

Panamá, 27 de febrero de 1998.

Licenciada
Raquel Ng
Directora Nacional de Administración
Ministerio de Educación
E. S. D.

Distinguido Señora Directora:

En cumplimiento del mandato legal de servir de consultor jurídico de los funcionarios públicos administrativos, conforme al numeral 4° del artículo 348 del Código Judicial, pasamos a dar respuesta a su Nota N°DNA/ de 13 de febrero de 1998, referente al pago de vacaciones de funcionarios públicos contratados por servicios profesionales.

En primer lugar, consideramos necesario hacer una breve introducción sobre el derecho de vacaciones y otros conceptos relacionados con la presente Consulta, antes de contestar específicamente su pregunta.

Las vacaciones es un derecho consagrado constitucionalmente de forma irrenunciable que esta formado por el período de vacancia o tiempo efectivo de descanso, y por la retribución que equivale al sueldo ordinario que normal recibe el trabajador o servidor público por igual tiempo laborado. La Constitución Política señala al respecto:

“ARTICULO 66.- La jornada máxima...
Además del descanso semanal, todo trabajador tendrá derecho a vacaciones remuneradas.
La Ley...” (Subrayado nuestro)

Por su parte, el Código Administrativo consagra en materia de vacaciones la siguiente disposición:

“ARTICULO 796.- Todo empleado público nacional, provincial, o municipal, así como también el obrero que trabaje en obras públicas, y en general todo servidor público aunque no sea nombrado por Decreto, tiene

derecho, después de once meses continuados de servicio, a treinta días de descanso con sueldo.

El empleado público nacional, provincial o municipal que después de once meses continuados de servicio fuere separado de su puesto, por renuncia o remoción, sin haber hecho uso del mes de descanso a que se refiere este artículo, tendrá derecho a que se le reconozca y pague el mes de sueldo que corresponda al descanso, siempre que la separación del cargo no obedezca a la comisión de alguna falta grave en el ejercicio de su empleo.

PARAGRAFO: Estas vacaciones son obligatorias para todos los empleados públicos de que trata esta Ley y el Estado está obligado a concederlas.”

Igualmente, la Ley N°9 de 20 de julio de 1994 “por la cual se establece y regula la Carrera Administrativa (G.O. N°22.562 de 21 de junio de 1994), dispone lo siguiente:

“**ARTICULO 135.-** Los servidores públicos en general tendrán derecho a:

1. Ejercer las funciones atribuidas a su cargo;
2. Tomar o disfrutar del descanso anual remunerado y vacaciones proporcionales;...”

Como podemos apreciar, dicha Ley determina que todo funcionario público, sea de Carrera o no, tiene derecho a un descanso anual remunerado (vacaciones) y a vacaciones proporcionales, ya que la siguiente norma de esta Ley, artículo 136, precisa cuales son los derechos y prestaciones adicionales que tienen exclusivamente los servidores públicos de carrera.

En cuanto a la vigencia de la Ley N°9 de 1994, esta institución es del criterio que están vigente aquellas disposiciones generales que consagran derechos comunes a todo funcionario público (vacaciones, vacaciones proporcionales, licencia sin sueldo, etc.), mientras que aquellas otras disposiciones específicas de los funcionarios públicos de carrera entrarán en vigencia progresivamente de acuerdo al cumplimiento de un cronograma precisado por la misma Ley. En Consulta del Director del IFARHU a esta institución detallamos lo siguiente:

“Del lenguaje legal se desprende con claridad meridiana e incuestionable que, los servidores públicos en general, tienen derechos y obligaciones reconocidos e impuestas por la Ley de Carrera Administrativa. Basta tan solo leer el enunciado preliminar de los artículos 135 y 137 de esa Ley.

Es más, la Ley de Carrera Administrativa no sólo es aplicable en cuanto a los derechos y deberes, sino también a ciertas acciones de personal, que según la Ley, le son propias a los servidores en general.

Sobre esto se puede agregar algo importante, y es que la Ley con sabiduría, al momento de enunciar las materias específicas, en sus títulos y capítulos, aclara que esos temas le son aplicables a servidores de carrera administrativa, Verbigracia, el título IV, los capítulos II, V, VI, VIII y X del Título V.” (Consulta N° C-281/96 de 9 de octubre de 1996)

Por ende, consideramos que el derecho de vacaciones está vigente constitucional y legalmente en nuestro ordenamiento jurídico tanto para funcionarios públicos como trabajadores del sector privado. En cambio, el derecho de vacaciones proporcionales, en principio está vigente en el sector público, puesto que se trata de un derecho general para todo funcionario sea o no funcionario de carrera (Títulos VI, VII, y VIII).

