

Panamá, 29 de octubre de 1996.

Licenciado
Omar R. Chavarría
Director General del
Instituto de Investigación Agropecuaria
E. S. D.

Señor Director General:

Con esta doy respuesta a su atenta Nota N°-481-96, de 25 de septiembre de 1996, a través de cual, en nuestra calidad de consejeros jurídicos de los funcionarios públicos administrativos, nos plantea Consulta relacionada con el derecho que le pudiera asistir al personal contratado temporalmente por su institución al pago y disfrute de vacaciones y otras prestaciones sociales.

Explica usted que "...un número determinado de empleados por contratos del Instituto, ha cuestionado a la Dirección General sobre el pago de sus prestaciones derivadas de la relación de trabajo en concepto de Seguridad Social, como 30 días de vacaciones después de once (11) meses de trabajo consecutivo, ya que según la Dirección Administrativa a todos estos empleados les asiste el derecho; sin embargo, el Departamento de Personal informa y plantea el hecho de que el IDIAP, nunca ha descontado impuesto alguno a los salarios de los empleados por contrato debido al porcentaje que debe cubrir la cuota obrero-patronal, frente a la existencia de un fondo para que el Instituto proceda a efectuar las deducciones en cada caso".

Paso de inmediato a absolver las seis interrogantes que de manera concreta tuvo a bien proponer. Veamos:

PRIMERA INTERROGANTE.

¿ Los empleados que laboran para el Instituto de Investigación Agropecuaria de Panamá bajo contrato son considerados como Funcionarios?

SEGUNDA INTERROGANTE

¿A los funcionarios contratados por el IDIAP, se les paga íntegramente o en "bruto" el total de su salario; le pregunto... debe descontársele de su

salario la cuota de Seguro Social, Renta y Seguro Educativo?

Puedo observar que, cumpliendo con el requisito formal exigido por el numeral 6 del artículo 346 del Código Judicial, tanto en estas dos primeras preguntas, que respondo de manera conjunta por la cercana relación que guardan, como en el resto de sus interrogantes, se ha adjuntado el criterio jurídico del Asesor Legal de su Institución, que en la mayor parte de sus planteamientos coincide con el parecer repetidamente expresado por este Despacho respecto a los puntos en consulta.

Por considerar correctas y ajustadas a derecho la generalidad de las respuestas dadas por su Asesor, en lo siguiente adopto como metodología comentar a lo dicho por aquel funcionario.

En efecto, tal y como lo plantea su consejero jurídico, es el artículo 294 de la Constitución Nacional el que define a los servidores públicos como las personas nombradas temporal o permanentemente en cargos del Organo Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de los Municipios, entidades autónomas y semiautónomas y en general, las que perciban remuneración del Estado.

No obstante, a pesar de que el término remuneración es un concepto genérico que designa cualquier tipo de retribución que alguna persona pudiese recibir, no es correcto jurídicamente afirmar que toda persona que celebra un contrato con el Estado para prestar personalmente sus servicios a cambio de una remuneración es un servidor público.

Existen en nuestro país dos grandes categorías de contratos de servicios personales con el Estado: el contrato de empleo, función o servicio público y el contrato de arrendamiento o alquiler de servicios profesionales.

Presupuestariamente, estas categorías están previstas en las partidas:

000 SUELDOS
002 PERSONAL TRANSITORIO
003 PERSONAL CONTINGENTE

Y

020 HONORARIOS
022 SERVICIOS ESPECIALES

A pesar de que solamente los contratos de función, servicio o empleo público dan la calidad de servidor público, el hecho de que ambos tipos de contratos tengan notas comunes tan relevantes como son la prestación personal del servicio y la temporalidad de la relación jurídica surgida entre el natural y el Estado, ha dado lugar a la práctica administrativa, ya sea por error o

intencionadamente, de contratar a personas que verdaderamente ejercen una función pública de manera temporal (léase servidores públicos temporales), a través de supuestos contratos de arrendamientos de servicios profesionales.

Esta es la razón por la que, pareciera de manera redundante, el legislador patrio incluye dentro de las Normas Generales de Administración Presupuestaria de la Ley de Presupuesto, Ley 51 de 1995, un artículo 171, que expresamente establece que solo podrá imputarse a la partida honorarios, 020 y 022, la remuneración en concepto de contratos con personas naturales, nacionales o extranjeras, por servicios personales prestados ocasionalmente como profesionales independientes.

