

19 de enero de 1996,

Señor
JOSE ALVARO ALBA
Secretario General
Asociación de Empleados del
Ministerio de Hacienda y Tesoro
E.S.D.

Estimado señor:

Acuso recibo de su respetuosa Nota de 22 de noviembre del año pasado recibida en este Despacho el 12 de diciembre, a través de la cual me hace dos interrogantes cuyo texto es el siguiente:

"1. ¿Que artículos de la Ley 9 del 20 de junio de 1994, se encuentran vigentes para todos los servidores públicos, independientemente de que aún no hallan (sic) ingresado a la Carrera Administrativa?

2. ¿Si nuestra Institución podría confeccionar y poner en práctica, hasta que nos incorporemos formalmente a la Carrera Administrativa, un reglamento interno que sirva para regular las relaciones laborales y para la mejor administración del recurso humano, sin violar lo dispuesto en los Artículos 297 y 300 de la Constitución Nacional?"

Ante todo es preciso señalarle que este Despacho ejerce la función de asesoría a los servidores públicos administrativos que consulten nuestro parecer en torno a determinada interpretación de la Ley o el procedimiento a seguir, conforme el artículo 101 de la Ley 135 de 1943, Orgánica de lo Contencioso Administrativo, vinculado con los artículos 348, numeral 4 y 346, numeral 6, ambos del Código Judicial. Esta última norma, además de exigir que sea un servidor administrativo el que formule la consulta, requiere que la solicitud se acompañe del criterio jurídico del departamento o asesor de la Institución sobre el punto objeto de consulta. Sin embargo, por la importancia e interés que reviste el asunto sometido a nuestra consideración, le expondremos nuestra opinión acerca del mismo.

Antes de responder los temas sujetos a opinión, debemos anotar que el régimen de Carrera Administrativa promulgado mediante Ley 9, de 20 de junio de 1994, desarrolla el Título XI de la Constitución Política, sobre los servidores públicos, capítulo primero hasta el cuarto, a fin de regular en forma científica y conforme a patrones objetivos, la administración de los recursos humanos que laboran en el sector públicos.

La nueva Ley de Carrera Administrativa trata de poner de relieve el mérito para lograr el ingreso y ascenso de los servidores públicos dentro de la Administración, esencialmente los de esta carrera, personas en quienes debe concurrir requisitos de idoneidad, competencia, lealtad, honestidad y moralidad.

En esta línea de pensamiento, la Carta Política contiene claras orientaciones en cuanto en su artículo 297 preceptúa lo siguiente:

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

Por otra parte, el "mejor servicio público" se busca por medio de esta nueva regulación, previendo de la Ley los fundamentos o principios jurídicos en que se basa la misma y, a la vez, la orientan. Consigna un nutrido glosario como útil herramienta al servicio de la interpretación auténtica. Asimismo, se extiende como fuente supletoria de derecho para las demás carreras públicas instituidas constitucionalmente y las establecidas en Leyes especiales.

Pese a lo reseñado, existe un programa secuencial de ejecución alusivo al ingreso de las diferentes entidades públicas al sistema de Carrera Administrativa; lo mismo que la necesaria conformación de los llamados "órganos Superiores de la Carrera Administrativa", que viabilicen la puesta en práctica del sistema de carrera creado por la Ley 9.

Un punto que debemos destacar es que los servidores públicos no sólo tienen deberes que cumplir, sino que en su haber se han de

consagrar una serie de correctivos derechos que compensen adecuadamente las labores que ejercen en función pública. De esta guisa, la estabilidad en el cargo viene a colación, porque precisamente, ha sido uno de los derechos mayormente discutidos a favor del funcionario público panameño en ausencia de una Ley de Carrera que le garantice la misma o bien, de Ley especial que se la otorgará. Ahora, la nueva regulación establece una clasificación del funcinariado público al tiempo que define el concepto "servidor público"; dicha nomenclatura distingue a los servidores del Estado en: Servidores públicos de carrera, servidores públicos de carrera administrativa y servidoras públicas que no son de carrera. Se hace, también, una explicación de cada uno de estos rubros.

