constitución Política vigente, establecen claramente la estructura, organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República como ente estatal independiente. De igual manera los artículos 8 y 9 de la Ley 32 de 1984, disponen los sistemas de selección, promoción, clasificación de cargos, evaluación anual de desempeño, proceso disciplinario, estabilidad y demás temas inherentes a la carrera especial de los servidores públicos de la Contraloría General de la República.

Las normas antes citadas señalan, la forma de seleccionar o hacer ingresar a la organización administrativa a un funcionario, incluyendo dentro de las funciones del Contralor General de la República la de nombrar, sancionar, remover y cesar al personal de la institución, con arreglo a las disposiciones

³ Op. cit. Pág. 22

legales y reglamentarias pertinentes...” (Artículo 55 literal b, de la Ley 32 de 1984.) En consecuencia, esa potestad nominadora que tiene el Contralor, no puede crear puestos administrativos no contenidos en la estructura legal de cargos, al igual que otras modalidades ad honorem, de personas que no forman parte de la Institución. Indudablemente, los textos constitucionales rechazan todo intento de crear y diferenciar modalidades de situaciones administrativas no contempladas en la ley.

El artículo 300 de la Constitución Política preceptúa que la Ley regulará la estructura u organización de carreras públicas especiales. A través del Decreto N°.95 de 21 de octubre de 1987, se formalizó la carrera especial de los servidores públicos de la Contraloría General de la República, aplicándose supletoriamente la ley 9 de 1994 de Carrera Administrativa de acuerdo con el artículo 5, ello significa, que la administración de la Contraloría tiene fijada las condiciones de selección, promoción, clasificación y demás derechos y deberes de los servidores públicos de esa entidad.

Coincidimos con la entidad de seguridad social en cuanto, a que los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que la ley expresamente les autoriza; máxime en materia de delegación de funciones, toda vez que –por regla general- los **funcionarios están obligados a cumplir personalmente los deberes inherentes al cargo que ostentan** (Artículos 18 y 297 de la Constitución Política.)

A este respecto –que el poder de delegación no queda sujeto al arbitrio de los funcionarios, **sino ajustado a lo que la ley disponga** pareciera haber uniformidad en la doctrina nacional u extranjera. En efecto, García Trevijano señala que “la delegación de funciones es fundamental que esté prevista en una ley formal, de manera general o específica. (Cfr. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Edit. Revista de derecho Privado, Madrid, 1967, p.409).

Por su parte Sayagués Laso recalca que: “las normas que fijan competencias no pueden ser alteradas por quienes están llamados a ejercer los poderes que ellas acuerdan. **Su cumplimiento es una obligación, no una facultad**. Este es un principio básico del derecho público. De ahí, la improcedencia de cualquier delegación de potestades, salvo que medie autorización legal expresa. (Cfr. SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho administrativo. Tomo I, IV edición, 1974 p.192).

El Dr. César Quintero en esa línea de pensamiento, al referirse a las reglas de derecho administrativo comenta que: "ningún funcionario público puede delegar en otro o en otra persona, ninguna de sus funciones, ni partes de alguna de éstas, a menos que la ley lo autorice expresamente para ello. Y un principio de buena administración aconseja que las leyes sean parcas en esto de autorizar delegaciones administrativas, pues "sólo debe hacerse de manera especial."⁴

La Ley 32 de 1984, establece que la participación del señor Contralor General de la República, en la Juntas Directivas, Comités Ejecutivos u otros organismos superiores de entidades no es obligatoria ya que algunas leyes orgánicas señalan que el Contralor General podrá asistir a las sesiones de la Junta Directiva (artículo 55, literal m.) como era el caso del IPAT (art.10 Decreto-Ley 22 de 1960); del Banco Hipotecario Nacional (Ley 11 de 1956); Caja de Ahorros (Ley 87 de 1960) etc...

