

Panamá, 4 de septiembre de 2000.

Licenciado

Waldo Arrocha Rodríguez

Gerente General y Representante Legal del
Banco Hipotecario Nacional.

E. S. D.

Señor Director Nacional:

Damos respuesta a su Nota identificada 2000 (2000-01) 849, de fecha 10 de julio de 2000, recibida el 20 de julio de 2000 pasado; en la cual solicita nuestra opinión legal con relación a la interrogante que a continuación pasamos a transcribir, referente al reconocimiento del derecho a viáticos a funcionarios de la Junta Directiva del Banco Hipotecario Nacional.

1. ¿Si un miembro de la Junta Directiva (Director) concurre a un seminario, conferencia u otros actos en el exterior, sin ser designado por el Banco Hipotecario Nacional, a través de su Junta Directiva, tiene derecho a viáticos?
2. ¿En caso de que los miembros de la Junta Directiva provenientes del sector privado tengan derecho a viáticos deben cumplir con los requisitos de solicitud de viáticos correspondientes a cualquier empleado público o tienen un tratamiento especial? Y entre los requisitos están:
 - a) Mediante Resolución de Gerencia se designa al funcionario que asistirá al evento;
 - b) Presentar al Ministro de la Presidencia. La petición de autorización con no menos de quince (15) días de antelación a la fecha de partida. Según lo establece el artículo 175 de la Ley 61 de 31 de diciembre de 1999.
3. ¿Los Directores de la Junta Directiva del Banco Hipotecario

Nacional que representen al sector privado podrán ser considerados servidores públicos?

Cuestión de derecho por abordar.

Para informar mi opinión abordaré los siguientes temas:

- 1) La condición genérica de servidor público, y la especificidad de ser funcionario.
- 2) Los viáticos como derecho de los funcionarios.

La condición genérica de servidor público, y la especificidad de ser funcionario.

Hoy en día se debe tener presente que una persona puede realizar un servicio público, sin necesariamente estar regido por el régimen jurídico de los funcionarios público o bien puede ser realizado por personas naturales o empresas privadas, que colaboran de forma interesada o desinteresada, con las instituciones oficiales, con el fin de lograr una finalidad pública. Es el caso de los concesionarios de servicios públicos de suministro de energía eléctrica, de telecomunicaciones, etc. O como en el caso bajo estudio, en donde el servicio está relacionado con la función de los miembros de la Junta Directiva del Banco Hipotecario Nacional. El servicio consiste en participar en la planeación y gestión organizativa de una empresa de nítido contenido social, como lo es El Banco que en Panamá, responsable de los programas de vivienda de interés social¹.

En ese supuesto las personas participan como colaboradores en la prestación de un servicio no sometidos a horarios, o a honorarios específicos, sino por una retribución correspondiente a la labor realizada en cada sesión o momento de ocurrencia de las reuniones de trabajo. En síntesis los integrantes de los cuerpos colegiados, juntas directivas, en representación del sector privado, son agentes accidentales, aunque no dejan de ser servidores públicos, en sentido lato, pero a modo ocasional, y por ello no regidos ni amparados por el régimen común de los funcionarios. Es decir, no son agentes públicos en propiedad ni personal contratado de la Administración².

¹ Ver el contenido normativo del artículo primero (1) de la Ley 10 de 25 de enero de 1973, publicada en la Gaceta Oficial número 17. 276 de 2 de febrero de 1973, página 7; modificado por el artículo 2 de la Ley 39 de 8 de noviembre de 1984, publicada en la Gaceta Oficial número 20. de 19 de noviembre de 1984.

² En este sentido confrontar con la posición doctrinal del autor argentino Agustín Gordillo quien sostiene: "Mención aparte merece el caso de los particulares llamados a integrar cuerpos colegiados en representación del sector privado: aunque esa función sea remunerada, no existe otro vínculo que el que determina el derecho político de los cuerpos parlamentarios. No son agentes públicos ni personal contratado de la Administración". (Gordillo, Agustín., Tratado de Derecho Administrativo., Tomo I., 5° edición., 1998., pagina X III.10)

Sobre estos agentes designados que representan el sector privado como miembros de las Juntas Directivas que son investidas por el Poder Ejecutivo para que temporalmente ejerzan una función pública, el profesor colombiano y ex-magistrado del Consejo General de Estado de Colombia, afirma que "las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieren su representación en las juntas directivas de las entidades descentralizadas y en general los miembros de juntas, consejos o comisiones, no tienen por ese solo hecho el carácter de empleados y se regirán por las normas especiales que se dicten para ellos³". (Subraya la Procuraduría de la Administración)

No cabe duda que estas personas tienen el gran mérito de trabajar en las Juntas Directivas de algunos Entes Públicos descentralizados, por pura vocación de servicio, de colaboración o de solidaridad social, o simplemente con deseos de contribuir al mejoramiento de la Administración, sin por ello abandonar su modo de vida habitual, al prestar voluntariamente servicios no remunerados a la administración. Sin embargo, según Gordillo, no podría "considerarlos funcionarios, en cuanto a los demás derechos y obligaciones del régimen jurídico básico". Siguiendo a este reconocido autor, "tales personas no son pues funcionarios". (Gordillo, Agustín., Tratado de Derecho Administrativo.,p, XIII-20)

Ahora bien, hay dos elementos fundamentales en estas labores. La primera, que trabajan sin una remuneración regular del Estado, y, segunda, representan los intereses de las organizaciones privadas de las cuales provienen.