Volviendo al tema de la estabilidad nos parece pertinente hacer eco de la opinión jurisprudencial del Consejo de Estado Colombiano, máximo tribunal jurisdiccional administrativo de aquel hermano país, el cual a través de la Sala de lo Contencioso Administrativo, arguyó juicios de valía en relación con los fines de la Carrera Administrativa en Colombia. Y la noción de estabilidad del empleado público. Veamos:

"La carrera administrativa no tiene como objetivo principal la estabilidad de los funcionarios. Pretende organizar una administración pública que sirva eficientemente los intereses de la comunidad. Elemento esencial de la significación administrativa es el dotarla de un personal capacitado, honesto y estable. La carrera administrativa es un elemento para alcanzar esta finalidad, necesaria el buen funcionamiento de la administración es el que está comprometido el interés general. La estabilidad de los funcionarios es complementaria a una escuela de un proceso técnico que busca la productividad del servicio público deseable igualmente en cuanto ofrece seguridad en el empleo a un importante grupo social. Pero debe invertirse el orden de los valores; primero está el interés general de la comunidad, y después el interés particular de los grupos o clases sociales por importantes que estos sean. Lo primordial es la eficiencia administrativa, lo secundario la estabilidad del empleado que se establece en cuanto es útil a aquella". (Ofr. Sentencia de 12 de diciembre de 1966, cit. por JORGE RIVERA, Domingo. Régimen Legal de los Empleados

4
Oficiales en Colombia, 3ª ed. actualizada.
Edit. Temis, Bogotá, 1989, p. 345".

Ciertamente, el interés general, o sea, el de la colectividad prima respecto de todo interés particular. De otro lado, como dijimos al principio, el mejor servicio público es lo que se pretende, entre otros objetivos apreciables expresados en el artículo 3 de la Ley de Carrera.

Luego de hechas las anteriores anotaciones, en respuesta a la primera interrogante le indicamos que la Ley de Carrera Administrativa entró a regir desde el día en que apareció publicada en el Periódico Oficial, esto es, desde el martes 21 de junio de 1994 (G.O:N922.562), debido a que como bien indica la Constitución Política, toda Ley comenzará a regir desde su promulgación, salvo que ella misma establezca que rige a partir de una fecha posterior (Ver art. 167). Queda claro, pues, que la vigencia de las Leyes en nuestro derecho viene condicionada constitucionalmente, inclusive el Constituyente, mediante reserva legal, ha permitido que la propia Ley establezca dentro de su preceptiva la vacancia legislativa, que significa que ella puede entrar en vigencia a partir de una fecha posterior a la de su promulgación.

La validez formal o vigencia de la Ley hay que diferenciarla de la eficacia o cumplimiento de la misma en la práctica. Es por ello que el expositor brasileño Miguel REALES, al abordar tal distinción, nos enseña:

"La validez técnico-jurídica o vigencia "es la capacidad compulsora de ejecución propia de una norma jurídica que ha cumplido, en su elaboración, los requisitos esenciales que se exigen para que sea Derecho." (REALES, Miguel. Introducción al Derecho, 6ª ed., Ediciones Pirámide, S.A.)."

De esta forma surge la interrogante: ¿Cuáles son estos requisitos?, cuestionamiento que el propio REALE responde señalando que radican en:

1. La legitimidad del órgano del cual emana la norma jurídica o Ley. En el presente estudio, hablamos de la Asamblea Legislativa, ante capas de obligar coercitivamente a los ciudadanos. Esto también puede ser denominado competencia subjetiva, porque atiene al sujeto u órgano del cual emana la Ley.

2. La competencia "ratione materiae" o por razón de la materia. No hay duda de que la Asamblea Legislativa tiene competencia para dictar la Ley de Carrera Administrativa, así como

las otras carreras previstas en la Constitución o que bien pueden ser creadas mediante Leyes especiales. Esta es la competencia objetiva que se encuentra a nivel constitucional en el artículo 153, numeral 13 "in fine".

