

Panamá, 14 de noviembre de 2000.

Licenciado

Rodrigo Esquivel K

Director Ejecutivo del

Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales.

E. S. D.

Señor Director Ejecutivo:

Me permito brindar mi parecer jurídico respecto de la "consulta administrativa" que su Despacho elevara a esta Institución Pública, contenida en la Nota identificada No.2503-D.E de 23 de agosto del 2000,

Específicamente se quiere saber si la designación o nombramiento de los Gerentes Regionales del Instituto de Acueductos y Alcantarillados Nacionales (en lo sucesivo el IDAAN) debe ceñirse estrictamente a la Ley 15 de 1959 o por el contrario, se puede fundamentar en el poder amplio y discrecional establecido en la Ley Orgánica del IDAAN, la Ley 98 de 1961.

Interrogante concreta:

Específicamente se puede deducir la duda o consulta de la posición divergente de la Junta Técnica de Ingeniería y Arquitectura (en lo sucesivo La Junta) y la Dirección Ejecutiva del IDAAN. Ello es así dado que desde la óptica de La Junta los Gerentes Regionales que se nombren de parte del IDAAN deben ser Ingenieros Civiles o Sanitarios, ello dado que, la Ley que regula la profesión de los Ingenieros, Arquitectos, Maestros de Obra y otros, es clara al establecer un listado de tareas o labores propias de los Ingenieros, y que las funciones que realizan los Gerentes del IDAAN, en la Regionales, son de aquellas listadas por esta Ley de 1959. Por su parte el IDAAN sostiene que la Ley que organiza esta Institución no establece los requisitos de selección y nombramiento de los Gerentes Regionales, por lo tanto, el nombramiento o designación puede ser discrecional del Director Ejecutivo por tanto, se puede nombrar en esos puestos a profesionales de la Ingeniería Civil o Sanitaria. Los argumentos concretos, según el consultante, son estos:

a.- Posición de la Junta:

"De acuerdo con lo preceptuado por la Ley 15 de 26 de enero de 1959, modificada por la Ley 53 de 1963, se establece que para poder desempeñar cargos públicos o celebrar contratos con las dependencias del Estado o las Instituciones Autónomas que requieran los conocimientos propios de los profesionales de la Ingeniería y Arquitectura o de las actividades propias de los Agrimensores o Maestros de obras, que regula esta Ley, las personas deben contar con el certificado de idoneidad correspondiente".

b.- Posición del IDAAN:

"La Ley Orgánica del IDAAN (Ley 98 del 29 de diciembre de 1961), establece que el Director Ejecutivo de la Institución tiene la facultad de **nombrar, ascender, trasladar, suspender y remover a los empleados subalternos además de conceder licencias e imponer sanciones conforme a los reglamentos.** (art. 18, acápite a).

En ninguna de las disposiciones de la Ley No. 98 de 1961, ... se hace alusión a los requisitos para la selección de los Directores Regionales de la Institución, ... ni mucho menos a las profesiones que los mismos deben ostentar.

Lo importante, es que se trate, de personal capacitado y que goce de la entera confianza del Director Ejecutivo, por tratarse de personas que llevan dicha representación en el ámbito provincial". (el subrayado es del consultante)

De esta importante Consulta se deduce que el tema a tratar es si en estricto Derecho, la Administración está obligada a exigir de los posibles beneficiarios de un nombramiento, el de Director Regional del IDAAN, el requisito de idoneidad profesional. Lo que significa que no es específicamente relevante, "el deber ser del nombramiento", sino pragmáticamente, qué establece el Derecho Positivo respecto de esta situación.

Criterio de la Procuraduría de la Administración.

I. El principio de legalidad.

La Carta Política consagra el Principio de Legalidad en el artículo 18, como sustento de uno de los elementos esenciales de la noción y práctica del Estado de Derecho. El Estado de Derecho se caracteriza por la afirmación de la soberanía nacional, el reconocimiento de los derechos de los habitantes, la división de los Poderes y el principio de legalidad.

Este principio se sustenta en la necesidad de mantener la ley como el elemento de limitación de la actividad administrativa. O sea que la ley, juega su papel tradicional como principio de regulación y limitación de la actividad administrativa, pero, además, en los tiempos que transitamos, hay necesidad de tener en cuenta dentro del nuevo contexto, la Constitución y la ley como fuentes, no en el sentido tradicional, sino como importante conjunto de normas que condicionan y limitan la actividad de la Administración.

