

Panamá, 13 de noviembre de 2002.

Honorable Señor

VIDAL CALVO DE LEÓN

Representante del Corregimiento de San Pablo Viejo

Distrito de David - Provincia de Chiriquí.

Señor Representante:

Atendiendo a nuestras funciones constitucionales y legales y en especial como consejera jurídica de los servidores públicos administrativos que consulten nuestro parecer, acuso recibo de su nota s/n de 17 de octubre de 2002, recibida en nuestras oficinas el día 21 del mismo mes y año, a través de la cual nos pregunta sobre "***el reconocimiento o no del derecho de vacaciones a las personas naturales que laboran por Contrato de Servicios Profesionales***".

Concretamente plantea lo siguiente:

" 1- Desde el 16 de septiembre de 1999, se realizó contrato de trabajo anual con la secretaria, y oficinista I, los cuales en el caso de la Secretaria contemplaban del 1 de enero al 31 de diciembre de cada año hasta la fecha respectiva.

En el año 2000 al cumplirse los 11 meses continuos de labores, la misma se acogió a un mes como período de vacaciones pagados por la Junta Comunal. Y lo mismo sucedió en el año 2001.

No obstante, al cumplirse dicho período en agosto de este año la Dirección de Control Fiscal del

Municipio manifestó que ni la secretaria ni la oficinista I, no tienen derecho a acogerse a este período de vacaciones toda vez que no pagaban las deducciones de ley, es decir seguro social etc. La inquietud estriba en saber bajo que fundamento legal esta funcionaria pierde el derecho a vacaciones, y de no ser así bajo que precepto legal se puede amparar la misma.

2- De igual manera, se contrató a una funcionaria que es graduada de Licenciada en Derecho y Ciencias Políticas, pero actualmente no ejerce esta profesión dentro de la Junta Comunal sino que ejerce funciones de secretariado. Al respecto se desea conocer si la misma se le puede contratar por servicios profesionales, donde no se ejerza como secretaria sino como abogada o asesora legal de ser necesario y bajo que fundamento legal se puede realizar. Ello para efectos de poder presentarlo formalmente a la Contraloría General de la República y no tener obstáculo para su refrendo”.

Dictamen de la Procuraduría de la Administración

En consultas anteriores absueltas por este Despacho, específicamente la C-Nº.25 de junio de 1999 y C-Nº. 213 de 7 de septiembre de 1999, se ha mantenido el criterio legal que para los efectos de los contratados por servicios profesionales **no procede el derecho de vacaciones y tampoco seguro social** dado que la relación existente entre el particular y la Institución es ocasional, es decir, por un determinado tiempo, bajo la base de un contrato, que no implica subordinación jerárquica.

Cabe reiterar, que los Contratos por Servicios Profesionales, el o (la) CONTRATISTA ***no está sujeto a horario, subordinación jerárquica, deducciones legales, ni adquiere derecho a***

ninguna prestación laboral, toda vez, que no es considerado servidor público y sólo presta sus servicios profesionales, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Presupuesto Vigente (Ley 55 de 27 de diciembre de 2000) y el Manual de Gasto Público. *A su vez, del contrato por servicios profesionales no se derivan relaciones obrero - patronales.* (Resaltado de la Procuraduría de la Administración.)

De acuerdo al artículo 294 de la Constitución Política, un servidor público es aquél nombrado permanente o temporalmente por el Estado para desempeñar una función pública, por tanto se excluyen de la categoría de servidores públicos aquellas personas que el Estado contrata para que realicen una tarea específica, a través de un Contrato Administrativo regido por las normas de Derecho Público (Código Administrativo) y supletoriamente el Código Civil en materia de contratación. Estas personas son contratadas para desempeñar los llamados servicios personales o profesionales.

En este caso, la relación entre el particular y el Estado es contractual por lo cual los derechos y obligaciones de ambos surgen de ese contrato siendo ley entre las partes (art. 976, Código Civil), en consecuencia los derechos que pueda tener el particular contratado pueden ser similares a los de los servidores públicos siempre que se haya pactado, o sea, que puede tener derecho a vacaciones, sobresueldo, etc. como un funcionario público siempre y cuando esto se hubiera pactado así en el contrato.

En cuanto a los servidores públicos contratados por servicios profesionales debemos aclarar que dicho concepto lo podemos encontrar en el Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, clasificándolo de la siguiente forma:

“CODIGO DETALLE

020 Honorarios

Son los gastos por servicios personales prestados ocasionalmente por profesionales o técnicos que no son funcionarios públicos, tales como

investigaciones exámenes y peritajes etc. Estos servicios se prestarán en base a un contrato, que no implica subordinación jerárquica.

...

022 Servicios especiales

Son las compensaciones por servicios personales prestados por profesionales o técnicos que no son empleados públicos. La Ley de Presupuesto para la vigencia fiscal de 2002 (Ley N°55 de 31 de diciembre de 2001, publicada en G.O. N°24,209 de 31 de diciembre de 2000), al igual que sus antecesoras, incluye una norma general relativa a honorarios, que dice:

“ARTÍCULO 174. Se podrá cargar a esta partida la contratación de funcionarios ...

