

Panamá, 13 de febrero de 1998.

Ingeniero
José Guanti G.
Director Presidente
Ente Regulador de los Servicios Públicos
E. S. D.

Estimado Señor Director:

De acuerdo a las facultades que nos confiere la Ley, artículo 348, numeral 4° del Código Judicial, como asesores jurídicos de los funcionarios públicos, tenemos a bien dar respuesta a su interesante Nota N°DPER-129 de 30 de enero de 1998 sobre “los suplentes de los miembros de la Junta Directiva de su Institución.”

Antes de entrar en el fondo del tema, creemos conveniente formular algunas consideraciones:

Se entiende por Suplente como el reemplazante, el sustituto, o sea, toda persona que hace las veces de otro en un empleo o función (Cfr. OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, 21° edic., Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina: 1994, págs. 936 y 943).

Ausencia se puede definir como la no presencia en un lugar, el alejamiento del mismo como el alumno que falta a clases, el trabajador que no concurre al sitio de trabajo en el día y horario de labor, donde esta ausencia puede ser: temporal (transitoria, provisional, de duración más o menos limitada) o permanente (con tiempo, duradero en el tiempo, de actuación incesante, con destino y futuro fijo) (Cfr. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 21° edic., tomos I, VI, y VIII, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina: 1989, págs. 414, 215 y 31 respectivamente).

Existe una evidente relación entre los conceptos anteriormente definidos, puesto que el reemplazo de un miembro principal por ausencia temporal recae en su suplente, en cambio, el reemplazo de un Miembro Principal por ausencia permanente implica la designación de un nuevo Miembro Principal mediante igual mecanismo formal, sin embargo, en el período hasta que se designe un nuevo Miembro Principal lo reemplazará el Suplente.

En nuestra legislación el Código Administrativo hace referencia a las ausencias de los funcionarios públicos en Capítulo V° sobre “Licencias, Excusas y Renuncias, Faltas Temporales y Absolutas” del Título VI sobre “Administración Pública” del Código Administrativo:

ARTICULO 813.- “Toda licencia da lugar a una falta temporal que se llena con el respectivo suplente, a menos que el que concede la licencia a otro empleado tenga derecho a libre nombramiento o remoción y quiera nombrar un interino mientras dure la licencia. Se exceptúa...” (Subrayado nuestro)

ARTICULO 823.- “Son faltas absolutas las que provienen de renunciaciones o excusas admitidas; de destitución o de declaratoria de vacante. Por regla general, las faltas absolutas en empleados de elección popular se llenan por los suplentes y en los demás, por nueva elección; pero mientras esto se verifique, entrarán a funcionar los suplentes. La falta absoluta del Presidente de la República se llena por los individuos que de acuerdo con la Constitución puedan ejercer el Poder Ejecutivo.” (Subrayado nuestro)

El Código Administrativo se refiere a falta temporal o absoluta, es decir, ausencia temporal o permanente, quedando claramente establecido que las licencias producen una ausencia temporal, mientras que la renuncia, destitución o declaratoria vacante ocasionan una ausencia absoluta o permanente. Consideramos que en el caso de vacaciones es una ausencia temporal, puesto que tiene un término (art. 796, Cód. Adm.) y se puede programar.

Por otra parte, a manera de ilustración, la Ley N°9 de 20 de junio de 1994 “por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa” (G.O. N°22.562 de 21 de junio de 1994), determina cuando existe una ausencia injustificada y cuando justificada:

ARTICULO 2.- “Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:
Ausencia injustificada: Es la no comparecencia del servidor público a su lugar de trabajo, dentro del calendario y horario señalados como obligatorios...” (Subrayado nuestro)

ARTICULO 82.- “Acreditan la au ia justificada:

1. Permisos
2. Licencias
3. Tiempo compensatorio reconocido
4. Separación del Cargo
5. Vacaciones.” (Subrayado nuestro)

Ambos artículos recogen las ausencias temporales, sean justificadas o no, no obstante, discrepamos en la separación del cargo puesto que no se puede determinar con seguridad la fecha de reincorporación del servidor público a su cargo como por ejemplo para atender demandas judiciales (art. 93).