De esa manera la concepción clásica del Principio de Legalidad, entendido como el sometimiento de la administración a la ley, ha dado paso a un concepto más amplio, en donde, además de la ley, las normas constitucionales, los tratados internacionales, los principios generales del derecho, los reglamentos y las decisiones judiciales, son protagonistas esenciales del concepto de lo normativo y del Estado de Derecho. Puede entonces afirmarse, según la doctrina más autorizada que, el nuevo concepto del Principio de Legalidad supera el contenido de la expresión tradicional, para ser considerado como sinónimo de ordenamiento jurídico, de jerarquía normativa.

En este orden de ideas, el principio de legalidad asume la figura de una pirámide, en donde las normativas superiores obligan a todo funcionario a que actúe conforme al derecho. El IDAAN, por ejemplo, además de aplicarse la Ley Orgánica, se debe aplicar la Ley de Contratación Pública, las normas de previsión social, las presupuestarias y de control financiero y fiscal, etc.

Ahora bien, el Derecho Panameño además esta regido por normas formales, por principios de derecho para una buena administración o gestión pública.

II. El derecho aplicable al nombramiento de funcionarios en áreas técnicas.

1.- La Constitución Política.

De la Carta Política se desprenden principios y nociones relacionadas con la gestión del Recurso Humano del servicio público. Entre estos principios está la prohibición de discriminación en razón de creencias, sexo, religión y militancia política. Y lo que es más importante aún se establece la regla general de que los nombramientos (para nuestro caso) no serán discrecionales, salvo lo que disponga la propia Constitución. Es decir, que rige para la selección del capital humano del sector público, el sistema de méritos. Este artículo 295 constitucional al pie de la letra (*ad pedem litterae*) establece:

“Artículo 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 disponga esta Constitución.

Los servidores se regirán por el sistema de mérito; y la estabilidad en sus cargos estará condicionada a su competencia, lealtad y moralidad en el servicio”.

De este principio da cuenta claramente, el artículo 297 de la Carta Política al establecer que: “los nombramientos que recaigan en personal de carrera se hará con base en el sistema de méritos”. Significa, en su sentido contrario (*contrario sensu o argumentum a contrario*) que, los nombramientos que recaigan en personal que no pertenezcan a alguna carrera, no se harán de acuerdo al sistema de méritos.

No obstante ello, en el artículo 295 constitucional transcrito, se plantea un principio crucial para el deslinde de la presente Consulta. Aquí se deja claro que son deberes del servidor público actuar con “competencia, lealtad, moralidad”; y agrega el Artículo 297, dedicación al máximo de sus capacidades.

La Carta Fundamental en su artículo 302 establece las excepciones, al señalar que los funcionarios no necesariamente se rigen por el sistema de méritos son básicamente los pertenecientes a cargos de elección popular, los Directores y Subdirectores de Entidades autónomas y semi-autónomas, los funcionarios no permanentes y que tiene un periodo fijo de labores, el personal secretarial e inmediato de los antes mencionado, y los funcionarios con mando y competencias decisoria que no pertenezcan a ninguna carrera.

De esta descripción cerrada de los funcionarios que no tendrían que ser designados sobre la base del mérito, surge la pregunta de si los Directores Regionales están contenidos en ella.

En los supuestos descritos en el artículo 302 constitucional, los numerales dos y cuatro, tienen directa relación con la situación de los Directores Regionales. Veamos:

“Artículo 302. No forman parte de las carreras públicas:

1. (...)
2. Los Directores y Subdirectores Generales de entidades autónomas y semiautónomas, los servidores públicos nombrados por tiempo determinado o por período fijo establecido por la Ley o los que sirvan cargos *ad honorem*
3. (..)
4. Los servidores públicos con mando y jurisdicción que no estén dentro de una carrera. (...).”

Según el numeral dos, si los Directores Regionales han sido o fuesen nombrados por un periodo determinado, su nombramiento podría no necesitar la cualificación o mérito profesionales y técnicos, propios para el cargo. Pero aún en estos supuestos habría que saber si la ley permite que ese nombramiento se dé por periodos fijos, ya que, en la generalidad de los casos, los funcionarios de periodo fijo como los Magistrados, Procuradores, Notarios, Gobernadores, Alcaldes, Tesoreros Municipales, etc., son aquellos que tienen cargos de máxima importancia e independencia funcional.

Un supuesto derivado del numeral cuatro del artículo 302 de la Carta Política dice relación con saber, primero, si los Directores Regionales tienen mando y jurisdicción y, en segundo lugar, si no están incluidos en alguna carrera, especialmente en la Carrera Administrativa.

