

**REPÚBLICA DE PANAMÁ
AUTORIDAD NACIONAL DE TRANSPARENCIA
Y ACCESO A LA INFORMACIÓN**

RESOLUCIÓN No. ANTAI/DS/034-2020. Panamá, seis (6) de agosto de dos mil veinte (2020).

**LA DIRECTORA GENERAL DE LA AUTORIDAD NACIONAL
DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACION**

En uso de sus facultades legales y considerando,

Que el numeral 6 del artículo 6 de la Ley No. 33 de 25 de abril de 2013, por la cual se crea la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información (ANTAI), dispone que la Autoridad tiene entre sus atribuciones, fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones legales sobre la Ley de Transparencia, el Código de Ética, gobiernos abiertos, acceso a la información y otras iniciativas afines a la prevención previstas en convenciones, tratados, programas, convenios y cualquier otro acuerdo internacional o nacional en materia contra la corrupción y en pro de la transparencia gubernamental.

Que el numeral 10 de dicha excerta legal faculta a esta Autoridad a examinar de oficio o por denuncia pública la gestión administrativa en los diversos entes estatales, a fin de identificar hechos que contraríen dicha normativa, por incurrir en conductas que afecten la buena marcha del servicio público y causen erogaciones innecesarias al erario.

Que cónsono con lo anterior, el numeral 24 de dicho artículo 6 lex cit, confiere atribución a esta Autoridad para la atención de quejas ante hechos que puedan afectar la transparencia y la ética en el servicio público.

Que, por medio de Resolución de 28 de abril de 2020, esta Autoridad ordenó el inicio de proceso, relacionado a presuntas violaciones a las disposiciones contenidas en el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, la Ley Transparencia y la Ley No. 33 de 25 de abril de 2013, en virtud de denuncias públicas hechas a través de las redes sociales de este despacho, en que se advierten supuestas irregularidades en el nombramiento de recurso humano en el Ministerio de la Presidencia.

ANTECEDENTES:

La Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información, a raíz de la denuncia pública promovida, inició la investigación respectiva, con el fin de determinar si se vulnera el contenido del Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, la Ley de Transparencia y la Ley No. 33 de 25 de abril de 2013, y determinar si el nombramiento de [REDACTED] cumple con lo normado en el artículo 13 del referido cuerpo normativo, en cuanto a la aptitud del servidor público para el desempeño del cargo. Así, el Código de Ética ordena que: "quien disponga el nombramiento de un servidor público debe comprobar que el escogido cumpla con todos los requisitos dispuestos por la ley o los reglamentos para determinar su idoneidad para el ejercicio del cargo." Por lo que resulta un mandato para el ente nominador o el superior jerárquico que exista la idoneidad y la aptitud exigidos por ley para tales efectos, pues adicionalmente, la norma trae una prohibición al servidor público designado, por cuanto, ninguna persona debe aceptar ser nombrada en un cargo para el que no tenga aptitud.

Mediante Nota No. ANTAI/OAL/072-2020 de 29 de abril de 2020, la Autoridad le solicitó al Ministerio de la Presidencia un informe explicativo relacionado con las presuntas violaciones a las disposiciones contenidas en el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, o supuestas irregularidades en el nombramiento del personal de ese despacho.

INFORME EXPLICATIVO DEL MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA:

El Ministerio de la Presidencia mediante Nota No. MIPRE-2020-0010695 de 6 de julio de 2020, remitió el informe requerido, indicando lo siguiente:

"En relación con el tema objeto de la consulta me permito informarle que [REDACTED] ha celebrado dos (2) contratos por servicios profesionales, con el Ministerio de la Presidencia:

1. Contrato No. 52-209 de 7 de agosto de 2019, periodo comprendido del 12 de julio al 31 de diciembre de 2019.

2. Contrato No. 05-2020 de 2 de enero de 2020, periodo comprendido del 2 de enero al 31 de diciembre de 2020, en los cuales se obliga a cumplir con los aspectos incluidos en su propuesta, las cuales forman parte de los contratos y se encuentran detalladas en la primera cláusula de estos.

Por lo antes descrito, a la contratación de la señora [REDACTED] no le es aplicable el manual de clases ocupacionales del Ministerio de la Presidencia, ya que no ha sido contratada como servidora pública, por lo que no está sujeta a horario, subordinación jurídica, ni adquirirá derecho a ninguna prestación laboral como consecuencia de los contratos celebrados, tal y como se ha establecido en la cláusula tercera de ambos contratos y de acuerdo con la Ley de Presupuesto vigente y el manual de Gastos Públicos....." (cit) (f. 9-10) (El resaltado es nuestro)

Adicional al informe explicativo, el Ministerio de la Presidencia, remitió copia de los siguientes documentos:

1. Contrato No. 52-2019 de 7 de agosto de 2019.
2. Contrato No. 05-2020 de 2 de enero de 2020.
3. Acta de aceptación de informe mensual suscrito por el Ministro de Cultura (f. 21, 27, 33, 39, 46, 50, 54, 58, 62, 66).
4. Informes de trabajos presentados por la señora [REDACTED]
5. Fotos de diferentes tareas y actividades de la señora [REDACTED] prestando sus servicios profesionales.

