

REPÚBLICA DE PANAMÁ



Vista Número 017

MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Panamá, 13 de enero de 2006

**Proceso Contencioso
Administrativo de
Plena Jurisdicción.**

Demanda presentada por la firma Alfaro, Ferrer & Ramírez, en representación de **Banco Uno, S.A.**, para que se declare nula, por ilegal, la Resolución 584-2003 D.G. de 3 de junio de 2003, dictada por la **Caja de Seguro Social**, los actos confirmatorios y para que se hagan otras declaraciones.

**Contestación
de la demanda**

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

Acudo ante usted con la finalidad de contestar la demanda Contencioso Administrativa de Plena Jurisdicción, descrita en el margen superior del presente escrito conforme a lo dispuesto en el numeral 2, del artículo 5, de la Ley 38 de 31 de julio de 2000.

I. Los hechos en los que se fundamenta la demanda, se contestan de la siguiente manera:

Primero: No es cierto como se expone; por tanto, se niega.

Segundo: Es cierto; por tanto, se acepta, (ver fojas 1 a 5).

Tercero: Es cierto; por tanto, se acepta, (ver reverso de la foja 5).

Cuarto: Es cierto; por tanto, se acepta.

Quinto: Es cierto; por tanto, se acepta, (ver fojas 6 a 11).

Sexto: Es cierto; por tanto, se acepta, (ver foja 11).

Séptimo: Es cierto; por tanto, se acepta.

Octavo: Es cierto; por tanto, se acepta, (ver fojas 12 a 16).

Noveno: Es cierto; por tanto, se acepta, (ver foja 16).

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

II. Las disposiciones legales que se estiman infringidas y los respectivos conceptos de violación, son los siguientes:

El apoderado judicial de Banco Uno, S.A., estima que la Resolución 584-2003 D.G. de 3 de junio de 2003, dictada por el Director General de la Caja de Seguro Social, infringe las disposiciones legales siguientes:

1. El artículo primero del Decreto de Gabinete 221 de 18 de noviembre de 1971, que establece la obligación de todo empleador de pagar al trabajador una bonificación especial, denominada Décimo Tercer Mes.

En relación con el concepto de la infracción el demandante afirma que es directa por omisión, porque la Resolución impugnada: *"debió considerar en los meses de abril, agosto y diciembre de 1997, 1998, 1999, 2000 y 2001 y los meses de abril y agosto de 2002, únicamente para efectos del pago de cuotas de seguro social, la porción del décimo tercer mes que dimana del salario más no así la dimanante del gasto de representación, a menos que en su conjunto hubiesen*

excedido del salario mensual sumado a la parte pagada como décimo tercer mes.” (Ver foja 63).

2. El artículo 2 de la Ley 20 de 12 de agosto de 1992, sobre el carácter deducible que tiene el Décimo Tercer Mes.

Referente al concepto de la infracción, la apoderada judicial de Banco Uno, S.A., asevera que es directa por omisión, porque esta empresa cumplió con la obligación de pagar, en los porcentajes correspondientes, las cuotas obrero patronales del seguro social durante el período comprendido de enero de 1997 a septiembre de 2002, (ver foja 64).

3. Los literales b y c del artículo 62 del Decreto Ley 14 de 27 de agosto de 1954, los cuales establecen, respectivamente, el concepto de sueldo y la excepción de pagar cuota de seguro social de los viáticos, dietas y preavisos.

El demandante asevera que la infracción es por interpretación errónea, pues se debió determinar adecuadamente la existencia o no de excedente en los gastos de representación en relación con los salarios.

4. El artículo 19 de la Ley 44 de 12 de agosto de 1995, que señala: “Los pagos que el empleador haga al trabajador en concepto de primas de producción, bonificaciones y gratificaciones se considerarán como salario únicamente para efectos del cálculo de vacaciones, licencia por maternidad y de la prima de antigüedad a que tenga derecho el trabajador. Las primas de producción estarán exentas del seguro educativo y las cotizaciones del régimen de seguridad social. Dichas excepciones también se aplicarán a la prima de antigüedad, a

la indemnización por despido injustificado y a los casos en que haya bonificación o aguinaldo de Navidad.”, (ver fojas 68-69)

A juicio del demandante la infracción es directa por omisión, toda vez que a varios trabajadores de esta empresa en los meses de enero de 1999 a septiembre de 2002 se les pagó primas de productividad las cuales están exentas de cotizaciones del régimen de seguridad social, (ver foja 70).

