



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 20 de octubre de 2017
C-092-17

Ingeniero
Roque Maldonado G.
Gerente General
Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A.
Ciudad.

Señor Gerente General:

Conforme a nuestras atribuciones constitucionales y legales, en especial, como asesores de los funcionarios de la Administración Pública, nos permitimos ofrecer respuesta a la consulta elevada mediante Nota MNCF/GG/AL/Nº-135-2017, calendada 16 de agosto de 2017 y recibida en este Despacho el día 22 de agosto de 2017, a través de la cual se nos consulta sobre aspectos relacionados a los siguientes temas: “Envío de Manuales de Procedimientos a la Contraloría” y “Cargo Dual Mensual en concepto de Prima de Antigüedad y SIACAP”.

Mediante la precitada consulta, se formulan las siguientes interrogantes:

“

1. *Debe Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A., enviar los manuales de procedimiento que surjan, a revisión y aprobación de la Contraloría General de la República.*
2. *Debemos realizar registros contables duales de provisión de SIACAP y Provisión de Prima de Antigüedad; ambos cargos patronales.*
3. *Dada nuestra situación legal de empresa estatal, a cuál plan de jubilación debemos ampararnos o si indistintamente de optar por ambos causamos lesión patrimonial al estado (sic).”*

Sobre la primera interrogante planteada, esta Procuraduría de la Administración considera que la empresa Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A., en su condición de empresa estatal sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República, debe enviar los manuales de procedimiento que surjan, a revisión y aprobación de la Contraloría General de la República.

En respuesta a la segunda y tercera interrogante, este Despacho es del criterio que, pese a regirse por las disposiciones establecidas en el Código de Trabajo, los empleados de Mercados Nacionales de la Cadena de Fríos, S.A., son servidores públicos, en consecuencia, la empresa está obligada a descontar la contribución especial para el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores (SIACAP), salvo que estén afiliados a otro plan especial de retiro anticipado.

De igual manera, Mercados Nacionales de la Cadena de Fríos, S.A., en su calidad de empleador, está obligada a aportar a ese Sistema el equivalente a tres décimos del uno por ciento (0.3%) de los salarios que descuenta a sus trabajadores para el mismo sistema, conforme lo dispone la Ley 8 de 6 de febrero de 1997.

Del mismo modo, consideramos que la empresa se encuentra obligada a realizar el respectivo pago de la prima de antigüedad a sus trabajadores, en los términos establecidos en el artículo 224 del Código de Trabajo, para lo cual, dicha provisión deberá hacerse a través del establecimiento de un fondo de cesantía, conforme se encuentra regulado en el Capítulo III de “Fondo de Cesantía” del Código de Trabajo.

Una vez señalado nuestro criterio, procede este Despacho a exponer los argumentos y consideraciones que le sirvieron de sustento para llegar a dicha conclusión.

Consideraciones previas.

Como punto previo a la argumentación de fondo, debemos iniciar señalando que el artículo 299 de la Constitución Política indica las condiciones a reunir para ser considerado servidor público, al indicar:

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

En el texto de la norma escrita, se destaca que existen dos supuestos que apuntan a identificar cuándo un empleado se califica como servidor público, a saber:

1. Cuando esté nombrado de forma temporal o permanente, en cargos dentro de alguno de los poderes del Estado (Órgano Ejecutivo, Legislativo o Judicial), en un Municipio o entidad autónoma o semiautónoma, o; **2. Cuando reciba remuneración del Estado.**

La palabra “remuneración” contemplada en la norma constitucional citada, se define como acción y efecto de remunerar, que, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “recompensar o pagar”, por lo que debe entenderse que son empleados públicos, además de los que son nombrados temporal o permanente en algunas de las dependencias descritas en dicho artículo, **los que reciben pagos en concepto de salarios, por parte del Estado, como contraprestación por servicios prestados bajo dependencia económica o subordinación jurídica.**

La excerpta constitucional recién aludida, utiliza la expresión Estado en sentido amplio, como organización y unidad jurídica, haciendo alusión al Gobierno Central, las instituciones descentralizadas, las empresas públicas, los intermediarios financieros, las corporaciones y proyectos de desarrollo, y los municipios, tal como aparece en el Manual de Clasificación Presupuestarias del Gasto Público, aprobado mediante Resolución No. 244 de 13 de enero de 2011, del Ministro de Economía y Finanzas, que define a las *empresas públicas* de la siguiente manera:

“... aquellas unidades que dentro del Sector Público se encargan de producir, vender o comercializar bienes y servicios en gran escala. Estas empresas pueden fijar sus costos más bajo que el costo total de producción, o seguir políticas para bienestar del productor consumidor.