Los contratos con profesionales o técnicos, personas naturales, nacionales o extranjeras para la realización de estudios, investigaciones, diseños, supervisión de obras, capacitación y otros de similar naturaleza se imputarán a la partida de Consultorías y Servicios Especiales...

La doctrina coincide con nuestro criterio y nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a que las personas contratadas por el Estado para realizar servicios personales o servicios profesionales no se incorporan a la Administración Pública, sino que se limitan a realizar única y exclusivamente una tarea determinada, sin que se les apliquen las disposiciones del régimen de servidores públicos. Al respecto, el Tratadista SAYAGUES LASO señala:

“También se ingresa a la función pública por contrato. Son situaciones poco frecuentes, pero existen. No debe confundirse esta hipótesis con el caso de arrendamiento de servicios con particulares. En este último la persona que arrienda sus servicios no se incorpora a la Administración, limitándose a realizar para ella

determinada tarea, igual que como podría hacerlo para otros particulares. En cambio en aquella la persona que se incorpora a la Administración, ingresando mediante un pacto que fija determinadas condiciones para la presentación de su actividad personal.” (**SAYAGUÉZ LASO, Enrique**, Tratado de Derecho Administrativo, t.I., Montevideo, págs 235 a 238).

En suma, si el interés del señor Representante, es de nombrar algún personal, con el fin de que goce de los derechos y deberes de un servidor público, no debe hacerlo por la figura de contrato de servicios profesionales, por las razones antes expuestas, en todo caso, deberá hacerlo por un contrato por tiempo definido (llámese eventual, contingente) o bien vía el nombramiento permanente, a través del Decreto o instrumento legal al efecto, con la finalidad de que se le hagan las deducciones de ley.

Téngase en cuenta, que los descuentos legales, tales como: seguro social, seguro educativo, impuesto sobre la renta y en consecuencia, el pago de vacaciones **son elementos propios de la existencia de una relación laboral**. Así pues, que para que se den las mismas tiene que darse dicha relación; la que según nuestra legislación no surge en el contrato por servicios profesionales.

En cuanto a la segunda interrogante, somos del criterio que la funcionaria en comento no puede ser contratada como asesora legal y secretaria toda vez que esto sería incompatible con las funciones específicas que ya tiene definidas en la ley, aunado a que un mismo funcionario no puede ocupar dos cargos al mismo tiempo pues esta es una prohibición Constitucional contenida los artículos 298 y 304.

El artículo 298 de la Constitución Política, establece que los servidores públicos no podrán percibir dos o más sueldos pagados por el Estado ni desempeñar puestos con jornadas simultáneas de trabajo, salvo los casos especiales que determine la Ley. Lo que busca el constituyente

con esta prohibición, es que el funcionario no devengue dos salarios por dos cargos a excepción de los de carácter docente.

La Ley N°. 46 de 10 diciembre de 1952, publicada en Gaceta Oficial N°.11958 de 22 de diciembre de 1952, "*por la cual se fija la escala general de sueldos, se clasifican todos los funcionarios y empleados públicos y se dictan otras medidas de carácter fiscal y administrativo*"; establece dichas excepciones en su artículo 6, lo que a seguidas se lee:

"Artículo 6. Ninguna persona podrá devengar dos o más sueldos, asignaciones o remuneraciones de cualquier clase pagadas con fondos del Estado, ***municipales*** o instituciones autónomas o semiautónomas, a menos que se trate de los siguientes casos:

- a) Los funcionarios y empelados públicos que además de las funciones a su cargo, desempeñen funciones en establecimiento de educación fuera de las horas en que deba prestar sus servicios en su despacho, siempre que no devenguen en total suma mayor de B/.750.00 mensuales."
- b) Los funcionarios y empleados públicos, que, además de las funciones a su cargo, presten servicios profesionales en Clínicas o Dispensarios del Estado, Municipales o entidades autónomas o semiautónomas fuera de las horas en que deben prestar servicios en su despacho..."¹

Para la doctrina, ese principio constitucional sobre que: "a cada empleado debe corresponder un sueldo o asignación y que ningún empleado puede devengar simultáneamente dos sueldos del mismo

¹ La frase del literal a) " remuneraciones de cualquier clase", del citado artículo fue declarada inconstitucional por Sentencia de 19 de julio de 1965, (Publicada en Repertorio Jurídico N°.7, julio de 1965 p.12) y la frase del literal b), "o entidades autónomas o semiautónomas" fue declarada inconstitucional a través de Sentencia de 18 de junio de 1965.

Tesoro Nacional, para el caso nuestro, comprende dos factores, el de incompatibilidad y de moralidad administrativa. Ello entonces, permite al servidor público devengar sólo una asignación del Estado.

Por todo lo anterior, este despacho concluye que no corresponde contratar a la funcionaria en dos cargos habida cuenta que esto iría contra lo que dispone la Constitución Política y las leyes vigentes, en todo caso, se le sugiere al señor representante evaluar la importancia de las dos posiciones y determinar la que más corresponda a las necesidades de la Junta Comunal.

En estos términos he dejado expuesto nuestro criterio, esperando haber aclarado su interrogante, me suscribo de Usted, con mi acostumbrado respeto, atentamente.

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/20/hf.