



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 25 de octubre de 2019
C-110-19

Licenciado
Roy Torres
Director de la Oficina de Asesoría Legal
Ministerio de Vivienda y Ordenamiento
Territorial (MIVIOT)
Ciudad.-

Ref.: Opinión sobre la categoría de Servidor Público al profesional que mantiene un contrato de Asesor Externo.

Señor Director:

Por este medio damos respuesta a su Nota N° 14-006-5397-2019 de 4 de octubre de 2019, recibida en esta Procuraduría el día 9 de octubre del mismo año, por medio de la cual solicita nuestra opinión legal con relación a la existencia o no de categoría de Servidor Público al profesional que mantiene un contrato de Asesor Externo.

Sobre la base de nuestras atribuciones constitucionales y legales de vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos, cuidar que todos desempeñen cumplidamente sus deberes y servir de consejeros jurídicos de los funcionarios administrativos, somos del criterio de que si el asesor externo brinda servicios a través de un Contrato de Servicios Profesionales no puede considerársele servidor público, ya que se trata de un contrato de servicios que debe regirse por las normas de contratación pública y lo convierte en un proveedor del Estado, sin sujeción económica ni subordinación jurídica. Sin embargo, un cronograma de actividades, un plazo determinado (en horas) para prestar el servicio y las asignaciones para lo cual se le contrató, deben formar parte integral del contrato, evitando así que sea ilusorio, lesivo a los fondos de la entidad, y siempre que no se tengan cargos similares en la estructura de puestos de la institución.

Nuestro criterio, previamente esbozado, se cifiene a las normas contenidas en nuestro Derecho Positivo y consideraciones, que pasamos a detallar.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 299 de la Constitución Política y el artículo 278 de la Ley 67 de 13 de diciembre de 2018, que dicta el Presupuesto General del Estado para la vigencia fiscal de 2019, las personas que son contratadas para prestar servicios profesionales no son consideradas servidores públicos. Tales normas son del contenido siguiente:

Constitución Política:

“Artículo 299. Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de

los Municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado”. (El resaltado es nuestro).

Artículo 278 de la Ley 67 de 13 de diciembre de 2018:

“**ARTÍCULO 278. Servicios especiales.** Los servicios especiales comprenden los servicios prestados por profesionales, técnicos o personas naturales que no son empleados públicos, siempre que no se tengan cargos similares en la estructura de puestos de la entidad. Se podrá cargar a esta partida la contratación de funcionarios, cuando éstos obtengan licencia sin sueldo de la institución donde laboran y los servicios sean prestados en una institución distinta a la que concede la licencia.

Corresponderá a la Contraloría General de la República la verificación y el control de la dualidad e incompatibilidad para el ejercicio de dicha contratación. Se entiende que no existe dualidad cuando el contratista sea pagado a través del Objeto de Gasto 172 y labore en el Sector Privado.

Los honorarios mensuales para este tipo de contratación no excederán el monto equivalente de tres mil balboas (B/3,000.00) mensuales, y la autorización se otorgará de acuerdo con el detalle incluido en el Presupuesto General del Estado. Los contratos que por la calidad del servicio excedan el monto establecido, deberán contar con la autorización del Órgano Ejecutivo. Se excluyen de esta norma el Órgano Legislativo y el Órgano Judicial, cuyo monto y condiciones deberán establecerse mediante documento legal interno y enviar el detalle de la estructura al Ministerio de Economía y Finanzas. Dichas contrataciones tendrán que reflejar la información siguiente: tipo de servicio especial requerido, número de meses y monto de la cuantía mensual y total, y disponibilidad presupuestaria para cubrir las contribuciones a la seguridad social.

Los pagos de estos honorarios se podrán hacer mensualmente o en forma parcial contra informe de avance, y el pago final contra la aprobación del producto final de los servicios contratados, de acuerdo con la plantilla de Estructura de Puestos, previamente autorizada y registrada por el Ministerio de Economía y Finanzas.

PARÁGRAFO: Los contratos por servicios especiales requerirán la autorización e incorporación en el sistema de registro presupuestario bajo la administración del Ministerio de Economía y Finanzas. Se remitirá constancia de estos registros a la Comisión de Presupuesto de la Asamblea Nacional y a la Contraloría General de la República para su incorporación a la planilla correspondiente.” (El resaltado y subrayado es nuestro).

Como puede observarse de las normas transcritas, para ser servidor público se requiere, entre otros requisitos, un nombramiento temporal o permanente en un organismo oficial, situación distinta en aquellos casos en que las personas sean contratadas por servicios profesionales por una entidad pública (servicio especial), cuyo fin es atender un requerimiento técnico que demanda una institución gubernamental, cuando la misma no contempla dentro de su estructura de puestos, un cargo similar al que se pretende contratar, y que sería pactado en número de meses, comprendidos en una vigencia fiscal determinada.