Las empresas públicas tienen patrimonio propio y plena capacidad jurídica para contraer compromisos con terceros, pudiendo decirse que la aprobación de su presupuesto y la fiscalización de la Contraloría General de la República, son los únicos vínculos con la administración financiera del Estado.

...

Finalmente, el límite entre el sector público y el privado se definió en términos de propiedad de la empresa. **En tal sentido se considera que las entidades públicas o los entes privados son propietarios de una empresa, si poseen la mayoría de las acciones u otras formas de participación en el capital o en los activos netos de la empresa**” (El énfasis en negrita es del Despacho).

En este sentido, si analizamos la naturaleza Jurídica de la empresa Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A., a la luz de la Ley No. 90 de 7 de noviembre de 2013 “que autoriza la creación de la empresa Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A. y establece su marco regulatorio”, veremos que reúne todos los requisitos de una empresa pública, puesto que: (i) el Estado es el propietario de la totalidad de las acciones; (ii) está destinada a cumplir un servicio público; (iii) tiene capacidad jurídica para ejercer derechos y contraer obligaciones con terceros; (iv) posee patrimonio propio y autonomía en su régimen interno; (v) su presupuesto es aprobado mediante ley, y (vi) está sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República.

En atención a lo indicado, si Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A., es una empresa pública, necesariamente ha de entenderse que los empleados que desempeñan funciones para ella en condiciones de dependencia económica y subordinación jurídica, son servidores públicos, aun cuando la propia ley que autorizó su constitución establezca que la misma se regirá por la Ley 32 de 1927, sobre sociedades anónimas, y las normas del Código de Comercio.

En este orden de ideas, es importante acotar que no obstante las relaciones de trabajo entre personas jurídicas de derecho privado y sus trabajadores se rigen por el Código de Trabajo, este cuerpo normativo prevé la posibilidad de que los empleados públicos también se rijan por el mismo, al señalar en su artículo 2 lo siguiente:

“Artículo 2. Las disposiciones de este Código son de orden público y obligan a todas las personas, naturales o jurídicas, empresas, explotaciones y establecimientos que se encuentren o se establezcan en el territorio nacional.

Los empleados públicos se regirán por las normas de la Carrera Administrativa, salvo en los casos que expresamente se determine para ellos la aplicación de algún precepto en este Código.” (El énfasis en negrita es del Despacho).

Como se puede apreciar, el Código de Trabajo establece que los empleados públicos se rigen por las normas de la Carrera Administrativa, pero el legislador puede disponer cuándo estos empleados se rigen por los preceptos establecidos en ese Código, tal como ocurre en el caso que nos atañe.

En ese sentido, el artículo 23 de la Ley No. 90 de 7 de noviembre de 2013 señala de modo expreso que ***“Las relaciones de trabajo entre Cadena de Frío y sus trabajadores se regirán por el Código de Trabajo”***. Aunado a lo anterior, tenemos que otras disposiciones de la misma ley contemplan situaciones similares, como es el caso del numeral 7 del artículo 12 de dicha ley, la cual le asigna al Gerente General de Cadena de Frío facultades de ***“nombrar, trasladar, ascender, imponer sanciones disciplinarias y destituir a los colaboradores de la empresa, de conformidad con las disposiciones del Código de Trabajo”***; de igual forma, el numeral 6 del artículo 9 señala dentro de las atribuciones de la Junta Directiva, la siguiente: ***“autorizar las políticas de contratación de personal, remuneraciones y convenios colectivos de los trabajadores, de conformidad con el Código de Trabajo de la República de Panamá.”***

Por lo anterior, se concluye que los pagos en concepto de salario que reciben los empleados de Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A., como contraprestación de los servicios prestados bajo dependencia económica o subordinación jurídica, son efectuados por el Estado, por conducto de esa empresa pública, enmarcando de esa forma el supuesto contemplado en el artículo 299 de la Constitución Política, por tanto deben ser considerados como servidores públicos.