Por su parte, 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)

Por otra parte, el término servidor público es plasmado constitucionalmente de la siguiente forma:

“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; en general, las que perciban remuneración del Estado.”

El Código Administrativo hace referencia a los empleados administrativos, en los siguientes términos:

“ARTICULO 755.- En general, son empleados administrativos nacionales los que intervienen exclusivamente en asuntos de la Nación, y municipales, los que manejen asuntos de Distritos, aunque tengan alguna intervención en los de la Nación.
Pueden...”

La Ley de la Carrera Administrativa conceptúa como servidor público, lo siguiente:

“ARTICULO 2.- Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos a la luz del presente glosario:

Abandono del puesto...

Servidor Público: Es la persona nombrada temporal o permanentemente en cargos del Organó Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas y, en general, la que perciba remuneración del Estado.

Los Servidores...”

De las anteriores disposiciones legales podemos deducir que 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 de vacaciones, sobresueldo, etc. como un funcionario público si previamente se estableció 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	<p>HONORARIOS</p> <p>Son los gastos por servicios personales prestados ocasionalmente por <u>profesionales o técnicos que no son funcionarios públicos</u>, tales como investigaciones exámenes y peritajes. Estos servicios se prestarán en base a un contrato, que no implica subordinación jerárquica.</p>
021	Dietas...
022	<p>Servicios especiales</p> <p>Son las compensaciones por servicios personales prestados por <u>profesionales o técnicos que no son empleados públicos</u>.</p>
030	<p>GASTOS DE REPRESENTACION ...”</p> <p>(Subrayado nuestro) (Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, Dirección de Presupuesto de la Nación del Ministerio de Planificación y Política Económica: 1980, agosto, pág. 27)</p>

La Ley de Presupuesto para la vigencia fiscal de 1998 (Ley N°44 de 24 de diciembre de 1997, G.O. N°23,446 de 26 de diciembre de 1997), al igual que sus antecesoras, incluye una norma general relativa a honorarios, que dice:

“**ARTICULO 174.-** Se podrá cargar a esta partida la contratación...

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 Consultoría y servicios Especiales...” (Subrayado nuestro)

La doctrina coincide con nuestro criterio y con 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 le aplique las disposiciones del régimen de servidores públicos.

En este sentido se manifiesta el maestro **SAYAGUÉS LASO**:

“ También se ingresa a la función pública por contrato. Son situaciones poco frecuente, pero existe. 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 como podría hacerlo para otros particulares. En cambio, en aquella persona se incorpora a la administración, ingresando mediante un pacto que fija determinadas condiciones para la prestación de su actividad personal (1).

La persona que ingresa a la función pública mediante contrato, no está sustraída totalmente al régimen estatutario general. Esta rige salvo en cuanto hubieren pactado expresamente condiciones distintas (2), en cuyo caso deben reputarse las estipulaciones convenidas.

Pero ha de tenerse en cuenta que la Administración no tiene libertad para tales contrataciones y, por el contrario, sólo facultades muy limitadas (3) no pudiendo recurrir a ese procedimiento para eludir la aplicación de las disposiciones constitucionales y legales que limitan o condicionan el ingreso a las funciones públicas, o que regulan su ejercicio (4).

 (1) Un ejemplo: la administración necesita un funcionario especializado para la dirección de determinado servicio; con ese fin pacta con un técnico enviarlo al extranjero en viaje de estudios, para su especialización, y éste, a su vez, se compromete a desempeñar el cargo por un plazo mínimo de tantos años.

(2) Waline, p. 307.

(3) Generalmente se necesita texto legal expreso. A veces la autorización para contratar surge implícitamente destinadas expresamente a ese fin.

