

8 de agosto de 1996.

Licenciado
FERNANDO ARAMBURU PORRAS
Director General del Instituto de
Recursos Hidráulicos y Electrificación
E. S. D.

Señor Director:

En cumplimiento de nuestras funciones como asesores de los servidores de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer contestación a su Nota DAL-231-96, calendada 3 de julio de 1996, mediante la cual nos consulta algunos aspectos vinculados con el funcionamiento inherente a los objetivos de la institución a su cargo.

Procedemos a absolver sus interrogantes en el mismo orden en que nos fueron planteadas.

PRIMERA INTERROGANTE:

"1. De los contratos por servicios profesionales.

Dentro de los funcionarios que realizan labores en el Instituto, encontramos aquéllos que realizan trabajos contratados por servicios profesionales, para una labor definida, sin sujeción de horario determinado, ni obligación de permanecer necesariamente en nuestra Institución las 8 horas mínimas de labor, y sin que se produzca dependencia de ninguna naturaleza para con la Institución. Inclusive, el pago de sus servicios se hace bajo la denominación de "servicios profesionales..

Desearíamos establecer por medio de esta consulta, si surge alguna relación de trabajo (obrero-patronal) entre el IRHE y dichos contratistas, aún en el evento de producirse prórrogas contractuales en la prestación de los servicios."

La Constitución Política de 1972, en su artículo 294, nos señala quienes son considerados servidores públicos en nuestro ordenamiento jurídico.

"ARTICULO 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; y en general, las que perciban remuneración del Estado."

De la norma transcrita se destacan los siguientes supuestos:

- 1.- En primer lugar, la norma se refiere a servidores públicos que son nombrados, más no así, CONTRATADOS como es el caso que nos ocupa.
- 2.- Asimismo, la norma se refiere a personas que son nombradas temporalmente o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

En este sentido debemos señalar, que las personas que son nombradas bajo un contrato de servicios profesionales para prestar una determinada función dentro de la Administración Pública no se convierten en funcionarios públicos; así pues, a estas personas no le es aplicable lo dispuesto en el artículo 294 de la Constitución Nacional.

Vale señalar, que son servidores públicos aquellas personas que ocupan un cargo público dentro del Estado, pero es evidente que dicho cargo deba existir al momento que la persona es nombrada para ejercer el mismo; es más, todo cargo público para que sea considerado como tal, deberá por ley existir en la estructura de personal de la Institución nominadora y ser contemplado en los respectivos Presupuestos de las respectivas vigencias fiscales. Con ello queremos decir, que una persona que es contratada por la Administración Pública, mediante contrato de servicios profesionales, no se constituye en un servidor público netamente hablando, por cuanto que tal persona es colocada presupuestariamente dentro de una partida que corresponde a la denominación de HONORARIOS, partida ésta, que es utilizada para pagarle a las personas que realicen tareas determinadas, y por un tiempo definido o determinado, dentro del Gobierno.

Sobre este punto debemos señalar que las partidas presupuestarias de Honorarios, no constituyen en ningún momento, gastos por concepto de sueldos básicos del personal nombrado en Puestos fijos o permanentes. Estas, representan los gastos por servicios personales prestados ocasionalmente por profesionales o

técnicos que no son funcionarios públicos, tales como investigaciones, exámenes y peritaje. Estos servicios se prestarán en base a un contrato que no implica subordinación jurídica.

Se debe tener cuidado con no equivocar el hecho de que una persona que ingresa o labora dentro de la Administración Pública mediante un contrato con un mínimo de cuarenta (40) horas semanales de servicios, no se constituye en servidor público, y lo más importante no se da la subordinación jurídica. En estos tipo de contratos, apreciamos que el horario de trabajo de estas personas se puede dar, en la mañana, en la tarde, en la noche, de madrugada, o inclusive en turnos mixtos; y este es uno de los factores que determinan que no existe tal subordinación jerárquica.

De lo expuesto podemos concluir, que no se incorpora, y por ende, no es servidor público del Estado la persona que formalice un contrato de SERVICIOS PROFESIONALES, con alguna institución del Estado.