III. Descargos de la Procuraduría de la Administración en representación de la institución demandada.

Mediante la Resolución 584-2003 de 3 de junio de 2003 dictada por el Director General de la Caja de Seguro Social, se resuelve condenar a la empresa Banco Uno, S.A., a pagar a la Caja de Seguro Social, la suma de Cuarenta y Siete Mil Seiscientos Ocho Balboas con Ochenta y Un Centésimos (B/.47,688.81), en concepto de cuotas de seguro social, prima de riesgos profesionales, Décimo Tercer Mes, multas y recargos de Ley, correspondientes a las sumas dejadas de pagar por esta empresa durante el período comprendido de enero de 1997 a septiembre de 2002.

La multa impuesta a la empresa Banco Uno, S.A., se sustenta en la investigación oficial realizada por los auditores del Departamento de Auditoría a Empresas de la Dirección Nacional de Auditoría Interna de la Caja de Seguro Social, a los libros de contabilidad, planillas y comprobantes contables con sus respectivos soportes y demás documentos necesarios a fin de determinar con exactitud el pago de las cuotas obrero patronales y otras retenciones

efectuadas por la empresa Banco Uno, S.A., durante el período correspondiente de enero de 1997 a septiembre de 2002.

El Departamento de Auditoría a Empresas de la Dirección Nacional de Auditoría Interna de la Caja de Seguro Social a través del Informe AE-I-03-020 de 25 de abril de 2003, concluye que en la auditoría practicada a la empresa Banco Uno, S.A., se comprobó omisiones en concepto de salarios, diferencia de salarios, horas extras, comisiones, vacaciones, Décimo Tercer Mes, excedente del gasto de representación y servicios profesionales, (ver fojas 83 a 92 del expediente administrativo).

Sobre el Décimo Tercer Mes, en la auditoría realizada a la empresa Banco Uno, S.A., se determinó que durante el período comprendido de enero de 1997 a septiembre de 2002, éste no declaró en las planillas preelaboradas u omitió reportarlo. Además, reportó montos inferiores a la Caja de Seguro Social y en algunos otros casos, que se detallan más adelante, se calculó el Décimo Tercer Mes en base al gasto de representación devengado, circunstancias por las cuales incumplió con el artículo 2 de la Ley 20 de 1992, que dispone:

“Artículo 2: Las sumas que se paguen en concepto de Décimo Tercer (XIII) Mes son deducibles para los efectos fiscales como gastos en la producción de la renta y no estarán sujetas al pago de riesgos profesionales y ningún otro gravamen, descuento o carga, con excepción del **pago de cuotas obrero-patronales del Seguro Social** y del impuesto sobre la renta.” (El énfasis es nuestro).

Las omisiones detectadas por los auditores de la Caja de Seguro Social, se refieren a los siguientes empleados de la empresa Banco Uno, S.A.: Todos los empleados de esta empresa en agosto de 1999, Alina Arancibia (agosto 1998), Amarilys de Arthur (agosto 1998), Yoribeth Espino, Rosa Vergara, Lilia Villagra, Maritza Luque y Neftaly Ábrego (agosto 1999), Julia Paredes (junio 1999), Lorena Morán (julio 2000), Aníbal Grajales (noviembre 2001). En cuanto al cálculo del Décimo Tercer Mes en base al gasto de representación se mencionan a los Ejecutivos de esta empresa (1997-2002), Marilyn de Zapata (diciembre 1997), José Paz (octubre 1998), Ignacio Fábrega (septiembre 1999), Julia Paredes (junio 1999), Geovana de Arroba (febrero 2000), Jorge Carranza (septiembre 2001) y Lita Domicini (enero 2001).

En este sentido, es pertinente señalar que el Informe de Auditoría citado, indica lo siguiente:

“Al verificar las planillas internas, preelaboradas y expedientes de personal de los años 1997 al 2002, determinamos emolumentos cancelados bajo este concepto a un grupo de trabajadores, que no fueron declarados a la Caja de Seguro Social, cuyos montos incluimos en las omisiones de este informe...”

Es importantes mencionar, que el décimo tercer mes es parte del salario del trabajador que está sujeto a la cuota de seguro social, independientemente de las remuneraciones que se tomen para el cálculo, por lo tanto, estos montos son parte de las omisiones presentadas en este informe de auditoría...” (Ver fojas 85 y 86 del expediente administrativo).