(4) Con frecuencia se acude a un pseudo contrato, ya que no se pacta ninguna condición específica. En ese caso hay una verdadera designación, rotulada como arrendamiento de servicio, que generalmente tiene por objeto eludir las disposiciones que exigen la

ciudadanía del designado o que establecen garantías de inamovilidad, etc. La simulación es evidente y por lo tanto no surte sus efectos, debiendo aplicarse las normas constitucionales y legales que corresponden.” (SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, t. I., 2º edic., Edit. Martín Bianchi Altuna, Montevideo, Uruguay: 1959, págs. 292 y 293)

Por su parte, el tratadista **VIDAL PERDOMO** nos comenta:

“Si bien el nombramiento de tales personas, entraña una contratación, dicho acto se perfecciona fundamentalmente por medio de un derecho (si es a nivel de Gobierno Central) o una resolución o resuelto (tratándose de instituciones autónomas o semiautónomas) más que de un contrato. En el primer caso, el decreto o resolución de nombramiento, la administración actúa en su carácter público como empleador en una relación de índole eminentemente administrativa. Mientras que en el segundo caso el contrato, la administración puede actuar, reservándose o concediendo ciertos privilegios que son inherentes a la noción de gobierno y que no pueden figurar en los contratos de los particulares porque son contrarios al principio de la igualdad de las partes, o de que el contenido es Ley para ellas y no puede ser modificado sin su consentimiento; en cuyo caso también lo hace en su carácter público, renunciando a los privilegios que tienen como ente público y se somete a la ley civil como los particulares inhibiéndose así para modificar unilateralmente el contrato o para otorgar privilegios.” (VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo General, Edit. Temis, Bogotá, Colombia: 1966, pág. 405, citado en nuestra Nota N° C-154 de 26 de julio de 1993)

Cabe reiterar que el Contrato por servicios profesionales celebrado entre una institución pública y un particular es un contrato administrativo, porque incluye cláusulas que exorbitan el ámbito privado dadas las prerrogativas que posee el Estado frente al administrado, por tanto a este Contrato le es aplicable en general las normas de Derecho Público, en específico el Código Administrativo, y supletoriamente el Código Civil; y, cualquier conflicto que surja entre ambas partes es competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, Sala III, de la Corte Suprema de Justicia, luego de agotar la vía gubernativa.

En cuanto al Código de Trabajo, éste en principio no rige las relaciones entre el Estado y sus funcionarios públicos, como lo señala el siguiente artículo:

“ARTICULO 2.- Las disposiciones...

Los empleados públicos se regirán por las normas de la Carrera Administrativa, salvo en los casos en que expresamente se determine para ellos la aplicación de algún precepto en este Código.”

Como ya advertimos que el particular contratado por la Administración Pública para realizar una tarea específica no es un funcionario público, en consecuencia el Código de Trabajo le es aplicado de manera más restringida a este tipo de Contrato, sólo para tomar principios y conceptos de instituciones laborales a fines, como salario, salario mínimo, licencia por maternidad, etc.

De allí que el análisis de los Asesores Legales del Ministerio de Educación, a la luz del Código de Trabajo, en cuanto a los términos de subordinación o dependencia y relación de trabajo, sólo es ilustrativo por que si bien coincidimos que en base al texto de los Contratos en estudio no existe subordinación jurídica ya “... que el Instituto Rubiano no ejerció ni podía ejercer en modo alguno dirección en cuanto a la ejecución del trabajo que realizaban los instructores de informática...”.

“ARTICULO 62.- Se entiende por contrata individual de trabajo, cualquiera que sea su denominación, el convenio verbal escrito mediante el cual una persona se obliga a prestar sus servicios o ejecutar una obra a favor de otra, bajo la subordinación o dependencia de ésta.

Se entiende por relación de trabajo, cualquiera sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal en condiciones de subordinación jurídica o de dependencia económica.

La prestación...”

“ARTICULO 64.- La subordinación jurídica consiste en la dirección ejercida o susceptible de ejercerse, por el empleador o sus representantes, en lo que se refiere a la ejecución de trabajo.”

No obstante, si bien no existe subordinación jurídica tenemos nuestras dudas en cuanto a la subordinación económica que rige en el ámbito laboral privado, puesto que esto rebasa el texto del Contrato e ingresa en el ámbito probatorio de un proceso.

“ARTICULO 65.- Existe dependencia económica en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando las sumas que percibe la persona natural que preste el servicio o ejecute la obra constituyen la única o principal fuente de sus ingresos;
2. Cuando las sumas a que se refiere el ordinal anterior provienen directa o indirectamente de una persona o empresa, como consecuencia de su actividad;
3. Cuando la persona natural que presta el servicio o ejecuta la obra no goza de autonomía económica y se encuentra vinculada económicamente al giro de actividad que desarrolla la persona o empresa que puede considerarse como empleador.