Oportuno es hacer mención de lo que nos señala la doctrina en torno a la naturaleza de los contratos de prestación de servicios. En efecto, GONZALEZ RODRIGUEZ MIGUEL, nos comenta:

"...
c) el contratista en el contrato de prestación de servicios. --- Este tipo de contrato es también una de las formas de contratación administrativa, de naturaleza no laboral, y consiste en que una persona natural o jurídica se compromete con la administración a desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con el personal de la planta del ente estatal.

La ley preceptúa que no podrá celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas, salvo autoridad expresa de la secretaría de administración pública de la presidencia o la dependencia que haga de veces, entendiéndose por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad contratante."

Los subrayados son nuestros)

RODRIGUEZ GONZALEZ, Miguel. Derecho Procesal

4

Administrativo, Tomo II, Librería Jurídica
Wilches, Bogotá, Colombia, 1989, pág. 198).

Cabe advertir, que este Despacho siempre ha sido del concepto que cualesquiera de las tres denominaciones (PERSONAL FIJO; PERSONAL TRANSITORIO Y PERSONAL CONTINGENTE), comprenden personal que de una u otra forma prestan un servicio bajo subordinación del Estado y en razón de una programación definida en las entidades públicas. Se ha dado en la práctica una confusión de los conceptos de honorarios por servicios profesionales y el concepto de personal contingente, por lo que en nuestra respuesta hemos definido cada uno de ellos.

En este sentido resulta de suma importancia aclarar que cuando el Estado contrata personal en razón de su capacidad técnica para la realización de trabajos muy especiales, por sus conocimientos y la pericia sobre temas específicos, cubre tales servicios mediante el pago de honorarios, los cuales no están sujetos a la deducción a las que se somete el pago regular de personas o, del personal subordinado a la Administración Pública. La ausencia de subordinación y el hecho de que se trata de personas que no forman parte del engranaje público en cuanto a la prestación de esos servicios, no obliga a admitir que las retribuciones (honorarios) que reciben esos profesionales, no están, afectados por las deducciones que la Ley obliga a hacer sobre los salarios del personal fijo, transitorio o contingente.

Reiteramos nuestro criterio jurídico, de que las personas contratadas por servicios profesionales, no se consideran funcionarios públicos, sino personas independientes a quienes se les asignan una función determinada dentro de un ente estatal, y por lo cual reciben una remuneración denominada HONORARIOS.

SEGUNDA INTERROGANTE:

" 2. De la Delegación de funciones.

¿Puede el Director General de nuestra Institución delegar sus funciones establecidas en el antes mencionado Decreto de Gabinete No. 235 de 1969 específicamente en su Artículo 21?

La norma transcrita, alude única y exclusivamente a las atribuciones inherentes, que por ley se le han asignado al Director General del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación. En este sentido, podemos observar que entre dichas funciones no existe ni está contemplada la facultad del Director para delegar funciones a ninguna persona, y menos las establecidas en el artículo 21 del Decreto de Gabinete No. 235 de 1969.

En nuestro ordenamiento jurídico, los funcionarios públicos sólo pueden hacer aquello que la ley expresamente autorice, a diferencia de los particulares que pueden hacer, todo aquello que la ley no les prohíba tal como se establece en el artículo 18 de la Constitución Política; el cual señala:

"ARTICULO 18: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución o de la Ley. Los servidores públicos lo son por esas mismas causas, y también por extralimitación de funciones o por omisión en el ejercicio de éstas."

La norma transcrita alude al principio de la limitación de Poder Público. Esto significa que, las autoridades no ejercen el mismo a su libre arbitrio, pues el ejercicio del poder, se da en virtud de las autorizaciones o mandatos establecidos por la Constitución y las Leyes.

En cuanto a la delegación de funciones, por parte de los servidores público, debemos hacer énfasis en la obligatoriedad de que la misma esté prevista en una ley formal de manera expresa o específica. De ahí la improcedencia de cualquier delegación salvo que medie autorización legal expresa; cabe resaltar que la misma no queda sujeta al arbitrio de los funcionarios, sino ajustada lo que ley disponga. En este sentido pareciera haber uniformidad en la doctrina nacional y extranjera. En efecto, García Tevijano señala que: "la delegación de funciones es fundamental que esté prevista" (Cfr. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, pág. 149).