Tampoco existía uniformidad en cuanto al funcionario que había de representar al Contralor General en sus ausencias a estas reuniones, puesto que algunas leyes establecían expresamente que las ausencias del Contralor General serían cubiertas por el Sub-contralor, tal como lo preceptúa el artículo 57, literal a) de la Ley 32 de 1984, no obstante en el literal c) taxativamente señala dentro de las funciones del Sub-contralor la de: "asistir, en reemplazo del Contralor General, a las sesiones de la Asamblea Legislativa, del Consejo de Gabinete y de ***las Juntas Directivas*** y demás corporaciones que gobiernan las entidades públicas descentralizadas, en ausencia del Contralor o por instrucciones de éste..."

Ahora bien, el artículo 78 de la Ley 32 de 1984, dispone que en toda Junta Directiva, comité ejecutivo, consejo directivo, y, en general, en toda corporación ***que tenga a su cargo la administración o el manejo de fondos o bienes públicos*** habrá un "***representante de la Contraloría General de la República***" designado por el Contralor General, quien asistirá con derecho a voz en las sesiones que celebren tales organismos.

Como podemos apreciar, la norma preceptúa que un representante designado por el Contralor General de la República lo asista en las sesiones ante la Junta Directiva de la Caja del Seguro Social con derecho a voz, empero esta norma no puede analizarse separadamente del artículo 12-A de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, toda vez que el parágrafo 3, de

⁴ QUINTERO, César A. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p.170.

esa disposición enfatiza que “el Contralor General de la República o en su lugar el Sub-contralor General, o el funcionario que aquél designe, *podrá asistir a las sesiones de la Junta Directiva con las mismas prerrogativas de los otros directores, pero sin derecho a voto.*”

En virtud de lo anterior, el legislador dispuso en su artículo 78 de la Ley 34 de 1984 que en toda Junta Directiva, comité, consejo ejecutivo consejo directivo y, en general, en toda corporación que tenga a cargo **la administración o el manejo de fondos o bienes públicos** haya un representante de la Contraloría General de la República designado por el Contralor.... No obstante, el representante que lo asista a estas reuniones no necesariamente es el Sub-contralor, aunque a nuestro juicio es la persona indicada, pues es quien reemplaza al Contralor durante sus ausencias temporales o accidentales en conformidad con el literal a) del artículo 57 de la ley 32 de 1984, **pues** el Contralor General de la República está facultado para delegar esta atribución “**en otro funcionario de la Contraloría**”, con fundamento en el artículo 55 literal m) de la Ley 32 in situ y el artículo 12-A de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social. Ello se justifica, como bien apunta García Oviedo, por “exceso de trabajo en ciertos sectores de autoridad, dificultades de traslado de lugar para la realización de funciones fuera de la residencia del órgano titular, o por la índole misma del actor.”⁵

Retomando lo antes expuesto, se entiende que quien deba representar al Contralor General de la República, o a quien éste designe debe ser un funcionario de la Contraloría General de la República, debidamente nombrado, precisamente por el alto nivel de responsabilidad de las funciones que aquél realiza en los diferentes sectores de la administración pública, para que asista a las secciones de la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social. Es importante recordar, que no es cualquier persona quien debe asistir con derecho a voz a estas reuniones, la norma es clara y no se desatenderá su contenido literal so pretexto de interpretar su espíritu, por consiguiente, quien represente al Contralor o en quien se delegue esa representación debe ser un funcionario de cierta jerarquía dentro de esa Institución.

La Ley Orgánica de la Caja del Seguro Social (Ley 30 de 26 de diciembre de 1991) y la Ley 32 de 1984, son específicas al señalar que quien represente al Contralor General de la República sea un funcionario de la Contraloría General de la República; las disposiciones legales que así lo prescriben, en

⁵ GARCÍA OVIEDO, Carlos de, Tratado de Derecho administrativo. II edición, España, 1948. pág 298).

ninguna parte dispone otra representación o modalidad, aun cuando este despacho, es de opinión que quien debe representar al Contralor en esas sesiones es el Sub-contralor, y de no ser este último, deberá recaer en un funcionario público nombrado por esa entidad con la experiencia y responsabilidad que implica dicha representación, quien por disposición de la ley, sólo participará con derecho a voz.

Con la pretensión de haber, aclarado su interesante inquietud, me suscribo de usted, atentamente.

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/20/hf.