En caso...”

Por ello, reiteramos en este caso el Código de Trabajo sólo puede ser utilizado como referencia pero no como basamento legal, puesto que se trata de un Contrato netamente administrativo, y no le rige.

Donde si coincidimos completamente con los Asesores Legales del Ministerio de Educación es sobre la aplicación de descuentos correspondientes al impuesto sobre la renta, seguro social, etc.

En el caso de un servidor público nombrado temporal o permanentemente, éste de inmediato queda sujeto al Régimen obligatorio de Seguridad Social que establece la Constitución Nacional y la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, Decreto-Ley N°14 de 27 de agosto de 1954, que modifica la Ley N°134 de 27 de abril de 1943, modificada por la Ley N°30 de 26 de diciembre de 1991, respectivamente:

“ARTICULO 110.- El Estado podrá crear fondos complementarios con el aporte y participación de los trabajadores de las empresas públicas y privadas a fin de mejorar los servicios de seguridad social en materia de jubilaciones. La Ley reglamentará esta materia.”

“ARTICULO 2.- Quedan sujetos al régimen obligatorio del Seguro Social:

- a) Todos los trabajadores al servicio del Estado, las Provincias, los Municipios, las entidades Autónomas, Semi-autónomas y las Organizaciones Públicas descentralizadas, donde quiera que se presten sus servicios.

Quedan comprendidos asimismo dentro de esta obligatoriedad, aquellos trabajadores públicos que reciban remuneración del Estado a base de un tanto por ciento de las recaudaciones percibidas, como los Recaudadores y los Cónsules Ad-Honorem y los que obtengan pagos por sus servicios de personas naturales o jurídicas, como los Notarios.

b) Todos...”

En consecuencia, todo funcionario público está obligado a pagar su respectiva cuota de seguridad social, la cual debe ser descontada automáticamente. Sin embargo, en el caso de los Contratos por servicios especiales o profesionales estas personas no son funcionarios públicos, no ingresan a la Administración Pública, por tanto no existe la obligación de incorporarlos automática y obligatoriamente al Régimen de Seguridad Social, ellos pueden voluntariamente afiliarse a la Caja de Seguro Social (art. 3 de la Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social).

Por otro lado, La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto, en los siguientes términos:

“Como primera norma que se dice infringida, se cita el artículo 31 ordinales a y b; el artículo 48 del Decreto de Gabinete N°68 del Código de Trabajo.

En cuanto al concepto de la violación, se señala que hay violación literal ya que si bien es cierto que es obligatorio la incorporación al régimen del seguro a todos los trabajadores al servicio de las personas naturales o jurídicas, no lo hace extensivo a las sumas que se perciban por trabajos profesionales.

Las afirmaciones del accionante son ciertas, pero, es el hecho de que ni en el proceso administrativo aducido como prueba, ni la acción Contencioso Administrativa ha demostrado con pruebas, que haya sido servicios profesionales los percibidos por el Ingeniero Francisco Morales...

La Sala insiste en que esos servicios profesionales no han sido demostrados... Existiendo la relación laboral, debe presumirse como salario, los emolumentos percibidos...” (Subrayado nuestro) (Fallo de 27 de febrero de 1985, Sala III de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Suprema de Justicia)

En el caso de los Contratos en análisis es claro que se tratan de servicios profesionales por la naturaleza y cláusulas del mismo Contrato celebrado entre la institución pública y el particular, e incluso por el fondo paraestatal utilizado para efectuar el pago, ya que tenemos entendido que ni siquiera se les pagaba por vía presupuestaria (partida con código 022) sino del fondo de padres de familia del Instituto Rubiano.

Respecto al descuento del Impuesto sobre la Renta tenemos que el Código Fiscal determina:

“ARTICULO 694.- Es objeto de este impuesto la renta gravable que se produzca, de cualquier fuente, dentro del territorio de la República de Panamá sea cual fuere el lugar donde se perciba.

Contribuyente, tal como se usa el término en este Título, es la persona natural o jurídica, nacional o extranjera, que percibe la renta gravable objeto del impuesto...”

“ARTICULO 708.- No causarán el impuesto:

- a) La renta...
- p) La renta neta gravable de las personas naturales que no exceda de Tres Mil Balboas (B/.3,000.00) anuales.
- q) Los intereses...”