DECISION DE ESTA AUTORIDAD:

A fin de dar cumplimiento con lo dispuesto en el numeral 31 del artículo 6, de la Ley No. 33 de 25 de abril de 2013, esta Autoridad se avoca a emitir la Resolución respectiva en la presente investigación, procediendo a evaluar los elementos materiales del proceso que nos ocupa, conforme a las reglas de la sana crítica, en acatamiento de lo que al efecto dispone el artículo 145 de la Ley No. 38 de 31 de julio de 2000, a fin de determinar si se ha incurrido en las presuntas irregularidades administrativas denunciadas o si se han cometido posibles violaciones al Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, la Ley de Transparencia y la Ley No. 33 de 25 de abril de 2013.

De las normas citadas supra, puede apreciarse que esta Autoridad se encuentra facultada legalmente para examinar la gestión administrativa de las entidades del Gobierno Central, tal como lo dispone el numeral 10 del artículo 6 de la Ley No. 33 de 25 de abril de 2013, por lo que, en el caso bajo examen, estamos en presencia de una denuncia pública en contra de una presunta servidora pública del Ministerio de la Presidencia, por lo que la Autoridad tiene competencia para conocer sobre la misma, siendo que es la entidad rectora y fiscalizadora en materia de transparencia y ética.

En tal sentido, resulta importante destacar que el Decreto Ejecutivo No. 246 de 2004, que dicta el Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, cuyo ámbito de aplicación alcanza a todos los servidores públicos, sin perjuicio de su nivel jerárquico, que presten servicios en las diferentes instituciones del gobierno central, entidades autónomas o semiautónomas, lo mismo que en empresas y sociedades con participación estatal mayoritaria.

Con vista a lo anterior, debe precisarse si [REDACTED] ostenta la calidad servidora pública de acuerdo con nuestras normas legales toda vez que, mediante dicha calidad se podrá determinar el cumplimiento o no de las funciones que debe observar como tal, y en ese sentido, establecer la aplicación de los principios y disposiciones del Código de Ética de los Servidores

Públicos o sí deben serle aplicadas otras disposiciones legales en ausencia de tal calidad.

El artículo 299 de la Constitución Política de la República de Panamá, dispone que son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas, y en general, las que perciban remuneración del Estado.

Artículo 299. Son servidores públicos las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas, y en general, las que perciban remuneración del Estado.

Dicho precepto constitucional reconoce y ampara a los servidores públicos nombrados temporal o permanentemente en alguna de las entidades que señala dicho artículo y a quienes reciben pagos o salarios por parte del Estado, como contraprestación por servicios prestados.

Consultable de fojas 11 a 20 del presente infolio, se aprecian los contratos por servicios especiales No. 52-2019 de 7 de agosto de 2019 y 05-2020 de 2 de enero de 2020, suscrito entre el Estado y la señora [REDACTED] en calidad de [REDACTED], cuyas funciones consiste primordialmente en prestar sus servicios profesionales como [REDACTED], a fin de planificar, coordinar y supervisar actos y/o eventos de la Presidencia de la República, entre otras, que describe la cláusula primera del referido contrato.

Conforme se aprecia en la cláusula tercera del contrato, la contratista no está sujeta a horario, subordinación jurídica, ni adquirirá derecho a ninguna prestación laboral como consecuencia del presente contrato, toda vez que no es considerada servidora pública y sólo presta sus servicios profesionales.

En atención a las consideraciones planteadas y conforme a lo normado en el artículo 299 de la Constitución Política de la República, así como del artículo 2 del Decreto Ejecutivo 246 de 2004, la señora [REDACTED] no es considerada servidora pública, ni tampoco cumple con una función pública, ya que no nos referimos a una actividad permanente o temporal, sino a un Contrato por Servicios Especiales, por tal motivo, esta condición jurídica escapa del ámbito de aplicación del Código de Ética de los servidores públicos, no obstante lo anterior, le son aplicables otras disposiciones vigentes, como lo es la Ley No. 110

de 12 de noviembre de 2019 y el Texto Único de la Ley No 22 de 27 de junio de 2006.