En cuanto al primer aspecto, el concepto de mando y jurisdicción se refiere a la potestad de tomar decisiones vinculantes para la Administración y los ciudadanos, dentro de una circunscripción geográfica determinada (nacional, provincial o municipal). Sobre esto no cabe duda de que los Directores Regionales, al poder obligar a la Administración en el ámbito provincial, tienen mando y jurisdicción.

2. La legislación formal.

a. *La Ley Orgánica del IDAAN.*

En la Ley Orgánica del IDAAN no se establece si los Directores Regionales son o no de libre nombramiento y remoción, sólo se afirma que el Director Ejecutivo tiene la potestad de nombrarlos. Es más, no se describe cuáles son los requisitos de idoneidad, habilidad o cualificación para que se pueda nombrar a dichos funcionarios. Esto es apenas lógico ya que, son los Manuales de Clasificación de Puestos, los instrumentos indicados para estos menesteres.

En este sentido en los artículos 17 y 18 de la Ley 98 de 29 de diciembre de 1961, publicada en la Gaceta Oficial número 14. 549 de 12 enero de 1962, se establece que: "el Director Ejecutivo tendrá la representación legal y administrativa del I.D.A.A.N" y en consecuencia, tendrá como atribución la de "nombrar, ascender, trasladar, suspender y remover a los empleados subalternos del I.D.A.A.N., concederle licencias e imponerles sanciones, conforme a los reglamentos".

En Panamá no existe una norma general que clasifique los puestos de los funcionarios del I.D.A.A.N., ni una reglamentación de carrera para este organismo. Por ello, lamentablemente, no existen requisitos específicos, desde la propia Ley Orgánica del IDAAN, respecto del sujeto beneficiario del acto de nombramiento.

En otras palabras, en la Ley del I.D.A.A.N., no se establece que el Director antes de nombrar deba exigirle al o los postulantes al cargo, el requisito de idoneidad o un mérito profesional determinado.

Dentro del nivel funcional de coordinación, el Director Regional no necesariamente es un funcionario operativo o de ejecución. Es un servidor que representa a la Administración Gubernamental, en la Provincia; por lo tanto, es responsable de que se ejecute el plan de gobierno en esa circunscripción geográfica dada.

Es por ello que se podría decir que el Director Regional, para cumplir un papel directivo, de manejo, de conducción u orientación institucional, en cuyo ejercicio se adoptan políticas o directrices fundamentales para el logro del plan de gestión pública propuesto por el gobierno, debe estar revestido de un cierto grado de la necesaria confianza de quien tiene a su cargo dicho tipo de responsabilidades. En este sentido se deja de ser técnico para adoptar las tareas de coordinador e implantador del programa y proyectos de gobierno sectorial, para esa región.

A modo de conclusión se debe afirmar que, de la Ley 15 de 1959, sus modificaciones y reglamentaciones, no se desprende la obligación directa de los funcionarios del Estado de exigirle a las personas que hayan de nombrar como Directores Regionales en el IDAAN, la acreditación de su idoneidad profesional de Ingeniero Civil o Sanitario, ya que en estos puestos no necesariamente se ejercen las tareas propias de estas profesiones.

Por otro lado, a pesar de que no se pueda en la práctica exigir la prohibición legal establecida en el artículo 19 de la Ley 15 de 1959, queda aún la denuncia por el ejercicio ilegal de la profesión de Ingeniero, que además de ser una falta administrativa, es un delito. Según se desprende del Capítulo V del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal.

III: Los principios jurídicos involucrados en la selección de los funcionarios de línea.

De la Norma Fundamental se desprende, como se ha visto, que la permanencia o estabilidad de todo servidor público está condicionada a su competencia¹ en el servicio, lo que significa que, a pesar que para su nombramiento no se requiera una calificación o idoneidad profesional específica en el caso de ser funcionario que no pertenezca a alguna carrera, el nombrado debe desempeñarse con el máximo de sus capacidades².

Resumiendo, podemos afirmar que el nombramiento de los Directores Regionales al no tener que aplicar al sistema de mérito, no es obligante su selección a través de concursos de oposición o selección objetiva. Por ello hoy día el Director Ejecutivo del IDAAN no está obligado a escoger, para el puesto de Directores Regionales a los profesionales de la ingeniería civil o sanitaria.

Con la pretensión de haber colaborado con su Despacho, quedo de usted,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

MdeF/15/hf

¹Ver el artículo 295 de la Carta Política.

²Ver el artículo 297 de la Constitución Política.