3. La legitimidad del procedimiento. Significa que el proceso parlamentario de aprobación de las Leyes debe darse conforme al debido procedimiento, también establecido constitucionalmente en el Título V, Capítulo 2º (Formación de las Leyes). En palabras de REALE, este punto atañe a que es preciso "...llevar a cabo los actos legislativos según los cauces legales" (*Op cit.*), p.98.

Es un hecho notorio que en el caso de la Ley 9, de 20 de junio de 1994, se han cumplido, a cabalidad, con tales requisitos doctrinales y que son acogidos por nuestro derecho positivo, de allí que dicha Ley cuenta con validez formal o vigencia.

La efectividad o eficacia de la Ley se refiere a la aplicación o ejecución de la norma jurídica. Es la norma vista desde la perspectiva de su cumplimiento. El Derecho auténtico, según nos explica el mismo autor, además de estar declarado como tal, es también reconocido: es vivido por la sociedad como algo que se incorpora y se integra a su manera de conducirse. La norma jurídica debe ser, pues, formalmente válida y socialmente eficaz. (*Ibidem*, p.99).

Aquí, si nos encontramos con una situación problemática, en la medida que esta Ley, en un número plural de supuestos, condiciona la efectividad o cumplimiento de los derechos establecidos en ella a la dictación de una reglamentación por parte del organismo ejecutivo y normativo de la Carrera Administrativa, cual es la Dirección General de Carrera Administrativa, adscrita al Presidente de la República. Dicho ente, en conjunto con la Junta Técnica de Carrera Administrativa y las Oficinas Institucionales de Recursos Humanos, constituyen, según la Ley, los órganos Superiores que han de darle cumplimiento a la Ley, pues tienen la función de reglamentar, servir de cuerpo consultivo y asesor en cuanto a las políticas de recursos humanos del Estado, implementar el procedimiento y soluciones de conflictos laborales, efectuar los trámites en cuanto a los accidentes laborales y enfermedades ocupacionales, en coordinación con la Caja de Seguro Social, entre muchas más detalladas atribuciones.

Sin la conformación de estas entidades no puede aplicarse la Ley, debido a la carencia de los requisitos de operatividad que ella misma manda sean creados.

De esto resulta que el programa secuencial destinado a cumplirse o, en otras palabras, el cronograma de la Ley previsto

para la incorporación de los diversos niveles funcionales e instituciones de la Administración Pública a la Carrera Administrativa está indicando, hasta este momento, un desfase para la incorporación indicada (Ver art. 198 de la Ley).

Sin embargo, podemos advertir que no todos los derechos y disposiciones jurídicas de la Ley comentada se encuentran en suspenso por la ausencia de los organismos directivos que pongan a andar el engranaje. Y es que, si bien es cierto, no existen "en la actualidad" funcionarios públicos de Carrera Administrativa, recordemos que la Ley desarrolla todo el Título XI de la Constitución Política, que en manera alguna podríamos decir que sólo se refiere a los de Carrera Administrativa. Este Título constitucional abarca a los servidores públicos en general, y la Ley 9 alude "especialmente" a los de la Carrera Administrativa, pero sin excluir a los demás funcionarios públicos, incluso a los de otras Carreras Públicas (No olvidemos que de acuerdo a la noción de Carrera Administrativa que contiene la Ley, y el artículo 5 de la misma, se remarca la función supletoria destinada a cumplir la Ley de Carrera Administrativa).

La anotación anterior nos permite aseverar que el estar la Ley vigente, los derechos en ella consignados que no están sujetos a reglamentación por la Dirección General de Carrera Administrativa o, mejor dicho, cuya eficacia no está condicionada a la expedición de un reglamento que lo desarrolle y que concierne a todos los funcionarios públicos, han de aplicarse. Consiguientemente el cuestionamiento que surge es que si, por ejemplo, el derecho a percibir y reconocer vacaciones proporcionales a los servidores públicos es un derecho exclusivo de los servidores públicos de carrera administrativa o se extiende a los funcionarios públicos en general?.