Resulta indispensable, para el estudio adecuado del presente proceso administrativo, verificar lo que dispone, el artículo 276 de Ley No 110 de 12 de noviembre de 2019, que regula la figura del Contrato por Servicios Especiales, norma que es del siguiente tenor:

"Artículo 276. Servicios especiales.

Los servicios especiales comprenden los servicios prestados por profesionales, técnicos o personales naturales que no son empleados públicos, siempre que no tengan cargos similares en la estructura de puestos de la entidad. Se podrá cargar a esta partida la contratación de funcionarios, cuando estos obtengan licencia sin sueldo en la institución donde laboran y los servicios sean prestados en una institución distinta a la que concede la licencia.

Corresponderá a la Contraloría General de la República la verificación y el control de la dualidad e incompatibilidad para el ejercicio de dicha contratación. Se entiende que no existe dualidad cuando el contratista sea pagado a través de gasto 172 y labora en el sector privado.

Los honorarios mensuales para este tipo de contratación no excederán el monto equivalente a tres mil balboas (B/.3,000.00) mensuales, y la autorización se otorgará de acuerdo con el detalle incluido en el Presupuesto General del Estado. Los contratos que por la calidad del servicio excedan el monto establecido deberán contar con excepción del Órgano Ejecutivo.....

....." (cit) (El resaltado es nuestro).

Un análisis de los servicios pactados en el Contrato No 05-2020 de 2 de enero de 2020, así como los Informes rendidos por [REDACTED] [REDACTED] permite afirmar que las tareas prestadas se apartan de la exigencia que contiene el artículo 276 de la Ley No 110 de 12 de noviembre de 2019, por cuanto no se trata de un cargo inexistente en la estructura de puestos de la entidad, pues observa esta Autoridad que el Ministerio de la Presidencia cuenta con el cargo de [REDACTED] motivo por el cual la contratación objeto de análisis no cumple con lo ordenado por la norma ya dicha, pues dicho tipo de contratación resulta aplicable únicamente en los casos en que se trate de servicios requeridos, en virtud de la inexistencia de tales cargos en la estructura de puestos de la entidad, lo cual no ocurre en el caso de marras.

Dada la naturaleza de los contratos de servicios especiales, como el que nos ocupa, la persona contratada, no se incorpora a la administración, sino que se limita únicamente a realizar una tarea determinada, igual como podría hacerlo para otros particulares, sin que le sean aplicables las normas constitucionales y legales, exigidas al servidor público, aplicándose entonces otras disposiciones

vigentes, como lo son las ya señaladas supra, además de lo previamente pactado en la contratación respectiva.

Es en ese mismo sentido, que las exigencias del artículo 333 de la Ley No 110 de 12 de noviembre de 2019, resultan inaplicables a quienes prestan servicios a entes públicos, bajo la modalidad tanto de contratos especiales, como de servicios profesionales. La norma en cuestión se refiere específicamente a los **traslados de funcionarios entre entidades del Estado**, lo cual fue aplicado en el presente caso, a pesar de que la señora [REDACTED] no es considerada servidora pública, tal y como se explicó en párrafos anteriores.

Esa especial condición de la contratista [REDACTED] hace jurídicamente inviable que se le haya aplicado el tratamiento de dicha norma, como si se tratara de una servidora pública. Nótese que la disposición bajo análisis exige expresamente la condición de funcionario público, para que sea procedente el traslado a otra entidad del Estado, resultando la inaplicabilidad de esta para otros individuos que prestan servicios al Estado bajo otra modalidad distinta. Es de recordar que conforme a la normativa vigente [REDACTED] carece de la condición de funcionaria pública, por lo cual se encuentra impedida legalmente de prestar servicios a una entidad distinta de la que le contrató, incurriéndose entonces en la nulidad del Contrato No 05-2020 de 2 de enero de 2020, por cuanto la infracción al artículo 333 de la Ley No. 110 de 12 de noviembre de 2019, acarrea la nulidad del referido contrato, conforme a lo que al efecto disponen los artículos 166 y 171 del Texto Único de la Ley No. 22 de 27 de junio de 2006.

Observa este despacho que según lo pactado en la cláusula primera del Contrato No 05-2020 de 2 de enero de 2020, quedó claramente establecido que la contratista se obligó a prestar sus servicios profesionales en el Ministerio de la Presidencia únicamente. De forma complementaria a dicha obligación contraída por la contratista, se enlistan, en esa misma cláusula, las obligaciones y deberes que debía cumplir conforme al contrato en cuestión, teniendo todas ellas como elemento en común la obligatoriedad de servicio ante el Ministerio de la Presidencia, que constituye el ente contratante.

La Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información le corresponde velar por la transparencia, así como el respeto al Código Uniforme de Ética de los Servidores Públicos, teniendo la facultad legal de proponer y asesorar a los entes públicos en el cumplimiento de todo lo relativo a acceso a la información, transparencia y temas relacionados, conforme lo dispone el numeral 25 del artículo

6 de la Ley No. 33 de 25 de abril de 2013. Es así que resulta imperativo para esta Autoridad, que dada la importancia y el alcance jurídico que tiene el tema objeto de análisis, se adecuen los actos de la administración a constantes perfeccionamientos, a efectos de fortalecer las acciones de transparencia de todos los agentes del Estado, en la procura de que cada una de las tareas y gestiones ejecutadas por cualquier servidor público sea oportuna, eficaz y libre de reproche ciudadano, mejorando así el debido ejercicio de la función pública.

En ese mismo sentido, la Autoridad tiene entre sus objetivos promover una gestión pública transparente, eficiente y eficaz en las instituciones, conforme lo dispone el numeral 3 del artículo 4 lex cit., por lo que, en aras de garantizar que tanto las acciones de personal, como las contrataciones de terceros por parte del Ministerio de la Presidencia se adecuen a tales caracteres, se hace necesario recomendar y aconsejar a dicho Ministerio, proceder con la declaratoria de nulidad del Contrato No 05-2020 de 2 de enero de 2020, en la procura de enfatizar la transparencia, eficiencia y eficacia a los actos respectivos de dicho Ministerio.

Finalmente, esta Autoridad debe afirmar que las normas del Código de Ética como disposiciones de buen gobierno, le imponen al servidor público actuar con pleno conocimiento de las materias sometidas a su consideración, y al cumplimiento de sus funciones de manera personal, de conformidad con las leyes y reglamentos, ya que el ejercicio de la función pública debe inspirar confianza en la comunidad y evitar poner en peligro la imagen que tiene la sociedad sobre sus servidores públicos, resultando oportuno tomar las providencias necesarias, a efectos de subsanar cualquier reproche público, pues no escapa para esta Autoridad el hecho de que ha habido un clamor ciudadano en torno al proceso que nos ocupa, pues el mismo ha sido de amplia publicidad tanto en los medios de comunicación, como en las redes sociales.

Por lo anterior y a efectos de que se subsanen los hechos objeto de análisis, este despacho se encuentra en la obligación de adelantar todas las gestiones pertinentes para ello, tomando acciones inmediatas para su adecuado cumplimiento, por lo que esta Autoridad, como viene dicho, recomendará y aconsejará la declaratoria de nulidad del Contrato No 05-2020 de 2 de enero de 2020, conforme a lo expuesto.

Por los hechos expuestos, la Directora General de la Autoridad Nacional de Transparencia y Acceso a la Información en uso de sus facultades legales,

RESUELVE:

PRIMERO: RECOMENDAR y ACONSEJAR al [REDACTED] proceder con la declaratoria de nulidad del Contrato No 05-2020 de 2 de enero de 2020, celebrado entre dicho Ministerio y [REDACTED] conforme a la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO: NOTIFICAR al Señor [REDACTED] [REDACTED] del contenido de la presente Resolución.

TERCERO: ADVERTIR, que contra la presente Resolución cabe Recurso de Reconsideración dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su notificación.

CUARTO: ORDENAR el cierre y archivo del presente proceso administrativo incoado contra [REDACTED] mujer, panameña, mayor de edad, portadora de la cédula de identidad personal No [REDACTED] residente de esta ciudad.

FUNDAMENTO DE DERECHO:

Artículo 299 de la Constitución Nacional.

Artículos 4, 6 y 31 de la Ley No 33 de 25 de abril de 2013.

Artículos 1, 23, 35, 166 y 171 del Texto Único de la Ley No 22 de 27 de junio de 2006.

Artículos 274, 276 y 333 de la Ley No 110 de 12 de noviembre de 2019.

Artículo 43 del Texto Único de la Ley 9 de 20 de junio de 1994

Artículos 834 y 835 del Código Judicial.

Artículos 140 y 145 de la Ley No 38 de 31 de julio de 2000.

Artículos 1, 3, 8, 9, 11, 13, 15 y 24 del Decreto Ejecutivo N° 246 de 15 de diciembre de 2004.

Notifíquese y cúmplase



MGTRA. ELSA FERNÁNDEZ A.
Directora General

antai

AUTORIDAD NACIONAL DE TRANSPARENCIA
Y ACCESO A LA INFORMACIÓN

DEPARTAMENTO DE ASESORIA LEGAL

Hoy 17 de febrero de 2021

a las 8:30 de la manana notifiqué a

_____ de la resolución anterior.

Firma del Notificado (a)

(Confirme a edictor a
foja 79).

[Redacted]

UT: 22/2/21.