En cambio, las ausencias absolutas las recoge en el artículo 124 de la Ley N°9 de 1994, que determina:

ARTICULO 124.- “El servidor público quedará retirado de la administración pública por los casos siguientes:

1. Renuncia escrita del servidor público, debidamente aceptada;
2. Reducción de fuerza;
3. Destitución;
4. Invalidez o jubilación, de conformidad con la Ley.”

En cuanto a la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, la Corte Suprema de Justicia sostiene que la Ley de Carrera Administrativa no está vigente puesto que no se ha implementado, tanto para los derechos generales de todo servidor público como para los derechos inherentes a los funcionarios de carrera, lo cual es recogido en su Fallo de 26 de junio de 1996:

“También es necesario acotar que el recurrente no ha demostrado haber ingresado a la Caja de Ahorros en base al sistema de méritos, mediante concurso de oposición amparado en una Ley especial o de Carrera Administrativa... a pesar de que en la actualidad la Carrera Administrativa ha sido instituida en nuestro ordenamiento positivo... aún no ha sido implementada eficazmente, dentro de su ámbito de aplicación estatal.” (Sentencia de 26 de junio de 1996, demanda de Plena Jurisdicción, Vicente Rodríguez Mendoza vs Caja de Ahorros, Registro Judicial de junio de 1996, pág. 349) (Subrayado nuestro)

Después de precisar cuales son los casos de ausencia temporal o de ausencia permanente o absoluta, podemos entrar al estudio concreto de sus preguntas y al análisis

4

preciso de la legislación que rige esta materia de suplentes y de ausencia de los Miembros Principales en un cuerpo colegiado. Estas preguntas son:

1.- ¿Presupone el Artículo 16 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996, por la cual se crea el Ente Regulador de los Servicios Públicos, la posibilidad de que el Ente Regulador sea dirigido y administrado por una Junta Directiva integrada por dos o tres Directores que no tengan el carácter de miembros principales de dicho Organismo?

El artículo 16 de la Ley N°26 de 29 de enero de 1996 “por la cual se crea el ente regulador de los servicios públicos” (G.O. N°22.962 de 30 de enero de 1996) establece:

ARTICULO 16.- “Cuando se produzca la ausencia temporal de alguno de los directores, los restantes escogerán, del seno de la institución, a un funcionario que ocupará el cargo hasta que el primero se reintegre a sus funciones.

En caso de que la ausencia sea permanente, el funcionario escogido ocupará el cargo hasta cuando sea elegido el nuevo director principal.”

El artículo anterior describe dos (2) situaciones posibles que son: cuando se produzca una ausencia temporal en la Junta Directiva del Ente Regulador de los Servicios Públicos, y cuando sea una ausencia permanente, y agregamos que en la práctica se transforme de ausencia temporal a una ausencia permanente.

En el primer caso, la norma es clara al prever que en caso de ausencia temporal de uno (o como dice la norma alguno) de los directores (entiéndase Directores Principales), los restantes Directores Principales escogerán a un funcionario público del propio Ente Regulador de los Servicios Públicos para que lo reemplace hasta que el Director Principal ausente se reintegre a sus funciones propias de Director.

En esta hipótesis de ausencia temporal no podemos estirar la norma a tal punto que la interpretemos de tal forma que consideremos que dentro de los Directores que van a elegir al Director Suplente, señalado en el artículo 16 antes transcrito, se esté incluyendo también a algún Director Suplente que a su vez va escoger a otro Suplente hasta tener una Junta Directiva operando con la totalidad de Suplentes.