En este punto, resulta oportuno señalar que en oportunidades anteriores, bajo situaciones similares (Consulta No. 55-15 absuelta a Metro de Panamá, S.A. y Consulta No. 017-17, absuelta a la Empresa Nacional de Autopistas, S.A.), esta Procuraduría de la Administración, al igual que en la presente ocasión, llegó a la conclusión que, pese a regirse su régimen laboral por el Código de Trabajo, los empleados tanto de Metro de Panamá, S.A., como de Empresa Nacional de Autopistas, S.A., eran servidores públicos.

Fundamento del criterio de la Procuraduría de la Administración

Ahora bien, sobre la primera interrogante, que refiere a si ***“Debe Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A., enviar los manuales de procedimiento que surjan, a revisión y aprobación de la Contraloría General de la República.”***, es preciso primeramente indicar que, conforme lo dispone el numeral 2 del artículo 280 de la Constitución Política y el numeral 2 del artículo 11 de la Ley 32 de 8 de noviembre de 1984, la Contraloría General de la República tiene la función de fiscalizar, regular y controlar todos los actos de manejo de fondos y otros bienes públicos, a fin que tales actos se realicen con corrección y según las normas jurídicas respectivas, lo cual evidentemente se extiende a la fiscalización y revisión de los manuales de procedimientos de las diversas entidades públicas que conforman el Estado, dentro de las cuales se incluye Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A.

Lo anterior, es concordante además con lo establecido en la propia Ley No. 90 de 7 de noviembre de 2013 “que autoriza la creación de la empresa Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A. y establece su marco regulatorio”, que en el segundo párrafo de su artículo 19, establece: ***“Cadena de Frío estará sujeta a la fiscalización de la Contraloría General de la República, conforme lo establecen la Constitución Política y la ley.***

De conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 280 de la Constitución Política, la Contraloría General de la República determinará que la fiscalización se realice mediante control previo y/o posterior.”

Por consiguiente, este Despacho considera, en respuesta a dicha interrogante, **que la empresa Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A., en su condición de empresa estatal, debe enviar los manuales de procedimiento que surjan, a revisión y aprobación de la Contraloría General de la República**, como en efecto, lo han solicitado, dado que, este Despacho pudo comprobar¹ que a través de la nota MNCF/GG/AL/No.079-2017, Mercados Nacionales de la Cadena de Frío, S.A., solicitó a la Contraloría General de la República la revisión de los Manuales de Procedimientos de Compras y Provedurías de dicha sociedad.

En relación a su segunda y tercera interrogante, consideramos conveniente señalar que el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP), creado mediante Ley 8 de 6 de febrero de 1997, estableció una contribución especial de carácter obligatorio para los funcionarios que ingresen al sector público a partir del 1 de enero de 2002. El artículo 2 de esta ley, tal como quedó modificado por la Ley 29 de 3 de julio de 2001, dispone lo siguiente:

“Artículo 2. Se crea el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos, en adelante denominado SIACAP, destinado a otorgar beneficios adicionales a las pensiones de invalidez permanente, incapacidad permanente absoluta por riesgo profesional y de vejez (...). Los recursos del SIACAP ingresarán en cuentas individuales que se abrirán a nombre de cada contribuyente y estará constituido por:

1. **Una contribución especial voluntaria por el monto del dos por ciento (2%) que, de su salario mensual, aportará cada servidor público, conforme a esta Ley.**
2. (...)
3. Un aporte mensual al Estado, equivalente a tres decimos del uno por ciento (0.3%) de los salarios devengados por los servidores públicos incluidos en el SIACAP.

...
Parágrafo. La contribución a la que se refiere el primer párrafo del numeral 1 de este artículo será de carácter obligatorio para los funcionarios que ingresen al sector público a partir del 1 de enero de 2002, y no estén afiliado a ningún otro plan de pensión especial o retiro anticipado.” (Énfasis del Despacho).

De acuerdo con esta disposición, los recursos de dicho sistema ingresarán en cuentas individuales que se abrirán a nombre de cada contribuyente y estarán constituidos, entre otros ingresos, por una contribución del 2% que aportará cada servidor público de su salario mensual; misma que al tenor del parágrafo introducido posteriormente por el artículo 3 de la ley 29 de 2001, reviste carácter obligatorio para todos los funcionarios que ingresen al sector público a partir del 1 de enero del año 2002 y que no estén afiliados a algún otro plan de pensión especial o retiro anticipado.