Sobre este punto, es oportuno hacer mención de lo que nos señala el tratadista GONZALEZ RODRIGUEZ, en torno a la naturaleza de los contratos de prestación de servicios. Dice este autor lo siguiente:

“ ...

c) *El contratista en el contrato de prestación de servicios.* - Este tipo de contrato es también una de las formas de contratación administrativa, de naturaleza no laboral, y consiste, en que una persona natural o jurídica se compromete para con la administración a desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, cuando las mismas no pueden cumplirse con el personal de la planta del ente estatal.

La ley preceptúa que no podrá celebrarse esta clase de contratos para el ejercicio de funciones administrativas salvo autorización expresa de la secretaría de administración pública de la presidencia o la dependencia que haga de veces, entendiéndose por funciones administrativas aquellas que sean similares a las que estén asignadas, en todo o en parte, a uno o varios empleos de planta de la entidad estatal.

En relación con este tipo de contrato administrativo, cuando el contratista es persona natural, parece no existir problema alguno de carácter laboral-administrativo, no obstante la tendencia que se observa en algunos casos en la administración pública de vincular mediante él a personas para ejercer funciones administrativas de carácter permanente, existiendo en la planta del

personal empleados que pudieran encargarse de esas funciones, en razón de que el artículo 167 del Decreto Ley 222 de 1983, si bien habla de la "remuneración a la personas naturales", preceptúan en forma clara que las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos (honorarios) expresamente convenidos, y que, en ningún caso, podrá pactarse el pago de prestaciones sociales, además disponiéndose en el art. 168 ibídem, que no se consideran como contratos de prestación de servicios de los trabajadores". (RODRIGUEZ GONZALEZ, Miguel. Derecho Procesal Administrativo. 7a edición; Santa Fe de Bogotá: Editorial Jurídica Wilches; 1989, p. 198)

Otros autores de Derecho Administrativo, como el colombiano YOUNES MORENO, sientan el criterio de distinción en la identificación de vínculos de subordinación jurídica o jerárquica y dependencia económica. El citado autor, que denomina a los de función o servicios públicos como administrativos laborales, dice respecto de la diferencia entre ambos tipos de convenios lo siguiente:

"Elemento de indubitable importancia para diferenciar estos dos contratos es el de la presencia o no de la "autonomía". En efecto, la relación laboral regida por un contrato de trabajo, se caracteriza por su continuada subordinación y dependencia; en otras palabras, es la relación dependiente la que es materia propia del derecho del trabajo.

En el caso de la relación contractual no laboral, o de trabajo autónomo, como lo es el contrato administrativo de prestación de servicios, el contratista goza de un nivel suficientemente amplio de autonomía, tanto en aspectos técnicos, como científicos o profesionales.

En estas tareas autónomas o no dependientes, de ordinario predomina el aspecto intelectual sobre el material, como es el caso de los profesionales liberales, médicos, abogados, ingenieros, o ciertos artistas como pintores, escultores, etc., que orientan su trabajo con relativa independencia para conseguir los fines propuestos.

Como es de todos conocido, para remunerar los servicios nacidos de una relación de trabajo

subordinado se prevé el salario; para remunerar los que surgen de un contrato de prestación de servicios se prevén los emolumentos o honorarios.

....

Son, pues, finalmente notas propias del contrato de prestación de servicios: la presencia de un margen amplio de autonomía; la ausencia de subordinación; la previsión de emolumentos u honorarios como contraprestación al servicio; la imposibilidad de pactar prestaciones sociales...". (YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral. 5a edición ; Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis; 1993, pp. 35 y 36).

Es necesario aclarar que, dentro del derecho panameño, las relaciones entre el Estado como Patrono y las personas naturales que presten determinados servicios como funcionarios públicos, están adscritos a un especial régimen de derecho público, y de ninguna manera regulada por el Código de Trabajo y normas conexas de eminente derecho privado o social. De manera que cuando el autor citado habla de derecho del trabajo de entiende que para nosotros se refiere a este especial régimen.

Dando más fuerza a estos criterio nos permitimos transcribir la Nota N°6670-Leg de 13 de diciembre de 1994, proferida por el ex-Contralor General de la República, Ingeniero Luís Benjamín Rosas, al Licenciado Jorge Guillermo Obediente, Director General de Ingresos del Ministerio de Hacienda y Tesoro y que es del tenor siguiente:

"Con relación a su Oficio N°201-705 de 11 de noviembre de 1994 sobre las no deducciones tributarias a las personas que presten servicios profesionales y que no se cargan a la partida 022, de honorarios profesionales, debe 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 contratista 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 tributos legales.

