

15 de noviembre de 1995

LICENCIADO
MANUEL ORESTES NIETO
SUBDIRECTOR GENERAL
INSTITUTO NACIONAL DE CULTURA
E. S. D.

Señor Subdirector:

Con sumo agrado damos respuesta a su atenta Nota No D.G./2679, fechada 12 de septiembre del año en curso, por medio de la cual plantea usted interesante consulta que formula en los siguientes términos:

1. La Junta Directiva del INAC acaba de aprobar, a proposición nuestra, el nuevo Reglamento Interno de la Orquesta Sinfónica Nacional de Panamá.
En dicho Reglamento se contempla la elección - por los miembros de la Orquesta- de un Comité Representativo.
2. En la Orquesta laboran, con los mismos horarios, funciones y deberes, músicos permanentes y músicos contratados, entre estos últimos, hay tanto Panameños como algunos extranjeros.
3. Deseamos saber si hay algún impedimento para que los músicos contratados puedan elegir y ser elegidos para conformar el citado Comité Representativo.
4. Por otro lado, es política de nuestra Institución propiciar el perfeccionamiento profesional y la proyección de los talentos que conforman nuestra Orquesta. Al efecto, se concede licencia remunerada a cualquier músico de la Orquesta que compruebe invitación para participar en Curso de Perfeccionamiento o invitación para actuar como solista en el extranjero.
Deseamos saber si los músicos cuyo vínculo laboral con la Orquesta se establece por

contrato -sean nacionales o extranjeros- pueden beneficiarse de esta política de incentivos, puesto que ejercen las mismas funciones que los vinculados por planillas y tiene los mismos deberes."

Antes de proceder a absolver el fondo de sus cuestionamientos, consideramos necesario hacer algunas breves reflexiones sobre la relación jurídica que surge entre los ciudadanos extranjeros contratados y la administración pública.

Es pues, importante determinar el probable carácter de servidores públicos que adquirirían estas personas.

Veamos:

Sin duda debemos recurrir en primera instancia a lo previsto en nuestra norma fundamental, la Constitución Política, que contempla en su Título XI, Servidores Públicos, Capítulo I, Disposiciones Fundamentales, artículos 294 y 295, lo siguiente:

"ARTICULO 294.- Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Organó Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas; y en general, las que perciban remuneración del Estado."(subrayado nuestro)

"ARTICULO 295.- Los servidores públicos serán de nacionalidad panameña sin discriminación de raza, sexo, religión o creencia y militancia política. Su nombramiento y remoción no será potestad absoluta y discrecional de ninguna autoridad, salvo lo que al respecto dispone esta Constitución.

Los servidores públicos se regirán por el sistema de méritos; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio."(subrayado nuestro)

La lectura de estas excertas hace surgir la duda ante la aparente contradicción del Constituyente, que por un lado denomina servidor público a toda persona que reciba una remuneración del Estado, sin distinguir entre nacionales y extranjeros; y que por el otro limita dicha calidad de manera exclusiva a los panameños.

Los artículos mencionados han sido interpretados restrictivamente por la doctrina y la jurisprudencia nacional, al calificar de condición, de requisito indispensable (sine qua non),

la nacionalidad panameña para poder aspirar a la condición de servidor público. En efecto, nuestro Máximo Tribunal de Justicia en fallo de 7 de octubre de 1981, se refirió sobre este tópico en los siguientes términos:

"El Estado panameño ha establecido en su Carta Política específicamente en su artículo 259 (actual artículo 295) como principio general la condición de la nacionalidad panameña en los servidores públicos y como excepción ha señalado los casos en los cuales no es suficiente la nacionalidad panameña, sino que esa nacionalidad debe haberse adquirido por el hecho vital del nacimiento. Así, dicho requisito esencial se exige en la Carta Magna para el ejercicio de los cargos de Presidente y Vice-Presidente de la República, Ministro de Estado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia, Procurador General de Nación y Procurador de la Administración, y por último, Contralor y Sub-Contralor de la República.

