

26 de Julio de 1993.

Licenciada
NATIVIDAD E. PINANGO
Juez Suplente del
Tribunal Tutelar de Menores.

E. S. D.

Señora Juez:

A través de la presente damos contestación a su Oficio N° 64-D.A., fechado 6 de julio del año en curso, donde solicita a este Despacho, vertir su opinión con respecto a las siguientes interrogantes:

1.- Deben afactarse las deducciones de seguro social, seguro educativo e impuesto sobre la renta a los 'contratistas' nombrados ?.

2.- Por ser estos funcionarios nombrados por tiempo determinado a fin de prestar 'servicios profesionales' se benefician o no del décimo tercer mes y vacaciones proporcionales ?.

Analizando en primer término el PROGRAMA DE PADRINO-EMPRESARIO, y tomando en cuenta que usted se está refiriendo al caso en particular de los Contratos N° 184 y 185, suscritos entre el MINISTERIO DE GOBIERNO Y JUSTICIA (ENTE ESTATAL), actuando en NOMBRE Y REPRESENTACION del Programa Padrino Empresario y por la otra, NITZIA ESTHELA MEDINA y MARIA DEL C. CASTRO, tenemos a bien señalarle por su importancia, lo siguiente:

En primer lugar queremos precisar el concepto de Servicios Profesionales. Este concepto lo encontramos desarrollado dentro del MANUAL DE CLASIFICACIONES PRESUPUESTARIAS DEL GASTO PUBLICO, el cual ha sido elaborado por el Ministerio de Planificación y Política Económica (Dirección de Presupuesto de la Nación), agosto de 1980.

Señala este Manual que la estructura de las clasificaciones que se presentan, así como el alcance y definición de los conceptos utilizados, obedecen en primer lugar a la experiencia acumulada durante muchos años en la aplicación de estos clasificadores. Por otra parte, se tuvieron en cuenta las recomendaciones emitidas por organismos internacionales, tanto regionales como mundiales; teniendo especial cuidado en adaptarlas a las realidades de la administración presupuestaria panameña.

Cabe señalar, que todos los impuestos nacionales son de obligatorio cumplimiento, tal y como lo establece el artículo 683 numeral 4 del libro Cuarto del Código Fiscal; salvo los que se establecen en el Capítulo II (Exenciones y Deduciones), artículo 708 del citado código.

También es importante distinguir entre el funcionario público empleado mediante contrato y los casos de contratos de servicios con particulares, llámense éstos "servicios personales o servicios profesionales" En los contratos de arrendamiento de servicios, la persona contratada no se incorpora a la administración sino que se limita a realizar únicamente una tarea determinada, igual como podría hacerlo para otros particulares sin que le sean aplicables las normas constitucionales y legales exigidas al servidor público. 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 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.

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, 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 aludir la aplicación de las disposiciones constitucionales y legales que limitan o condicionan el ingreso a las funciones públicas, o que regulan su ejercicio (4).

(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.

Por lo que respecta a sueldos, salarios o remuneraciones por servicios prestados, entendemos que la norma se refiere a aquellos servidores públicos contemplados en la definición dada en el artículo 294 de la Constitución Nacional:

"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; y en general, las que perciban remuneración del Estado".

Tal y como nos comenta VIDAL PERDOMO:

"Si bien el nombramiento de tales personas, entraña una contratación, dicho acto se perfecciona fundamentalmente por medio de un decreto (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 e 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, pág. 405. Bogotá. Edit. Temis, 1966).

Es posible por tanto, ingresar al servicio público mediante un contrato en vez del nombramiento en virtud de un Decreto (si es a nivel de Gobierno central); una resolución, (tratándose de instituciones autónomas). A las personas así nombradas se les descuentan del salario, sueldo o remuneración que reciben, los montos correspondientes al Impuesto sobre la Renta, Seguro Social y Seguro Educativo. Pero estos casos deberían ser pocos frecuentes y ser utilizados sólo muy excepcionalmente.

Para concluir, toda persona natural o jurídica, que ingrese al Estado como servidor público, permanente o temporal, bajo servicios personales o profesionales y por concepto de honorarios, deberá pagar el impuesto sobre la renta; salvo los casos contemplados en el artículo 706 del Código Fiscal".

En cuanto a si se debe pagar las cuotas de Seguro Social, podemos señalar, que una vez la persona adquiere la condición o estatus de Servidor Público, contratado por el Tribunal Tutelar de Menores o mediante contratos suscritos por el Ministerio de Gobierno y Justicia, los mismos quedarán sujetos al Régimen obligatorio del Seguro Social, tal y como lo establece el literal "a", del artículo 2 del Decreto Ley N° 14 de 27 de agosto de 1954, por el cual se modifica la Ley 134 de 27 de abril de 1943, Orgánica de la Caja de Seguro Social, modificada por la Ley 30 de 26 de diciembre de 1991, que preceptúa lo siguiente:

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 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".