Sobre el particular debemos consultar el Título VI de la Ley 9, abarcador de los derechos, deberes, prohibiciones y régimen jurídico aplicables a los funcionarios públicos; el cual en el Capítulo I, en relación a los "Derechos", señala:

"Artículo 135. Los servidores públicos en general tendrán derecho a:

1. ...
2. Tomar o disfrutar del descanso anual remunerado y vacaciones proporcionales;"
(Subrayas nuestras).

Se observa que este es un derecho concebido por la Ley en términos generales y por tanto extendible a todos los funcionarios públicos, aunque no sean de Carrera; empero hay, que hacer la

salvedad que en cuanto una Ley especial de Carrera prohíba el pago de vacaciones proporcionales a los funcionarios regidos por ella, no podría aplicarse supletoriamente la Ley 9; sólo en ausencia de disposición legal que regule la materia se aplicaría la subsidiariedad.

Entre tanto el artículo 135 pretranscrito tiene que complementarse con el artículo 96 acápite final de la Ley 9, porque este último dispone el término en que el Estado deberá cancelar las vacaciones proporcionales a la persona que se retira de la función pública.

Reseñamos que la Ley 9, de 20 de junio de 1994, no tiene efectos retroactivos, por lo que el derecho de vacaciones proporcionales se causa desde el día en que se promulgó la Ley de marras e incluye, obviamente, a favor de los servidores públicos que se retiren del servicio público con posterioridad al 21 de junio de 1994. En cuanto al cómputo, éste opera a razón de un día de sueldo por cada once días efectivamente laborados (Ver art. 94 de la Ley).

Esta opinión es sin perjuicio de lo que este Despacho anteriormente ha esbozado en torno a la aplicación de la Ley de Carrera, porque hay que tener presente, sobre todo, que es necesario que se integren o conformen los órganos que tienen legalmente la misión de ejecutar la Ley. Tal es el caso de la Junta Técnica Provisional que ya cumplió su cometido y el reciente nombramiento, mediante Decreto suscrito por el Presidente de la República, de los miembros de la Junta Técnica por un período de cuatro años.

Con respecto a la segunda interrogante, sobre la viabilidad de crear un reglamento sin transgredir los artículos 297 y 300 de la Constitución, hay que hacer mención de la tesis jurisprudencial sostenida por la Corte Suprema de Justicia, principalmente el Pleno y la Sala Tercera de la Máxima Corporación Judicial de la República.

Ambos cuerpos colegiados, se oponen a que, por vía de un instrumento jurídico con rango inferior a la Ley, se reglamenten y dispongan materias tales como los derechos y deberes de los servidores públicos, siguiendo el precepto inserto en el artículo 297 constitucional. Tan es así que el Pleno ha declarado inconstitucionales varios reglamentos que regían en algunas instituciones públicas como, por ejemplo, Ministerio de Hacienda y Tesoro, Ministerio de Gobierno y Justicia y recientemente el Resuelto N.º. 767, de 10 de junio de 1970, que regía en el Ministerio de Salud y que también fuera adoptado por la Caja de Seguro Social, según Resolución N.º. 768, de 16 de marzo de 1977 (Cfr. Sentencia de

23 de noviembre de 1995).