....
....la voluntad del Constituyente ha sido siempre la de exigir por excepción, con carácter extraordinario (sic) y limitándolo a cargos públicos relevantes para el Estado, el requisito de haber nacido en la República de Panamá, lo cual tiene una clara justificación de carácter político. En cambio, las dos últimas constituciones que nos han regido han exigido únicamente para los restantes servidores públicos ser panameños, pero no haber obtenido la nacionalidad por nacimiento." (JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL; Centro de Investigación Jurídica, Universidad de Panamá; Panamá, Litografía e Imprenta LIL, S.A.; 1985, Tomo III, p.302) (Subrayado nuestro)

A de
describi
Gostar
Administa
plantea
conformio

Conce
de de juni

La propia Constitución en sus artículos 20, 69 y 302, numeral 5, caracteriza la naturaleza del vínculo contractual entre los extranjeros y el Estado al disponer lo siguiente:

"ARTICULO 20.- Los panameños y los extranjeros son iguales ante la Ley, pero ésta podrá, por razones de trabajo, de salubridad, moralidad, seguridad pública y economía nacional, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinadas actividades a los extranjeros en general. Podrán, asimismo, la

Sobre
qu dnicam
l. servie
abundie
profesion
de singu

Ley o las autoridades, según las circunstancias, tomar medidas que afecten exclusivamente a los nacionales de determinados países en caso de o de conformidad con lo que se establezca en tratados internacionales." (subrayado nuestro)

"ARTICULO 69.- Se prohíbe la contratación de trabajadores extranjeros que puedan rebajar las condiciones de trabajo o las normas de vida del trabajador nacional. La Ley regulará la contratación de Gerentes, Directores Administrativos y Ejecutivos, técnicos y profesionales extranjeros para servicios públicos y privados, asegurando siempre los derechos de los panameños y de acuerdo al interés nacional." (subrayado nuestro)

"ARTICULO 302.- No forman parte de las carreras públicas:

- 1....
- 2....
- 3....
- 4....
5. Los profesionales, técnicos o trabajadores manuales que se requieran para servicios temporales, interinos o transitorios en los Ministerios o en las instituciones autónomas o semiautónomas." (subrayado nuestro)

A pesar de que la reserva legal del artículo 67 nunca ha sido desarrollada, la orientación del Constituyente nos parece clara al limitar el grado de vinculación de los no nacionales a la administración pública a través de la figura del contrato de alquiler o arrendamiento de servicios profesionales o técnicos; de conformidad con el artículo 295 supra.

Concordante con nuestras anteriores reflexiones la Ley No63, de 6 de junio de 1974, por la cual se crea el Instituto Nacional del Cultura, menciona en su artículo 3, numeral 7, como una de sus atribuciones expresas la de: "Contratar técnicos y profesionales extranjeros de reconocida y probada idoneidad, siempre que se justifique su necesidad y estimular la investigación científica en materia cultural;"

Sobre los contratos con personas nacionales debemos aclarar que únicamente el contrato administrativo laboral otorga la calidad de servidor público al contratante, ya que usualmente este es confundido con el de arrendamiento de servicios técnicos o profesionales, en especial cuando la prestación es realizada por una singular persona natural.

Mucho más que la existencia de relaciones de subordinación jurídica o jerárquica; o de dependencia económica; es el hecho de que, como afirma MARIENHOFF, el contrato se refiera a una actividad contemplada en el régimen común o general de la función o empleo público, nota distintiva del administrativo laboral, la cuestión fáctica que debe deslindarse a fin de identificar frente a que tipo de contrato nos encontramos en cada caso en particular.

Hechas estas breves distinciones procedo a contestar sus preguntas en el orden propuesto:

1." Deseamos saber si hay algún impedimento para que los músicos contratados puedan elegir y ser elegidos para conformar el citado Comité Representativo."

El nuevo Reglamento Interno de la Orquesta Sinfónica Nacional, aprobado por Resolución N°009 J.D., del 27 de junio de 1995, de la Junta Directiva del Instituto Nacional de Cultura, en su Capítulo Tercero, Comité Representativo de la Orquesta Sinfónica Nacional, artículo 71, a tenor literal establece lo siguiente:

"ARTICULO 71": Para todas sus gestiones ante el Administrador de la Orquesta; el Director de la Orquesta Sinfónica o ante la Dirección Nacional de Extensión Cultural, los músicos pertenecientes a la Orquesta contarán con un Comité Representativo, el cual estará integrado por cinco (5) miembros principales y dos (2) suplentes, los cuales deberán ser músicos miembros de la Orquesta, y serán escogidos por esta, en Asamblea General, mediante votación secreta y por voto favorable de la mayoría de sus miembros. Los suplentes reemplazarán a los principales solamente en las ausencias temporales o absolutas de estos últimos. El Comité Representativo será elegido cada año por un período de doce (12) meses. Mientras no se convoque a elecciones, el Comité Representativo en función continuará ejerciendo el cargo. Sin embargo, se deberán efectuar elecciones en un plazo no mayor de un año siguientes a la fecha en que terminó el período inmediatamente anterior."