Sobre la contratación por Servicios Especiales, este Despacho ha señalado, en consultas anteriores¹, que la relación laboral existente entre el particular y la Administración Pública, se enmarca en la prestación o satisfacción de un servicio público. Así, el personal contratado bajo servicios especiales es un personal que entra a la Administración a prestar un servicio público que complementa la plantilla de estructura de puestos, en razón de la carencia del puesto o cargo no contemplado en la estructura; y se realiza a través de un contrato de naturaleza especial de Derecho Público, celebrado entre un ente público y un particular o un funcionario público, para la prestación de un servicio público, en un cargo o puesto que, al no estar contenido en la estructura de puestos, debe ser complementario a la planilla institucional.

Ahora bien, la relación contractual entre ambas partes crea derechos y obligaciones para el contratado, quien al recibir una remuneración, está sujeto a un horario, obligado a cumplir las normas administrativas que regulan dicha entidad pública y será sujeto a cualquier otra norma especial aplicable, dependiendo del caso y conforme se haya pactado en el Contrato.

En este sentido, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en Resolución de 6 de agosto de 2014,² señaló lo siguiente:

“... ”

Así por ejemplo es evidente que al celebrar una contratación con el Estado, el particular se ve inmerso en una gama de responsabilidades y supervisiones, como son un control previo y control posterior en la Contraloría General de la República, una licitación pública, transparencia, publicidad, así como cualquier cláusula que sea establecida en el contrato, o pliego de peticiones, pero esos son requisitos y condiciones a las que se someten las personas naturales y jurídicas que negocien con el Estado, y esas obligaciones o condiciones que deben cumplir no los convierten en servidores públicos.

Lo anterior obedece a que un contrato público consiste en "un acuerdo de voluntades, celebrando conforme a Derecho, entre dos entidades estatales o un ente estatal en ejercicio de la función administrativa y un particular, sea persona natural o jurídica o consorcio o asociación accidental, nacional o extranjero, del cual surgen derechos y obligaciones para ambas partes y cuya finalidad es de carácter público" (Cfr. Artículo 2, numeral 17 del Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006).

...

En ese sentido, a juicio del Pleno no se debe confundir la calidad de servidor público con el hecho de que la persona desempeñe una actividad que guarde relación con las funciones de administrar justicia..., o con aquellas personas naturales o jurídicas que hayan celebrado con el Estado contrato de arrendamiento, concesión, desarrollo de construcciones o servicios.

De allí que, la definición de servidor público incluida en el artículo 123 (sic) numeral 103, el párrafo que incluye a los particulares que manejen fondos o que celebren contrataciones públicas en fin cualquier particular que tenga relación con el Estado, colisione con la definición que establece la Constitución

¹ Consulta No. 74-16 de 18 de julio de 2016, absuelta al Instituto Conmemorativo Gorgas de Estudios de la Salud.

² Acción de Inconstitucionalidad promovida por el Licdo. Samuel Quintero Martínez, en su propio nombre, contra el numeral 103 del artículo 210 (sic) de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones especiales.

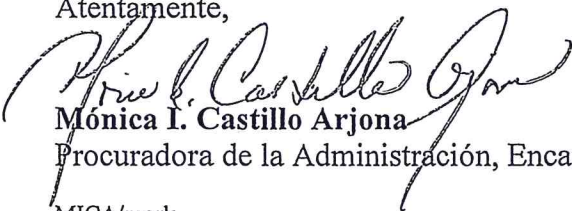
Nacional, de servidor público, porque como hemos venido expresando estos son nombrados por el Estado y, prestan un servicio por el cual recibe una remuneración y un particular que maneje fondos o que celebre contratos con el Estado no es un servidor público, no está nombrado en ningún cargo público, ni forma parte de la planilla estatal.” (El resaltado es nuestro).

De lo anterior se infiere con meridiana claridad, que aquellas personas contratadas por servicios profesionales (Consultoría) en una entidad pública, aun cuando ejercen una función pública, no son servidores públicos puesto que el contrato por el cual se da la relación es de naturaleza especial de Derecho Público, celebrado entre un ente público y un particular; que no deriva relaciones obreros patronales, no tiene condiciones de subordinación jurídica, jerárquica ni dependencia económica.

Ahora bien, en los términos en que se ha elevado la consulta que nos ocupa, este Despacho no puede precisar si la contratación se dio por servicios especiales o consultoría (en cuyo defecto sería aplicable el contenido del Texto Único de la Ley N° 22 de 27 de junio de 2006, que regula la contratación pública, ordenado por la Ley 61 de 2017). No obstante, es menester indicar que, cualesquiera que fueren los precitados escenarios, la entidad contratante está llamada a cumplir con las normas contenidas en la Ley de Presupuesto Vigente y en el Manual del Gasto Público.

En conclusión, este Despacho es del criterio que si el asesor externo brinda servicios a través de un Contrato de Servicios Profesionales no puede considerársele servidor público, ya que se trata de un contrato de servicios que debe registrarse por las normas de contratación pública y lo convierte en un proveedor del Estado, sin sujeción económica ni subordinación jurídica. Sin embargo, un cronograma de actividades, un plazo determinado (en horas) para prestar el servicio y las asignaciones para lo cual se le contrató, deben formar parte integral del contrato, evitando así que sea ilusorio, lesivo a los fondos de la entidad, y siempre que no se tengan cargos similares en la estructura de puestos de la institución.

Atentamente,


Mónica I. Castillo Arjona
Procuradora de la Administración, Encargada
MICA/mork