No negamos que en un cuerpo colegiado con Suplentes permanentes nombrados mediante el mismo mecanismo que el Miembro Principal y con iguales requisitos, pueda ocurrir que llegue a sesionar con todos los Miembros Suplentes, pero en este ejemplo el Suplente posee iguales atributos legales que el Principal lo único que mientras que no ocupe el cargo no puede ejercer esas prerrogativas relativas al cargo.

5

En cambio, en el caso en análisis, si bien la ley determina quienes pueden ser el Suplente y el mecanismo de designación igualmente es cierto que estos Suplentes no han sido elegidos de la manera formal como los Principales, artículo 11 de la Ley N°26 de 1996 que señala:

ARTICULO 11.- Dirección. “El Ente Regulador será dirigido y administrado por una junta directiva compuesta por tres miembros principales, denominados directores, nombrados por el Órgano Ejecutivo y ratificados por la Asamblea Legislativa...” (Subrayado nuestro)

A lo anterior copiado se le une el hecho que la Ley tampoco les exige a los Suplentes expresamente los mismos requisitos que a los principales, o sea, los requisitos e impedimentos que recogen los artículo 12 y 13 de la Ley N°26 de 1996:

ARTICULO 12.- Requisitos para el nombramiento.

“Para ser director del Ente Regulador se requiere:

1. Ser de nacionalidad panameña;
2. Tener título universitario reconocido;
3. Contar con un mínimo de diez años de experiencia en actividades profesionales y/o en la administración pública.”

“ARTICULO 13.- Impedimentos para el nombramiento.

No podrá ser nombrada para el cargo de director del Ente Regulador, la persona que:

1. Haya sido condenada por delito contra el patrimonio, la fe pública o la administración pública;
2. Tenga parentesco con el presidente o los vicepresidentes de la República, los ministros de Salud, Gobierno y Justicia o Hacienda y Tesoro, o con otro director del Ente Regulador, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
3. Participe, por sí o por interpuesta persona, en el capital de alguna de las empresas prestadoras de los servicios de agua potable y alcantarillado, telecomunicaciones o electricidad, del país.”

Consideramos, no obstante, que vista la Ley N°26 de 1996 en su totalidad como un sistema de regulación de los servicios públicos, que al momento de elegir un Suplente

6

la Junta Directiva (el resto de los directores principales) deben tomar en cuenta por lo menos los artículos 12 y 13 de dicha Ley.

En conclusión, los Suplentes elegidos legalmente, de acuerdo a la forma prevista en la Ley N°26 de 1996, no cuentan con el mismo carácter y fuerza de un Miembro Suplente permanente, designado formalmente para ese cargo, pese a que ambos van a ejercer las mismas funciones del Principal, no así necesariamente los mismos derechos y prerrogativas del Principal. Por esta razón, la Junta Directiva del Ente Regulador no puede estar conformado mayoritariamente o en su totalidad por Miembros Suplentes sino por Miembros Principales, excepcionalmente con la intervención de un Miembro Suplente.

Cabe aclarar que discrepamos con el criterio legal emitido por su cuerpo de Asesores Legales en cuanto a la relación que guarda el artículo 16 en estudio con el artículo 17 de la misma Ley que señala:

ARTICULO 17.- Decisiones. “Las decisiones del Ente Regulador serán adoptadas, mediante resoluciones, por el voto de la mayoría de sus directores...”

Por ende, las decisiones serán adoptadas por la mayoría de los Directores de la Junta Directiva del Ente Regulador, es decir, por dos (2) Directores, pero la Ley no distinguió si era Principal o Suplente, en este caso bien puede ser aprobada una decisión por dos (2) votos de un Miembro Principal y un Miembro Suplente, por tanto es perfectamente válida esa decisión. Donde si coincidimos es en que esa decisión no puede ser aprobada por dos o tres votos de Miembros Suplentes porque reiteramos sólo cabe la posibilidad de que en un momento dado concurra en la Junta Directiva dos Miembros Principales y uno Suplente.