En relación con el Décimo Tercer Mes y el pago de la cuota obrero patronal del Seguro Social, este Despacho debe precisar que la sanción impuesta a la empresa Banco Uno, S.A., se sustenta en las diversas omisiones en que ha incurrido la misma y que se expresan en el Informe Explicativo de Conducta rendido por la autoridad demandada, (cfr. f.92 del expediente judicial).

Referente a la manera correcta de calcular el Décimo Tercer Mes, la Resolución 36238-2004 J.D. de 26 de agosto de 2004 dictada por la Junta Directiva de la Caja de Seguro Social, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Banco Uno, S.A., expresa lo siguiente:

“Que a este efecto, se consideró en primer lugar el décimo tercer mes proporcional calculado sobre la base de las asignaciones fijas del gasto de representación.

Que la forma correcta como lo aplica la Institución se ilustra a continuación:

| Salario | Gasto de Representación | XIII Mes |
|-------------|-------------------------|-----------|
| B/.1,000.00 | B/.1,000.00 | B/.666.00 |

El décimo tercer mes contempla la totalidad del salario, más el gasto, es decir, B/.333.00 a cada concepto, ésta sería el 1/3 del salario base y del gasto de representación.

El otro supuesto es:

| Salario | Gasto de Representación | XIII Mes |
|-------------|-------------------------|-----------|
| B/.1,100.00 | B/.900.00 | B/.666.00 |

El décimo tercer mes sería de B/.366.66 sobre el salario y B/.300.00 sobre el gasto de representación;” (Ver fojas 13-14).

Ante los argumentos expresados, este Despacho considera que la Resolución 584-2003 D.G. de 3 de junio de 2003 y demás actos confirmatorios dictados por la Caja de Seguro Social no violan el artículo primero del Decreto de Gabinete 221 de 18 de noviembre de 1971, como tampoco el artículo 2 de la Ley 20 de 1992.

En relación con la aludida violación a los literales b y c del artículo 62 del Decreto Ley 14 de 1954, disentimos del criterio expuesto por el demandante, porque los gastos de representación cuando exceden del salario deben pagar la cuota obrero patronal del Seguro Social, conforme el literal b, del artículo 62 del Decreto Ley 14 de 1954, que dispone:

“Artículo 62. Para efectos del Seguro Social privarán las siguientes definiciones:

a. ...

b. Sueldo: La remuneración total, gratificación, bonificación, comisión, participación de beneficios, vacaciones o valor en dinero y en especie, que reciba el trabajador del patrono o empleador o de cualquier persona natural o jurídica como retribución de sus servicios o con ocasión de éstos.

Se exceptúan del pago de cuotas de seguro social los viáticos, dietas y preavisos. También se exceptúan las gratificaciones de navidad o aguinaldos y los gastos de representación mensual, siempre que no excedan a un mes de sueldo. **En el caso de exceder al mes de salario se gravará solamente el diferencial que exceda al respectivo mes de salario...** (El énfasis es nuestro).

De acuerdo con el Informe AE-I-03-20 citado, el gasto de representación pagado por la empresa Banco Uno, S.A., en las liquidaciones de los señores Ignacio Fábrega (septiembre de

1999) y Jorge Carranza (septiembre de 2001), fue superior al salario mensual declarado; por consiguiente, hay un excedente sujeto a la retención de la cuota obrero patronal.

Al respecto, la sentencia de 26 de febrero de 1999 de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, indica:

“Ciertamente conforme a la legislación de seguridad social, los gastos de representación mensual no están sujetos al pago de cuotas obrero patronales, tal como lo prevé claramente el artículo 62 literal b de la Ley Orgánica de la Caja de Seguros Social. No obstante, la misma excerta legal ha señalado como excepción a esta previsión, el caso del gasto de representación mensual que exceda el mes salario, en cuyo (sic) será gravable para efectos de las cuotas obrero patronales su excedente, y éste es el caso de los gastos de representación mensual registrados en el sistema contable del BANCO GANADERO S. A. en relación a los nombrados trabajadores.”

Por tanto, no se produce la alegada violación a los literales b y c del artículo 62 del Decreto Ley 14 de 1954.

En cuanto a la supuesta infracción del artículo 19 de la Ley 44 de 1995, este Despacho estima que carece de sustento, toda vez que de conformidad con el Informe de Auditoría se concluyó que las sumas percibidas por los trabajadores en realidad son comisiones y no primas de productividad como alega el demandante.