Por su parte, Sayagués Laso puntualiza: "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 de derecho público. De ahí la improcedencia de cualquier delegación de potestades, salvo que medie autorización expresa" (Cfr. Tratado de Derecho Administrativo de Enrique Sayagués Laso, Tomo I. IV Edición, Montevideo, 1974, pág. 191).

El Doctor César Quintero, 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 parte de alguna de éstas, a menos que la ley lo autorice expresamente para ello. Un sano principio de buena administración aconseja que las leyes sean parcas en esto de autorizar delegaciones administrativas, pues 'sólo debe hacerse de manera

especial'. (Cfr. "Los Decretos con valor de Ley", Quintero, César A., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 170).

Debemos concluir señalando que si la ley no faculta de manera expresa al Director General del IRHE, para que éste delegue las funciones inherentes a su cargo, no podrá hacerlo. Existen circunstancias como las que usted señala en cuanto a las múltiples y delicadas funciones que realiza el Director General, que hacen imperativa esta delegación, pero debemos tener claro, que las establecidas en el artículo 21 del citado Decreto de Gabinete, por ley, no son delegables.

TERCERA INTERROGANTE.

"La pregunta se concreta a la posibilidad que tiene el IRHE de seguir prestando esta función reguladora, aún después de haber sido creado (solamente) el Ente Regulador?"

En 1995 la Asamblea Legislativa dictó la Ley No.6 de 9 de febrero, por la cual se modifica el Decreto de Gabinete 235 de 1969, que subroga la Ley 37 de 31 de enero de 1961, Orgánica del Instituto de Recursos Hidráulicos y Electrificación.

El artículo 1 de ese instrumento jurídico, modifica y adiciona algunos literales del artículo 2 de la Ley Orgánica del IRHE, el cual alude a las funciones de ese ente estatal de servicio público.

Según la reforma introducida por la Ley 6 de 1995, el literal m) del artículo 2 del Decreto de Gabinete No. 235 de 1969, quedará así:

m) El Instituto podrá otorgar acceso a su sistema de transmisión y distribución a los generadores que le vendan electricidad al Instituto o a terceros, de acuerdo con los términos y condiciones que se establezcan en el correspondiente acuerdo que se suscriba entre el Instituto y los mencionado generadores, el cual debe incluir la tarifa de peaje que se pagará por el uso de los sistemas del Instituto. En el caso de que no existan redes de transmisión y distribución que permitan el abastecimiento de los generadores privados al Instituto o

7

a los consumidores finales, el Instituto podrá autorizar la construcción y operación de dichos sistemas por parte de los interesados, para lo cual otorgará la correspondiente concesión,

Las funciones de regulación, otorgamiento de los contratos de concesiones permisos y licencias, además de la fijación de tarifas de compra de electricidad por parte del Instituto a terceros o de venta de electricidad de generadores privados a terceros, serán ejercidas por el Instituto hasta tanto se cree el organismo regulador del sector eléctrico. Las concesiones, permisos y licencias deberán otorgarse de acuerdo con las normas que de carácter técnico, legal y ambiental, sean establecidas en la reglamentación que, para tal efecto, emitirá el Instituto, previa aprobación por parte del Consejo de Gabinete.

Esta reglamentación deberá ser emitida en un plazo no mayor de ciento veinte (120) días, contados a partir de la promulgación de la presente Ley.

Las tarifas eléctricas al usuario no será aumentadas como consecuencia de la participación de la inversión privada en el sector eléctrico, salvo que el Instituto, o el organismo regulador en su caso, determine ajustes o modificaciones a las mismas, en atención a las actualizaciones de los costos de producción según el plan de expansión de generación del Instituto. Asimismo, esta reglamentación deberá ser revisada y adoptada por el organismo regulador del sector eléctrico, una vez se haya constituido.

La Ley que cree el organismo regulador establecerá participación de un organismo regulador independiente del Instituto, y dicha Ley deberá ser aprobado por la Asamblea Legislativa en el plazo de un (1) años, a partir de la promulgación de esta Ley".
(Las subrayas y negrillas son nuestras).