A su vez los artículos 14 y 15 del Capítulo Cuarto, Músicos de la Orquesta Sinfónica Nacional de Panamá, claramente preceptúa:

"ARTICULO 14°. Según las circunstancias que regulen su empleo, los músicos se catalogan así:

como miembro
de la Orquesta
Sinfónica
de Panamá
que el Com
de derech
yoría le
continúe
de los co
profesore
que en
a cargo
la Or
dental co
mable pan
de aspe
de glame
al evite
de la Or
química
la, s
químico
de la Or

a. Músicos de empleo regular y continuo son: todos los músicos que laboran en la Orquesta Sinfónica, los cuales deberán tener su residencia en la República de Panamá, y cuyo número lo determinará el Director de la Orquesta, de acuerdo con las partidas autorizadas en el presupuesto de la Orquesta Sinfónica Nacional de Panamá.

b. Músicos contratados bajo condiciones especiales: Son aquellos que toquen en ensayos y conciertos que le sean señalados por el Director de la Orquesta, siempre y cuando esto sea necesario y se cuente con el presupuesto correspondiente. Estos músicos son aquellos que tocan instrumentos especiales cuyo uso no está incluido en el repertorio corriente.

c. Músicos contratados en el exterior: Serán aquellos que se contraten bajo circunstancias en que se determine fuera de toda duda razonable, que no haya suficiente número de músicos residentes en Panamá para llenar las plazas disponibles.

d. Músicos contratados mediante convenios de intercambio cultural"

"ARTICULO 15". La Orquesta Sinfónica Nacional de Panamá está conformada de la siguiente manera:

a. Director de la Orquesta Sinfónica

b. Asistente del Director de la Orquesta Sinfónica.

c. Concertino.

d. Músico de la Orquesta Sinfónica III (Este grado lo conforma los principales de sección instrumentales y el Asistente del Concertino).

e. Músico de la Orquesta Sinfónica II (Este grado lo conforman cada uno de los Asistentes de los principales de sección instrumentales).

f. Músicos de la Orquesta Sinfónica I (Este grado lo conforman los Músicos de Fila).

g. Aspirantes (Los Aspirantes no podrán ocupar esta posición dentro de la Orquesta Sinfónica, por un período mayor de cuatro años).

Se considerarán Músicos de la Orquesta Sinfónica para los efectos de este Reglamento los mencionados en los Literales anteriores con excepción del Director de la Orquesta."

Como se puede observar el Reglamento no hace distinción entre los contratados como músicos, nacionales o extranjeros, y los de empleo regular y continuo (nombrados) al reputar a ambas categorías

como miembros de la Orquesta. Luego no hay duda de que, si son miembros de la Orquesta, pueden tanto elegir como ser elegidos.

No obstante, la probabilidad de que en un momento dado dicha agrupación pueda ser dirigida por músicos contratados, minoría marcada con el signo de la temporalidad en sus relaciones con la Orquesta, parece extraña y hasta un poco contradictoria toda vez que el Comité como órgano representativo, está dirigido a proteger los derechos e intereses de los miembros de la Sinfónica, cuya mayoría la constituyen, precisamente, los músicos de empleo regular y continuo (nombrados). Esto es todavía más incongruente en el caso de los contratados extranjeros (que siempre serán por servicios profesionales) a los que se les descalifica constitucionalmente como servidores públicos y, sin embargo, el reglamento les otorga la categoría de miembros con derecho a votar y ser elegidos.

La Orquesta Sinfónica Nacional de Panamá es una dependencia estatal con una especial finalidad pública: elevar la cultura del pueblo panameño. La evidente influencia que puede ejercer el Comité sobre aspectos relevantes de la cultura nacional, hacen importante el reglamentar de una mejor manera aspectos como los expuestos, lo cual evitaría inconvenientes futuros.

"2. Por otro lado, es política de nuestra Institución propiciar el perfeccionamiento profesional y la proyección de los talentos que conforman nuestra Orquesta. Al efecto, se concede licencia remunerada a cualquier músico de la Orquesta que compruebe invitación para participar en Curso de Perfeccionamiento o invitación para actuar como solista en el extranjero. Deseamos saber si los músicos cuyo vínculo laboral con la Orquesta se establece por contrato -sean nacionales o extranjeros- pueden beneficiarse de esta política de incentivos, puesto que ejercen las mismas funciones que los vinculados por planillas y tiene los mismos deberes."