En atención a la normativa anterior y al análisis de los Contratos en estudio, ninguno de los dos (2) sobrepasa el monto máximo de renta neta gravable anual de B/.3,000.00 (marzo-diciembre de 1996 = 9 meses = B/.3,600.00 bruto) (marzo-julio de 1997 = 4 meses ½ = B/.1,800.00 bruto). Por ello, el particular contratado está exonerado del pago del impuesto sobre la Renta

Pese a lo anterior, si el monto neto anual de los Contratos hubiera sobrepasado los B/.3,000.00 tampoco procede el descuento directo por parte del Estado, puesto que el particular contratado no es servidor público sino un profesional independiente que debe realizar su declaración de renta.

A fin de reforzar nuestro criterio legal pasamos a citar la Nota N°6670-Leg de 13 de diciembre de 1994 de la Contraloría General de la República enviada a la Dirección General de Ingresos del Ministerio de Hacienda y Tesoro:

“Con relación a su Oficio N°201-705 de 11 de noviembre de 1994 sobre las deducciones tributarias a las personas que prestan servicios profesionales y que se cargan a la partida

022, de honorarios profesionales, debo expresarle lo siguiente:

1. Hemos dado instrucciones a nuestro Departamento de Planilla para que no se hagan las deducciones legales a los profesionales que prestan servicios cargados a la partida 022, como contratistas independientes, no sujetos a subordinación jurídica, ni horario de trabajo y su servicio no es prestado en forma continua, ni permanente, pero tampoco gozan de los derechos propios inherentes al empleado público. Por tanto, él es responsable directo del pago de los tributos legales.
2. Al resto de los empleados, a quienes se les paga de cualquiera otro fondo, recursos o partidas, que queda sujeto a un horario de trabajo, a completa subordinación jurídica del empleador que presta un servicio continuo y quien se le reconocen los derechos propios de un servidor público, deben descontárseles todos los tributos legales.
3. Si se le ha descontado tributos, particularmente el Impuesto sobre la Renta a profesionales que se pagan de la partida 022, y estos tributos han sido remitidos a la entidad correspondiente, especialmente al Ministerio de hacienda y Tesoro a quien corresponde devolver las sumas descontadas en este concepto...”

Las anteriores afirmaciones reiteran la naturaleza de profesional independiente de los particulares contratados por el Instituto Rubiano, o sea, no son funcionarios públicos, ni le son extensivos los derechos y prerrogativas que la ley les reconoce a los mismos.

Con relación a su interrogante, tenemos que nos pregunta:

¿Las personas contratadas por el Instituto Rubiano, para la prestación de servicios profesionales como instructores de informática, por un período de nueve meses, tiene derecho al pago de vacaciones?

En materia de vacaciones de los servidores públicos ya vimos que rige el artículo 796 del Código Administrativo que reconoce tal derecho, no así a vacaciones proporcionales, sin embargo, somos del criterio que en este caso por tratarse de un Contrato por servicios profesionales, donde el contratista es un profesional independiente, rige el artículo 976 del Código Civil que señala:

“ARTICULO 976.- Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tener de los mismos.”

Lo que nos indica que si en el Contrato se pactó el pago de determinada prestación, el Instituto Rubiano tiene la obligación de cumplir con lo estipulado. Si observamos ambos Contratos en estudio, el primero (1996) establece claramente el compromiso de pago de Décimo Tercer Mes y de Vacaciones (Cláusula 2º, lit. c), mientras que el segundo Contrato (1997) reconoce sólo el pago del Décimo Tercer Mes, y meridianamente expresa que “... No se pagara vacaciones.” (Cláusula 2º, lit. c).

Ahora bien, si en el primer Contrato existe la obligación del pago de vacaciones este debe entenderse que se refiere a vacaciones proporcionales puesto que es un Contrato por un término menor de los once (11) meses continuos de trabajo que exige el Código Administrativo (art. 796).

En conclusión, consideramos que sí procede el pago de vacaciones proporcionales únicamente en el Contrato por servicios profesionales celebrado entre el Instituto Rubiano y el Contratista en el período entre el 25 de marzo de 1996 al 25 de diciembre de 1996 (9 meses)

Esperamos haber resuelto satisfactoriamente su interrogante, con muestras de nuestro aprecio,

Cordialmente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AmdeF/6/cch