En segundo lugar, se encuentra la ausencia permanente o absoluta de un Miembro Principal de la Junta Directiva del Ente Regulador, en este caso consideramos que implica el mismo procedimiento de designación del Miembro Suplente (arts. 12, 13 y 16, primer párrafo) con la única variante que aquí el suplente deberá esperar a que sea nombrado formalmente el nuevo Miembro Principal (arts. 11, 12 y 13).

2.-En casos extraordinarios como lo son las vacaciones o la enfermedad que no haya podido preverse y/o planearse, producto de los cuales, de hecho, se produzca la ausencia temporal de dos e incluso hasta tres miembros principales ausentes? ¿Es, en dicho caso, aplicable el orden de sucesión de suplentes adoptado por la Junta Directiva del Ente Regulador mediante Resolución N°JD-137 de 18 de diciembre de 1997, o dicha resolución solo (sic) es aplicable en el caso del supuesto contemplado en el Artículo 16 de la Ley N°26 de 1996 objeto de la consulta que le formulamos en el punto 1, anterior?

En la introducción a las preguntas fijamos qué son y cuáles son las ausencias temporales y entre las mismas se encuentran las vacaciones y la licencia por enfermedad, distinto es el hecho de que una ausencia temporal e incluso la ausencia permanente o absoluta pueda o no ser prevista o programada con tiempo.

En términos generales las vacaciones se pueden programar pero muchas veces en la práctica puede suceder que se soliciten fuera de esa programación a fin de atender asuntos personales. Menos previsible puede ser una enfermedad (gripe) e incluso las enfermedades congénitas o hereditarias (en un momento dado pueden entrar en crisis, asma, presión alta, etc.).

No obstante, si las vacaciones o las enfermedades son imprevisibles esto no es óbice para que se dejen de considerar temporales, puesto que concluyen, las vacaciones en 30 días por lo regular y las enfermedades pueden tomar más tiempo, a menos que se transformen éstas últimas en permanentes e implique una pensión por invalidez.

En conclusión, a las vacaciones y a la licencia por enfermedad, como ausencias temporales, le son aplicadas el proceso de suplencia que describe el párrafo primero del artículo 16 de la Ley N°26 de 1996, y si se transforma en permanente entonces implicaría el procedimiento de su segundo párrafo, o sea, nombrados el suplente por la Junta Directiva y el nuevo miembro principal por el Organo Ejecutivo y ratificados por la Asamblea Legislativa (art. 11).

En cuanto a la Resolución N°JD-137 de 18 de diciembre de 1997 emitida por la Junta Directiva que Usted preside consideramos que se adecúa al artículo 16, que si bien éste no precisa que debe existir una lista de funcionarios del Ente Regulador para reemplazar a los Principales, esto no impide que la Junta Directiva previamente haga un estudio y señale cuáles pueden ser los posibles candidatos a Suplentes de los Miembros Principales (tomando en cuenta los arts. 12 y 13, los más capacitados, más experiencia, confianza, etc.), por lo cual ese listado se puede aplicar en los casos de ausencia temporal y permanente del artículo 16.

Donde no concordamos es en que la lista que establece la Resolución N°JD-137 de 1997 sea forzosamente sucesiva y que en un momento dado los dos (2) Miembros Principales que queden no puedan determinar de esa lista quien puede suplir al Director Principal ausente, de acuerdo con la exigencia y conveniencia de ese momento.

Percibimos en su Consulta la preocupación que existe en cuanto a que de hecho se produzcan ausencias permanentes o absolutas simultáneas de dos o tres Directores de la Junta Directiva del Ente Regulador, situación que no previó nuestro legislador al momento de establecer el mecanismo de suplencia, y redactar tan estrictamente el artículo

16 que ni la fórmula de la Resolución N°JD-137 de 1997 podría solucionar puesto que solo puede sesionar la Junta Directiva con todos sus Miembros Principales o con dos (2) Principales y un Suplente.