La Ley N° 31, de 2 de septiembre de 1977, "Por la cual se crea y reglamenta el Programa Especial de Perfeccionamiento Profesional de los Servidores Públicos...", en su artículo 4 regula los requisitos para poder calificar a una licencia con sueldo por perfeccionamiento profesional de la siguiente forma:

"ARTICULO 4°.- Se le concederá licencia con sueldo completo, hasta por tres (3) años, al aspirante a este Programa Especial de Perfeccionamiento si cumple con los siguientes requisitos :

- a) Ser panameño;

- b) Ser servidor público y haber prestado servicios por un término no menor de dos (2) años en la administración pública;
 - c) Tener título o diploma en la disciplina en la que aspira perfeccionarse;
 - d) No tener más de cuarenta y cinco (45) años de edad;
 - e) Haber realizado con eficiencia, responsabilidad, lealtad y dedicación de las labores a él encomendadas en la institución o ministerio en el cual trabaja;
 - f) No haber recibido, para hacer estudios de postgrado o especialización, licencia con sueldo o beca en los dos (2) últimos años anteriores a su solicitud de licencia;
 - g) Aspirar a realizar estudios que sean de necesidad para la dependencia estatal en la que presta servicios o para el desarrollo de la actividad nacional; y
 - h) Ser patrocinado por la institución en la que trabaja.
- Tendrán preferencia los aspirantes que no hayan recibido este tipo de beneficio anteriormente." (subrayado nuestro)

A su vez el artículo 34° del Reglamento Interno de Personal del Instituto Nacional de Cultura, al cual remite el artículo 52 del Reglamento de la Orquesta al tratar lo concerniente a las licencias, es claro cuando dice:

"ARTICULO 34°. Licencia por estudio.
Es el derecho que se concede a los funcionarios de la organización para asistir a cursos de estudios, becas o adiestramiento hasta por dos años dentro o fuera del país y directamente relacionado con sus funciones. Al beneficiario de una beca se le concederá licencia del cargo que desempeña y el pago de su tiempo de la licencia estará sujeta a las disposiciones que se establecen en la Ley No1 del 11 de enero de 1965 y el Decreto No15 de 19 de febrero de 1962, modificado por el Decreto N°17 de 7 de febrero de 1966, sobre asistencia técnica y el Decreto No82 de 27 de noviembre de 1967.

El funcionario deberá regresar al país a la terminación del curso y prestar servicios continuados a la organización por lo menos durante el doble del tiempo de duración de la licencia.

a. Hasta sesenta (60) días, con derecho a

Dec 10 1996

suelo para prestar asistencia técnica a otras dependencias del Estado, o de gobiernos extranjeros en campos especializados propios de las funciones de la organización, siempre que la dependencia solicitante no remunere al funcionario.

b....

c. Hasta dos (2) meses con derecho a sueldo para representar al país o a la institución en congresos, conferencias o competencias internacionales relacionadas con el deporte. Dicho sueldo y tiempo no podrá ser descontado de las vacaciones a que tiene derecho el Servidor. En caso de representaciones en el interior del país, al (sic) período no pasará de tres (3) semanas.

d...."

Hora Presidenta:

Reiteramos nuestros conceptos al concluir que los extranjeros contratados no son funcionarios, empleados o servidores públicos pues esta calidad está reservada para los ciudadanos panameños, en consecuencia no pueden ser beneficiarios de este tipo de derechos.

En el caso de los músicos nacionales se debe proceder según los criterios anteriormente expuestos, es decir determinar en cada caso concreto la existencia de dependencia económica, subordinación jurídica jerárquica, y la identificación de la actividad a la que se refiere el contrato, contemplada en el régimen común o general de la función o empleo público a fin de diferenciar los contratos de arrendamiento de servicios profesionales o técnicos de los contratos administrativos laborales, que, efectivamente dan calidad de servidor público y por tanto derechos tales como salario, vacaciones, decimotercer mes, licencias, etc.

Con la esperanza de que nuestro criterio sirva a sus propósitos, me suscribo de usted.

Atentamente,

LICDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
PROCURADORA DE LA ADMINISTRACION

23/AMdeF/mcs.

durante la época de las crisis económicas y que fue aprobada por el Senado de la Cámara de Diputados, el Gobierno ha firmado el nuevo contrato entre el IPAP y la Empresa Interamericana de Turismo (Panama), S.A. En el contrato, el Poder Armonizador continuó manteniendo servicios en el carácter expresado bajo instrucciones, y control del IPAP. Así consta en los informes...