El primer elemento distinguible: el de la falta de remuneración pública, según se desprende del artículo 294 constitucional y el artículo 2 de la Ley 9 de 1994, sobre el régimen de Carrera Administrativa, implica que las designaciones de personas representantes de organismos privados, sin remuneración o contraprestación en dinero por parte del Estado, se encuentren excluidas del régimen que regula los funcionarios oficiales.

Los viáticos como derecho de los funcionarios

Al no poder ser considerados funcionarios, no podrían ser beneficiarios del derecho a viáticos, según se desprende, en su sentido contrario, en el artículo 175 de la Ley 61 de 30 de diciembre de 1999⁴, regulatoria del Presupuesto para la vigencia 2000-2001. Veamos:

"Artículo 175. VIÁTICOS EN EL EXTERIOR DEL PAÍS. En los casos que sea necesario enviar funcionarios

³ Rodríguez Rodríguez, Libardo., Derecho Administrativo General Colombiano., Duodécima edición., Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá-Colombia., 2000., página 176.

⁴ Publicada en la Gaceta Oficial número 23, 959 de 31 de diciembre de 1999.

públicos⁵ en misión oficial fuera del país, el titular de la institución pública que solicite la autorización para viaje, presentará al Ministerio de la Presidencia la petición de autorización con no menos de quince días de antelación a la fecha de partida.(...) La solicitud debe tener la siguiente información: el nombre del funcionario que habrá de viajar; (...) y viáticos del funcionario (...)"

Quando el funcionario participe de un evento internacional, cuya duración no exceda de 10 días laborales y la institución patrocinadora del exterior no cubra la totalidad de los viáticos, recibirá la diferencia del viático establecido para misiones oficiales" (Subraya la Procuraduría de la Administración).

En otro orden de ideas, aunque la persona miembro de la Junta Directiva, viaje en misión oficial, es decir para cubrir un evento que se relaciona con las tareas propias del servicio público que presta, para que se le pueda pagar el derecho a viáticos, según lo establece el artículo 176 de la Ley 61 de 1999, debe tener la "**condición de funcionario**". Por esto, solamente los miembros de la Junta Directiva que tengan la calidad de funcionarios, podrían ser beneficiarios del mencionado derecho a viáticos. O sea, que solamente el Ministro de Vivienda o su Suplente: el Viceministro de esa cartera; el Director del Banco Hipotecario Nacional, en su calidad de agente de la Junta Directiva; pueden gozar este derecho.

En otros términos, los otros cuatro miembros de la Junta Directiva del Banco Hipotecario Nacional o sus suplentes, que representan al sector privado, designados por el Poder Ejecutivo, no tendrían derecho a viáticos, por no tener el carácter de funcionarios.

Conclusión.

Una sensata constatación del derecho aplicable a los miembros de la Junta Directiva del Banco Hipotecario, como representantes del sector privado relacionado al gremio de la construcción y las asociaciones de ahorro y préstamos para la vivienda, debería llevar a la afirmación de que es bueno y deseable que el Estado procure la colaboración de particulares dispuestos a brindar sus servicios al Estado, sin percibir remuneración o emolumento alguno, pues es una obvia economía para el erario público, contar con otras colaboraciones.

⁵ Que en realidad se debe decir funcionarios, ya que es una redundancia pues todo funcionario es público o empleado oficial. Es decir no hay un solo funcionario que no tenga carácter de agente público.

Además, siguiendo a Gordillo, es claro que si el Estado no puede ofrecer sueldos competitivos con el sector privado, puede en algunos casos, obtener cooperación desinteresada para tareas de dirección de buenos panameños, claro está sin que ello signifique que estos abandonen su *modus vivendi* habitual y les permitan de todos modos, colaborar aunque sólo sea en cortas reuniones de planeación, con la comunidad.

Sin embargo, el derecho de viáticos, tenido como el reconocimiento económico que hace el erario público a los funcionarios que deban, por razón de su trabajo, salir de su lugar habitual de trabajo, no está consagrado a favor las personas que colaboran eventualmente de forma desinteresada con la Administración.

Con la pretensión de haber colaborado con su despacho, me suscribo de usted,

Atentamente,

Original }
Firmado } Licda. Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/15/hf.