¹ <http://www.cadenadefrio.com.pa/tmp/transparencia/94-Manual-de-Proc-de-Compras-y-ProvNota.pdf>

De igual forma, al referirse sobre el particular, este Despacho en consulta previa² manifestó:

“ La contribución especial a la cual se refiere el párrafo arriba transcrito –contribución del 2% del SIACAP-, es una especie de tributo de carácter obligatorio que el Estado impone coactivamente en ejercicio de su poder de imperio para un fin específico, y siendo de carácter obligatorio, tan pronto se realice el hecho generador - que se produce por el solo hecho de haber el funcionario ingresado al sector público a partir del 1 de enero de 2002 - el empleador está obligado a descontarlo en la fuente, o sea, cuando paga el salario al trabajador, porque esa obligación se deriva de la misma ley que fija la contribución especial y del numeral 12 del artículo 161 del Código de Trabajo que entre las retenciones y descuentos que se les puede realizar al trabajador está los que se establezcan por la Ley”.

Siendo que los empleados de Mercados Nacionales de la Cadena de Fríos, S.A., son servidores públicos aun cuando se rijan por el Código de Trabajo, la empresa está obligada a descontar la contribución especial para el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores, salvo que estén afiliados a otro plan especial de retiro anticipado. De igual manera la empresa, como empleador, está obligada a aportar a ese Sistema lo equivalente a tres décimos del uno por ciento (0.3%) de los salarios que descuenta a sus trabajadores para el mismo sistema; así como también se encuentra obligada a realizar el respectivo pago de la prima de antigüedad a sus trabajadores, en los términos establecidos en el artículo 224 del Código de Trabajo, para lo cual, dicha provisión deberá hacerse a través del establecimiento de un fondo de cesantía, conforme se encuentra regulado en el Capítulo III de “Fondo de Cesantía” del Código de Trabajo.

En este punto, resulta oportuno indicar que a diferencia del Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores (SIACAP), el Fondo de Cesantía, conforme lo dispone el Decreto Ejecutivo No. 106 de 26 de diciembre de 1995, constituye una reserva económica cubierta por el empleador para pagar, al trabajador contratado por tiempo indefinido, la prima de antigüedad y la indemnización cuando la relación de trabajo termina por despido injustificado o renuncia justificada, cuya naturaleza es distinta a la del referido Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores.

Sobre esta importante figura, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, mediante Sentencia de 20 de julio de 2009, se pronunció en los siguientes términos:

“Conviene anotar, que antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 44 de 12 de agosto de 1995, la prima de antigüedad solo era reconocida a razón de una semana de salario por cada año de trabajo desde el inicio de la relación, siempre que se tratara de servicios continuos por más de diez años de relación de trabajo con el empleador, sin considerar la edad del trabajador; entrada en vigencia la citada ley, se reconoce dicha derecho a partir del momento en que se inicia la relación de trabajo, ampliando su cobertura.

² Consulta C-55-15, fechada 24 de junio de 2015, absuelta a Metro de Panamá, S.A.

Óscar Vargas Velarde, en su obra Derecho de Trabajo, hace una reflexión en torno a la creación de la institución denominada fondo de cesantía quien dice:

"La designación de este instituto no parece avenirse con su naturaleza real, porque más que un fondo para paliar los efectos perjudiciales del desempleo, de tal forma que el trabajador esté en condiciones de afrontar con un mínimo de recursos económicos una nueva situación, se trata en realidad de un fondo destinado a garantizar el pago de una prestación cierta: la prima de antigüedad, producto de sus años de servicios y, además, el pago de la indemnización, resultado del resarcimiento que debe afrontar la empresa en vista del daño causado por los responsables de la conducta abusiva o arbitraria..." Pág. 515

Definitivamente el fondo de cesantía, viene a garantizar a los trabajadores el pago de derechos ciertos, como lo son la prima de antigüedad e indemnización, frente a un despido o renuncia con causa justificada. (El resaltado y subrayado es nuestro).

Ahora bien, sobre el procedimiento contable a seguir, tenemos a bien indicar que para este Despacho no es viable realizar la aclaración de dicho procedimiento, sin embargo, le recomendamos que emitan la respectiva consulta a la Dirección Nacional de Contabilidad del Ministerio de Economía y Finanzas.

Finalmente, resulta importante aclarar que en aquellos casos en que empresas estatales se regulen por normas de derecho público y derecho privado, tal como es la situación de Mercados Nacionales de la Cadena de Fríos, S.A., en materia laboral bajo ninguna circunstancia pueden ser reconocidos dos derechos laborales de la misma naturaleza.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración



RGM/skdf