La norma reproducida nos señala en forma clara, que "las funciones de regulación, otorgamiento de los contratos de concesión, permisos y bienes, además de la fijación de tarifas de compra de electricidad de generadores privados a terceros, serán ejercidas por el Instituto hasta tanto se cree el Organismo Regulador del Sector Eléctrico".

A través de la Ley NQ.26 de 29 de enero de 1996. se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, y en su artículo 1, dispone:

"Artículo 1. Creación. Crease el Ente Regulador de los Servicios Públicos, en adelante llamado el Ente Regulador, como organismo autónomo del Estado, con personería jurídica y patrimonio propio, con derecho a administrarlo y con fondos separados e independientes del Gobierno Central.

En ente Regulador tendrá a su cargo el control y fiscalización de los servicios públicos con sujeción a las disposiciones de esta Ley y las respectivas normas vigentes sectoriales en materia de servicios públicos.

El Ente Regulador actuará con independencia en el ejercicio de sus funciones y estará sujeto a la fiscalización de la Contraloría General de la República conforme lo establecen la Constitución y la Ley".

El artículo 8 ibídem al referirse a la jurisdicción del Ente Regulador, nos dice:

"Artículo 8. Jurisdicción. Las empresas prestadoras de servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario,

telecomunicaciones y electricidad, están sujetos a la jurisdicción del Ente Regulador en los términos señalados por las leyes sectoriales".

Sobre las atribuciones del Ente Regulador, el artículo 19 de la Ley N.º 26, en sus numerales 1 y 2, dispone:

"Artículo 19. Atribuciones del Ente Regulador. Para el cumplimiento de sus objetivos, el Ente Regulador tendrá las funciones y atribuciones siguientes:

1. Cumplir y hacer cumplir esta Ley y las demás normas legales complementarias, así como las leyes sectoriales respectivas. Para ello, el Ente Regulador realizará eficaz control, vigilancia y verificación del cumplimiento de las leyes y reglamentos por parte de las empresas de servicios públicos de agua potable y alcantarillado sanitario, telecomunicaciones y electricidad;

2. Otorgar, en nombre del Estado según proceda las concesiones, licencias y autorizaciones para la prestación de los servicios públicos de su competencia, de acuerdo con las normas fiscales y demás disposiciones vigentes, hasta tanto se aprueben las normas sectoriales correspondientes".

De las normas transcritas, se colige entre otras cosas que el Ente Regulador, tendrá a su cargo el control y fiscalización de los servicios públicos, con sujeción a las disposiciones de la Ley N.º 26 y las respectivas normas vigentes sectoriales en materia de servicios públicos.

Ahora bien, en la práctica el Ente Regulador no está funcionando, y por otro lado no se han dictado las leyes sectoriales respectivas. Por medio del Decreto Ejecutivo N.º 26 de 24 de junio de 1996, el Órgano Ejecutivo, procedió al nombramiento de los Directores del Ente Regulador de los Servicios Públicos, dichos servidores no han iniciado sus labores, ni han sido

ratificados por la Honorable Asamblea Legislativa, lo cual corrobora nuestra tesis, que dicho Ente no está ejerciendo las atribuciones que le confiere la Ley.

Ante la situación jurídica en que nos encontramos, estimamos que lo más viable es que el IRHE siga cumpliendo con la función reguladora del servicio eléctrico, hasta tanto el Ente Regulador comience a funcionar. Este proceder es el más aconsejable, y el que más se ajusta a la realidad, ya que no se puede permitir que todo lo relacionado con la prestación del servicio público de electricidad, quede en acefalía.

Por último nos permitimos, sugerir que debe solicitarse al señor Presidente de la República, que se incluya para las sesiones extraordinarias de la Asamblea Legislativa, una Ley que introduzca un PARAGRAFO TRANSITORIO, y autorice al Instituto de Recurso Hidráulicos y Electrificación para que ejerza las funciones consagradas en la literal "m" del artículo 2 de la Ley N.º. 6 de 1995, hasta tanto sea regulada y reglamentada en su totalidad, la Ley N.º. 26 de 1996.

En estos términos esperamos haber atendido debidamente su solicitud.

De usted, con toda consideración y aprecio.

LICDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración.

AMde/14/ichdef