Vemos así pues, que al igual que el Impuesto Sobre la Renta, el Seguro Social tiene un carácter de obligatoriedad ante los servidores públicos, al servicio del Estado.

Somos del criterio que todo empleado público tiene el deber y la obligación de cotizar, independientemente del tipo de labor o actividad a la cual se dedica o realiza, basados en el Principio de Solidaridad, el señala que tanto el que más cotiza como el que cotiza menos, de acuerdo a su capacidad salarial, tienen igualdad de derecho de atención a los beneficios de la Seguridad Social.

En cuanto a los servicios profesionales, en fallo de 27 de febrero de 1985, la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, bajo la ponencia del Magistrado Ponente RAFAEL DOMINGUEZ señaló lo siguiente:

"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 hay servicios profesionales los percibidos por el Ingeniero Francisco Morales. Un examen del expediente administrativo nos revela que a fojas 63-60, un informe de los auditores franklin Ward y Orlando Palma, que los registros en su gran mayoría revelan los pagos a salarios hechos a los funcionarios o empleados; que los pagos recibidos eran superiores a los declarados a la Caja del Seguro Social sin justificación documental adicional que demostrara, en qué concepto se realiza el excedente de los pagos. Por otra parte el formulario que proporciona la Caja de Seguro Social para asentar los salarios correspondientes, se evidencia que no tiene detalle alguno".

"La Sala insiste en que esos servicios profesionales no han sido demostrados. Que los salarios percibidos, en los asientos contables no encuentran justificación dentro de la empresa. Existiendo la relación laboral, debe presumirse como salario, los emolumentos percibidos ya que no se ha probado lo contrario. Por ello se desestima el cargo.

Como última norma que se dice violada, se cita al artículo 5º del decreto de Gabinete N° 168 de 22 de julio de 1971 ya conocido. En cuanto a su violación, se sostiene violación literal por comisión ya que la Caja de Seguro Social no tiene competencia para exigir la retención de cuotas de seguro educativo sobre otras entradas que no sea salario.

La Sala observa que no se ha demostrado en esta demanda que parte de los emolumentos percibidos sean con ocasión a servicios profesionales. De allí que deba presumirse que sean salarios y por ello se imponía el cobro respectivo". (El subrayado es nuestro).

Queremos recordarles, que los "Particulares", que prestan sus servicios, a una Institución del Estado en calidad de SERVICIOS PROFESIONALES, no tienen derecho a tal remuneración (XIII Mes).

De acuerdo con las consideraciones anteriormente externadas, consideramos que los emolumentos percibidos por estas personas son salarios, y por tanto debe descontarse las cuotas respectivo del Seguro Social. ✓

Con respecto a la deducción del Seguro Educativo podemos señalar lo siguiente:

Mediante Decreto de Gabinete N° 168 de 27 de julio de 1971, por el cual se crea el SEGURO EDUCATIVO, en su artículo primero precepta lo siguiente:

"ARTICULO PRIMERO: Establécese un seguro denominado 'SEGURO EDUCATIVO', que estará integrado con las contribuciones provenientes:

1º Del 1.25% de los salarios básicos pagados, que será aportado por los patronos;

2º Del 0.75% de los salarios básicos recibidos, que será aportado por los empleados del sector público y privado.

Quedan comprendidos en este numeral:

a) Los trabajadores en territorio panameño sujeto a limitaciones jurisdiccionales;

b) Los trabajadores domiciliados en el territorio al servicio de Organismos Internacionales; y

c) Los trabajadores al servicio de Misiones Diplomáticas y Consulares acreditadas en el país.

3º Del 2% de los ingresos anuales, sujetos al impuesto sobre la renta, declarados por independientes".

Nuevamente podemos observar, según lo establece el citado artículo, la obligatoriedad y cumplimiento del pago del mismo, toda vez que en ningún momento se exige a ninguna persona de librarse de dicho seguro.

Inclusive, el numeral 3º del mismo artículo señala de manera expresa que hasta las personas independientes deberán pagar el Seguro Educativo.

Amplia y detalladamente se ha procedido a explicar y probar, de manera fehaciente, que las deducciones del Impuesto Sobre la Renta, Seguro Social y Seguro Educativo, son todos de obligatorio cumplimiento, para los empleados del Tribunal Tutelar de Menores, sin excepciones.