Esta situación creemos que puede solucionarse mediante una reforma del artículo 16 de la Ley N°26 de 1996, de manera que introduzca otro sistema de suplencia adecuado con las conformación de la Junta Directiva del Ente Regulador y las decisiones de dirección y administración de dicha institución.

Por otra parte, debemos recordar el artículo 793 del Código Administrativo que fija la obligación del funcionario público de no abandonar su cargo hasta que llegue el reemplazo, cuyo texto es el siguiente:

ARTICULO 793.- “Ningún empleado administrativo dejará de funcionar, aunque su período haya transcurrido, sino luego que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado al efecto, o el suplente respectivo.”

Pese a lo anterior, el artículo 814 del Código Administrativo consagra la siguiente excepción:

ARTICULO 814.- “El empleado a quien se concede una licencia no puede separarse de su puesto hasta que no se posesione el que deba reemplazarlo; y el que reemplace al que está con licencia debe funcionar hasta que se encargue del despacho el principal o quien con derecho deba reemplazarlo. Exceptúa el caso en que no sea preciso llenar la falta o también cuando se conceda una licencia con justa causa; pues en estos casos el agraciado puede hacer uso de licencia inmediatamente, aun cuando no se le reemplace.” (Subrayado nuestro)

3.-¿En qué momento entran a regir las decisiones adoptadas por una Junta Directiva del Ente Regulador en la que uno de sus integrantes no sea miembro principal de la misma?

Las decisiones adoptadas por la Junta Directiva del Ente Regulador conformada por dos Directores Principales y un Director Suplente entran a regir tan pronto queden en firme, es decir, de inmediato, con su publicación, o cuando lo establezca la misma Junta Directiva (vacatio legis).

4.-¿En qué momento entran a regir las decisiones adoptadas por una Junta Directiva del Ente Regulador conformada por dos o tres funcionarios que no

9

tenga la categoría de miembros principales de dicho Organismo? ¿Requieren de ratificación y/o confirmación las decisiones adoptadas por éstos (sic) funcionarios?

Las decisiones adoptadas por la Junta Directiva del Ente Regulador conformada por dos o tres Directores Suplentes, en principio, no deberían darse puesto que el artículo lo no contempla tal posibilidad, sin embargo, de darse en la práctica producirían efectos jurídicos tan pronto queden en firme, es decir, de inmediato, con su publicación, o cuando lo establezca la misma Junta Directiva (vacatio legis), debido a que los actos de la Administración Pública se presumen legales (principio de legalidad), hasta que la Sala III de lo Contencioso-Administrativo de la corte Suprema de Justicia declare lo contrario mediando una demanda del acto administrativo dictado por la Junta Directiva.

En torno al principio de legalidad, la Corte Suprema de Justicia expresó en su Fallo de 28 de octubre de 1966, de la Sala III de lo Contencioso-Administrativo:

“El principio de legalidad de la Administración Pública mira

a una doble vertiente: la positiva, que sustenta la presunción, tan necesaria para la estabilidad de los actos administrativos, de que éstos están basados en el ordenamiento jurídico; la negativa, que perentoriamente le exige a la administración circunscribir su actividad a lo prescrito en dicho ordenamiento, del cual no queda por esta razón ausente lo discrecional que ha de entenderse en el sentido de que la voz tiene en el Estado de Derecho, es decir, como la potestad de dar contenido concreto a cometidos genéricos para los cuales la administración tiene competencia expresa.” (Subrayado nuestro)

Por todo lo anterior, concluimos en base a nuestro ordenamiento jurídico que la Junta Directiva del Ente Regulador no puede estar conformado mayoritariamente o en su totalidad por Miembros Suplentes sino por Miembros Principales, excepcionalmente con la intervención de un Miembro Suplente.

De esta manera esperamos haber resuelto su interrogante y así colaborar con su Despacho, quedamos de usted,

Cordialmente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración.

AMdeF/6/hf.