2.- Al respecto de los empleados, a quienes se les paga de cualesquiera otro fondo, recursos o partidas, que queda sujeto a un horario de trabajo, a completa subordinación del empleador que presta un servicio continuo y a quien se le reconocen los derechos propios de un servidor público, deben descontárseles todos los tributos legales.

3.- Si se 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, es a este Ministerio a quien corresponde devolver las sumas descontadas en este concepto..."

Luego, es correcta en principio, la interpretación que hace su Asesor Legal de la respuesta que el ex-Procurador Ballesteros da a la Consulta formulada por el entonces Presidente del Tribunal Electoral, Licenciado Eduardo Valdés Escoffery, Nota C-130 de 18 de julio de 1993, al deducir que solamente los contratados para que presten sus servicios personales como profesionales o técnicos, en razón de sus conocimientos y la pericia sobre temas específicos, en situación de independencia jerárquica, jurídica y económica, están exentos de las deducciones y descuentos de que habla la Ley sobre sus honorarios (remuneración).

En sentido contrario, al resto del personal contratado por su institución, debe descontárseles de su salario (remuneración), el cálculo correspondiente al Impuesto Sobre la Renta y a las Cuotas Obrero de Seguro Educativo y Seguro Educativo, pues al desarrollar una actividad común o general de la función o empleo público y encontrarse en situación de subordinación jurídica, jerárquica y económica, se les reputa servidores públicos.

TERCERA INTERROGANTE

¿En el evento de que se deban efectuar las deducciones correspondientes a los empleados bajo contrato, cual sería el procedimiento para ejecutar tales descuentos, tomando en consideración la cuota Obrero-Patronal frente a la inexistencia de un fondo en el IDIAP para hacer tales deducciones?

Sobre este punto, tienen peso las aseveraciones hechas por su Asesor Legal, en cuanto afirma, a pesar que la ley prevé que todos los trabajadores al servicio del Estado (léase servidores públicos), aún los contratados, están sujetos al régimen obligatorio de Seguro Social y Seguro Educativo, el hecho de que dicha cuota deba ser cubierta en parte por la Institución-Patrono, conlleva grave

problema, pues al presupuestarse la partida correspondiente a la Cuota Patronal del Seguro Social, partida 651, y de Seguro Educativo, partida 652, sólo se comprende dentro de ella al personal nombrado permanentemente, estos es a los que figuran dentro de la Estructura de Puestos de la Institución.

Esto es obvio y lógico, pues no puede el administrador prever que cantidad de contingentes serán contratados en el transcurso de la vigencia fiscal, así como tampoco puede predecir los imprevistos que puedan afectar al servicio público.

También es correcto el señalamiento que se hace al decir que por disposición constitucional no puede hacerse ningún gasto público que no haya sido autorizado de acuerdo a la Constitución o la Ley.

Sin embargo, también está consagrado como principio constitucional, el deber y el derecho de todo individuo a la seguridad social y a la educación (Véanse los artículos 87 y 109 de la Carta fundamental).

En la Nota a la cual su Consejero Jurídico hace referencia, C-130 de 18 de junio de 1993, de la que le enviamos copia debidamente autenticada, el ex-Procurador Ballesteros meridianamente deja aclarado la aplicación obligatoria del régimen de seguridad social y educativa a todos los servidores públicos incluidos los contratados, recalcando que es un deber de la Instituciones-Patronos contemplar en sus presupuestos el pago que les corresponde como Patronos en las cuotas de Seguro Social y Seguro Educativo.

Ante la imposibilidad de calcular a cuánto pudiere ascender el monto de tales desembolsos, se señala que en nuestro sistema fiscal y presupuestario existe el mecanismo para hacer frente a las obligaciones cuyo compromiso quedó reconocido por las Instituciones, pero cuyo pago no pudo hacerse efectivo (por cualquier razón), diferiéndosele para otras gestiones fiscales. El IDIAP debe descontar no sólo el Impuesto sobre la Renta a los servidores públicos bajo contrato, sino también la cuota obrero de Seguro Social y Seguro Educativo, contemplando en el Presupuesto del Año Fiscal inmediatamente posterior a la contratación de este personal, la parte patronal de dicha cuota, a través de la consignación de los fondos correspondientes en las partidas 690, Créditos reconocidos por transferencias corrientes, 696, Contribuciones a la Seguridad Social (Ver fojas 19 y 20 de la nota C-130 de 18 de junio de 1993).