Los únicos funcionarios que por ley quedan excluidos del impuesto sobre la renta son los que establece la Ley N° 31 de 30 de diciembre de 1991, por la cual se establece la Reforma y que en su artículo 708, literal "p" señala:

"ARTICULO 708: No causarán el impuesto:

.....

p) La renta neta grabable de las personas naturales que no exceda de Tres Mil Balboas (B/.3,000.00) anuales".

Cabe advertir que no es el Estado quien tiene que prever en sus presupuestos las partidas para el pago de la cuota patronal del seguro social correspondiente a los contratos que lleve a cabo el Tribunal Tutelar de Menores; cada Institución tiene el deber de contemplar dicha erogación anual para cada vigencia fiscal, a través de las denominadas TRANSFERENCIAS CORRIENTES, toda vez que este concepto incluye los gastos corrientes a favor de personas y de empresas públicas y privadas, que implican una contraprestación de servicios o adquisición de bienes.

Abarca este concepto los desembolsos para: pensiones y jubilaciones; indemnizaciones; becas de estudio; subsidios a instituciones privadas y a instituciones públicas; contribuciones a la seguridad social; transferencias al exterior y créditos reconocidos por transferencias corrientes.

El Objeto de Gasto, que describe el Manual de clasificaciones Presupuestarias del Gasto Público, que contempla dicha erogación es el 650 CONTRIBUCIONES A LA SEGURIDAD SOCIAL, el cual comprende los gastos por concepto de cuotas que las instituciones públicas como patrono, designan a la Seguridad Social.

Objeto de Gasto 651, Cuota patronal del Seguro Social, el cual comprende los gastos por concepto de cuota patronal que destina a la Caja de Seguro Social; 652, Cuota patronal de Seguro Educativo, comprende los gastos por concepto de cuota patronal de Seguro Educativo.

Objeto de Gasto 690, CREDITOS RECONOCIDOS POR TRANSFERENCIAS CORRIENTES; bajo este concepto deben registrarse todas aquellas obligaciones por transferencias corrientes cuyo compromiso quedó reconocido, pero su pago fue diferido para gestiones posteriores.

Concluimos:

1.- Es obligatorio el pago del IMPUESTO SOBRE LA RENTA, para todos los funcionarios que laboran dentro o para el Tribunal Titular de Menores.

2.- Es obligatorio el pago del SEGURO SOCIAL, para todos los funcionarios que laboran dentro o para el Tribunal Tutelar de Menores.

3.- Es obligatorio el pago del SEGURO EDUCATIVO, para todos los funcionarios que laboran dentro o para el Tribunal Tutelar de Menores.

Con relación a su segunda interrogante en la que nos consulta:

"2. Por ser estos funcionarios nombrados por tiempo determinado a fin de 'prestar servicios profesionales' se benefician o no del décimo tercer mes y vacaciones proporcionales?".

Como habíamos señalado con anterioridad, los "particulares", que presten sus servicios, a una Institución del Estado, en calidad de SERVICIOS PROFESIONALES, no tienen derecho a tal remuneración (XIII Mes).

En cuanto a lo que se refiera a las vacaciones proporcionales, podemos señalar lo que establece el artículo 796 del Código Administrativo:

"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 corresponde al descanso, siempre que su separación del cargo no obedezca a la comisión de alguna falta grave en el ejercicio de su empleo".

Queremos recordarle Licenciada Piñango, que los empleados públicos no se rigen por las normas contenidas en el Código de Trabajo, siendo las mismas las que rigen las relaciones laborales obrero patronal en la Empresa Privada, por lo que hemos citado la excerta legal descrita con anterioridad, pues esta es la que rige las relaciones obrero patronal para los empleados públicos.

Hecha esta observación; y analizando el artículo 796 del Código Administrativo, podemos observar que el mismo señala como requisito sine qua non que el empleado público solo tendrá derecho a vacaciones, transcurrido once meses continuados de servicios.

Se desprende así, que si un funcionario público labora menos del tiempo señalado y exigido en la citada excerta legal, el mismo no tendrá derecho a gozar de dicho descanso con sueldo.

Concluimos de esta manera, refiriéndonos en torno al tema que el Estado, no paga o concede las llamadas vacaciones proporcionales, figura ésta que sí se da en el ámbito jurídico legal de la Empresa Privada.

En cuanto al personal que se pretende contratar dentro del programa de Formación Profesional de Menores Internos, que auspicia la Comunidad Económica Europea, caben hacerse similares señalamientos, de allí que en nuestra opinión, también deben descontársele a estos de sus emolumentos el impuesto sobre la renta, el seguro educativo y las cuotas obrero patronales correspondientes.

De esta forma nos permitimos dar respuesta a su muy interesante consulta.

Sin otro particular, nos reiteramos en las seguridades de nuestro aprecio y consideración.

Atentamente,

LICDA. JANINA SHALL
Procuradora de la Administración.
(Suplente)