Sobre este aspecto, el Informe de Auditoría AE-I-03-20 de 25 de abril de 2003, señala:

“En la verificación de las planillas internas, preelaboradas, movimientos mecanizados de cuentas y comprobantes contables, constatamos que la empresa no declaró a la Caja de Seguro Social,

las comisiones pagadas a los empleados durante el período examinado...

Cabe señalar, que las comisiones pagadas en las situaciones antes descritas fueron denominadas con el nombre de Prima de Productividad, no obstante, los comprobantes contables lo describen como pago de comisiones y se registraron a la cuenta de gastos No. 520-31/5301-01-01-03, denominada 'Otros salarios' (Ver fojas 86 y 87 del expediente administrativo).

Además, corrobora lo anterior, el hecho que a fojas 39, 40, 43, 44, 47, 48, 50, 53, 54, 55 y 56 del expediente administrativo figuran memorandos de los Jefes de Departamento de la empresa Banco Uno, S.A., en los que se hace referencia al pago de comisiones y no a primas de productividad.

De acuerdo con el literal b, del artículo 62 del Decreto Ley 14 de 1954, las comisiones pagan cuota obrero patronal del Seguro Social, porque solamente se exceptúan de este pago los viáticos, dietas y preavisos. También se exceptúan las gratificaciones de navidad o aguinaldo y los gastos de representación, siempre que no excedan un mes de sueldo y según el inciso cuarto del artículo 19 de la Ley 44 de 1995, aquellas sumas que se perciben en concepto de primas de producción; sin embargo, como se demostró, la empresa Banco Uno, S.A., pagó comisiones.

En relación con las sumas percibidas por los empleados de la empresa Banco Uno, S.A., supuestamente bajo el concepto de servicios profesionales, entre los que se encuentran: Roger Camargo, María E. Peñaloza, Nadia Sánchez, Daniel Camarena, Carlos Tovar, Rosemarie de Ayala y Luis A.

Meléndez, ha quedado comprobado que estos empleados percibieron sueldos en condiciones de subordinación jurídica y dependencia económica, lo que caracteriza la existencia de una relación laboral según la define el Código de Trabajo en sus artículos 62, 64 y 65.

Lo expuesto se confirma en el Informe Explicativo de Conducta rendido por la autoridad demandada, se indica:

“Es importante destacar, que bajo el concepto de honorarios profesionales, se determinaron pagos consecutivos por algunos trabajadores que posteriormente fueron incluidos en las planillas preelaboradas como empleados y ejercieron similares funciones como en los casos de ROSEMARIE DE AYALA (Oficial de Cumplimiento), LUIS A. MELÉNDEZ (operaciones), aún cuando se les denominaba ‘Servicios Profesionales’, puesto que no son las apreciaciones del trabajador o empleador las que determinan estas circunstancias, sino las condiciones en las que presta el servicio el contratado.

De allí, que las sumas que se reflejen en el alcance definitivo no corresponden a honorarios profesionales sino a salarios, sumas de las que deben deducirse las cuotas de seguro social.” (Ver foja 92).

Sobre el concepto relación de trabajo, la Sentencia de 16 de noviembre de 2001 de la Sala Tercera (Laboral) de la Corte Suprema de Justicia, expresa:

“Es así que la existencia de una relación de trabajo no descansa en la voluntad de las partes, ni en la designación formal que se le dé, sino en la realidad de los hechos, o sea en las condiciones en las que se preste el servicio. Son entonces las características de la relación las que definirán su naturaleza.” (Ver Registro

Judicial de noviembre de 2001, pág. 454).

Por lo expuesto, esta Procuraduría solicita respetuosamente a los Honorables Magistrados se sirvan declarar que NO ES ILEGAL, la Resolución 584-2003 D.G. de 3 de junio de 2003, dictada por el Director General de la Caja de Seguro y los actos confirmatorios.

IV. Pruebas: Aceptamos únicamente los documentos originales o debidamente autenticados.

Adjuntamos copia autenticada del expediente administrativo de la empresa Banco Uno, S.A., elaborado por la Caja de Seguro Social.

V. Derecho: Negamos el invocado en la demanda.

De la Señora Magistrada Presidenta,

Oscar Ceville
Procurador de la Administración

OC/8/mcs

Alina Vergara de Chérigo
Secretaria General, a.i.