Vistas así las cosas, y teniendo en cuenta que el texto constitucional exige que sea la Ley formal el instrumento que norme lo atinente a las carreras públicas, es difícil recomendar que se regule estos rubros al margen de la Ley. Esta opinión se desprende, incluso, del fallo de 6 de julio de 1993 dictado por el Pleno que declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo N.º.171, de 22 de junio de 1992, que establecía el Reglamento de Personal del Ministerio de Gobierno y Justicia. Parte de las motivaciones de dicho pronunciamiento exponen lo que literalmente se expone:

"... un reglamento interno de un Ministerio del Estado o cualquiera otra entidad oficial, no puede establecer normas sobre deberes y derechos de los servidores públicos, ni sobre nombramientos, ascensos, suspensiones, traslados, destituciones, cesantía y jubilaciones ya que estos principios sólo pueden ser desarrollados por ley, por ser propios de las carreras públicas, como la carrera administrativa, la judicial, docente, diplomática y consular, sanitaria y militar, y las otras carreras que determine la ley.

Este argumento se añade y consolida a aquel que ya fue expuesto, y que consiste en que se instalen los órganos que tienen que poner en movimiento el engranaje de carrera administrativa, en especial la Dirección General de Carrera Administrativa, que según definición, es el organismo normativo y ejecutivo de la tantas veces mencionada Ley.

Es mejor esperar a que se cumpla la Ley de Carrera, ya que en ese camino se están dando pasos por parte del Gobierno Nacional. Mientras tanto, es pertinente también recomendar que las autoridades del Ministerio de Hacienda y Tesoro hagan uso razonable de la potestad discrecional que tienen a su haber, ya que la discrecionalidad no debe confundirse con arbitrariedad, y ello ya lo hemos expuesto, v. gr., Consulta 182, de 1 de septiembre de 1993, absuelta la entonces Directora General de Correos y Telégrafos en la que afirmamos, siguiendo la doctrina, que la arbitrariedad es un:

"Acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado sólo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno". (Cfr. OSSORIO Y FLORIT, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas y Sociales, Edit, Heliasta, S.R.L., Buenos Aires, 1974).

Mientras que "Discrecionalidad no es sinónimo de 'arbitrariedad'... Al ejercer las facultades discrecionales la Administración no puede decidir y actuar caprichosamente, porque en definitiva -señala Sayagués Laso- la discrecionalidad es sólo la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción administrativa, dentro de lo razonable. Quiere decir, que hay discrecionalidad cuando la Administración puede decidir, según su leal saber y entender, si debe o no actuar y, en caso afirmativo, en qué forma" (Cfr. FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio. Diccionario de Derecho Público, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1981, pp.8 y 9).

De lo pretranscrito resulta una diferencia lúcida entre ambos conceptos y un comportamiento del mismo modo que asegure efectividad y disciplina en la conducción del personal de la Institución".

La aparente inexistencia de normas que pueden suplir el Reglamento derogado del Ministerio de Hacienda y Tesoro, no es tan real, ni la ausencia de una Carrera Administrativa. La inexistencia de estos instrumentos legales no pueden servir de soporte a la anarquía administrativa y frente a la ejecución de actos contrarios al deber público de los servidores estatales, debe aplicarse sin recelo alguno, las medidas disciplinarias y correctivas que impiden las actuaciones adversas a la moralidad, lealtad y eficiencia del servidor público, incluyendo la destitución de quienes no logren entender que tienen responsabilidades como servidores públicos y que el no cumplimiento de las mismas conllevan sanciones para el infractor.

El Código Administrativo tiene normas de carácter general que pueden ser aplicadas en cualquier oficina pública (ver art. 795, 796, 798, 803 y 847), los cuales en una debida interpretación y aplicación dan las pautas a cualquier jefe de despacho para tomar las medidas cónsonas con la conducta de sus subalternos.

La propia Constitución, en su artículo 295, impone como reglas para ser incorporadas en cualquiera de las Carreras Públicas las que definen la competencia, lealtad y moralidad del servidor público, y es en ese sentido que desarrollan los artículos del Código Administrativo la labor del funcionario de la Administración

Pública, entre tanto se logre la eficacia de la Ley de Carrera Administrativa.

Esperando haber absuelto adecuadamente sus dos interesantes cuestionamientos, quedo de usted, atentamente,

DR. JOSE JUAN CEBALLOS HIJO
Procurador de la Administración
Suplente.

JJC/17/hf.