CUARTA PREGUNTA

¿Les asiste a estos trabajadores por contrato, derecho a vacaciones?

Sobre esta cuarta interrogante lamentamos discrepar del criterio vertido por su Consejero Jurídico, que considera que en la situación particular de los servidores públicos por contrato no se satisfacen los requisitos mínimos para ser favorecidos con este beneficio.

Tal y como lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en varias ocasiones, el derecho a vacaciones es un derecho que los servidores públicos adquieren una vez son cumplidos los requisitos que la ley exige, por lo que una vez reunidos los mismos no puede el Estado desconocer su existencia. En fallo de 10 de marzo de 1988, aquel alto Tribunal, a través de su Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo, externo sobre el particular las siguientes consideraciones:

“El Derecho a vacaciones se adquiere por el cumplimiento de la funciones oficiales y el transcurso del tiempo dentro del cual se desenvuelven tales funciones y consustancial a ese derecho el pago de esas vacaciones, reconocido tanto en la Constitución como en la Ley, es decir, cumplidas esas circunstancias de modo tiempo y lugar, y observados los requisitos que tanto la Constitución y la Ley señalan, se adquiere un derecho que debe ser remunerado por el Estado”.

El derecho a vacaciones, una vez cumplidos los requisitos exigidos por Ley, es un derecho adquirido e inalienable de todo trabajador, de todo servidor público, incluyendo a los contratados, por lo que el Estado debe reconocerlo y pagarlo.

Este Despacho no solo piensa que todo servidor público temporal que logre acumular por contrataciones sucesivas once (11) meses de servicios continuos tiene derecho a 30 días de descanso con sueldo sino que, por la vigencia de nueva normativa legal que subroga el contenido del artículo 796 del Código Administrativo, todo servidor público, aún los contratados, tiene derecho a que se le computen sus vacaciones a razón de un día (1) por cada once (11) días de trabajo efectivamente servido. Hablo de la vigencia y eficacia de la Ley 9 de 1994, Ley de la Carrera Administrativa, y de los derechos y obligaciones aplicables a los servidores públicos en general reconocidos en ella, en especial el de las vacaciones proporcionales. Sobre el particular, adjunto nuestra reciente nota C-281, de 9 de octubre de 1996, en la que expusimos los fundamentos jurídicos de dicha opinión.

QUINTA PREGUNTA

¿Qué es un empleado eventual?

En cuanto esta pregunta, la definición dada por su Asesor Legal al decir “...empleado eventual es todo aquel que no está calificado como ‘Personal Fijo’ en el Manual de Clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público y se dividen generalmente en ‘Personal Transitorio y Personal Contingente”, es acertada y ajustada a lo previsto en el ordenamiento jurídico, fiscal y presupuestario, por lo que de la misma no hacemos mayores anotaciones.

SEXTA PREGUNTA

¿Qué clase de empleados cobran por Servicios Profesionales y si también a éstos les asisten derechos a vacaciones así como efectuárseles los respectivos descuentos?

Creo he dejado contestada esta pregunta al absolver los puntos anteriores, por lo que recapitulando recalco lo siguiente:

Las personas contratadas para que de manera personal presten un servicio de carácter profesional y técnico, no común o general a los puestos públicos ya creados en las Instituciones, suministrado en condiciones de independencia jurídica, jerárquica y económica, no son servidores públicos, no son empleados del Estado, sino precisamente profesionales o técnicos no subordinados que colaboran en la función pública.

Nuevamente coincide su Consejero Legal con lo pensado por nosotros, al concluir que a tales contratados no les asiste derecho a vacaciones, ni a otras prestaciones sociales, y por la misma razón que no les corresponden tales beneficios (no son servidores públicos), tampoco deben hacérseles descuentos de Cuotas Obrero de Seguro Social y Seguro Educativo.

Sobre el pago del Impuesto Sobre la Renta, quienes actúan como profesionales y reciben honorarios, están obligados a hacer de manera independiente sus declaraciones de Renta y a pagar los impuestos que deriven de sus ingresos al final del año, por obligarlo así la Ley Fiscal.

Esperando que esta respuesta sirva sus propósitos y sin otro particular, me suscribo de usted,

Atentamente,

Alma Montenegro de Fletcher
Procuradora de la Administración

AMdeF/23/cch