



República de Panamá
Procuraduría de la Administración

Panamá, 24 de junio de 2015
C-55-15

Ingeniero
Roberto Roy
Director General y Presidente de la
Junta Directiva de Metro de Panamá, S.A
E. S. D.

Señor Director General:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en ocasión a dar respuesta a su nota MPSA-1313-15, en la que consulta esta Procuraduría si los empleados de Metro de Panamá, S.A., se consideran servidores públicos, y de ser así, si la empresa está obligada a descontarles la contribución especial para el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP), y cubrir el 0.3% que le corresponde como empleador.

En relación al tema objeto de su consulta, debo expresar que esta Procuraduría tuvo la oportunidad de pronunciarse en una materia similar a la que se nos plantea, al absolver consulta de la Fiscal Primera Anticorrupción, en la que preguntaba si los trabajadores del Aeropuerto Internacional de Tocumen, S.A., son considerados o no servidores públicos, interrogante que fue absuelta en la nota número C-124 de 13 de julio de 2005, respondiendo entonces que no son servidores públicos.

No obstante, en esta ocasión, al analizar detenidamente el artículo 299 de la Constitución Política de la República y la naturaleza jurídica de Metro Panamá, S.A., como empresa pública, la Procuraduría es de opinión que sus empleados **sí son servidores públicos**, aún cuando se rijan por el Código de Trabajo.

Al respecto, el referido artículo 299 de la Constitución establece quiénes son servidores públicos al señalar que son “las personas nombradas temporal o permanente en cargos del Órgano Ejecutivo, Legislativo o Judicial, de los municipios, entidades autónomas o semiautónomas; y en general **los que perciban remuneración del Estado**” (resalta el Despacho).

La palabra “*remuneración*” empleada en la norma constitucional antes citada, es la acción y efecto del verbo remunerar, que según el diccionario de la Real Academia Española significa “recompensar o pagar”, de manera que en este sentido, 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 o salarios, por parte del Estado, como contraprestación por servicios prestados bajo dependencia económica o subordinación jurídica.

La Procuraduría de la Administración sirve a Panamá, lo sirve a ti.

La expresión “*Estado*”, esta utilizada en sentido amplio, como organización y unidad jurídica, de manera que hace alusión al gobierno central, las instituciones descentralizadas, las empresas públicas, los intermediarios financieros, las corporaciones y proyectos de desarrollos, y los municipios, tal como aparece en el Manual de Clasificación Presupuestarias del Gasto Público aprobado por la Resolución No. 244 de 13 de enero de 2011, aprobado por el 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 Metro Panamá, S.A., a la luz de la Ley 109 de 25 de noviembre de 2013, “Que dicta el marco regulatorio al Sistema Metro de Transporte Panamá” y mediante la cual se autorizó la creación de esta sociedad, 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 anterior, si Metro de Panamá, S.A es una empresa pública, por consecuencia lógica 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.

Es natural que las relaciones de trabajo entre personas jurídicas de derecho privado y sus trabajadores se rijan por el Código de Trabajo, pero este cuerpo normativo prevé la posibilidad que la relación de trabajo de los empleados públicos también se rija por ese cuerpo normativo, al señalar 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 éstos empleados se rigen por los preceptos establecidos en ese Código, tal como ocurre en el caso que nos atañe.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que el artículo 22 de la Ley 109 de 2013 determina expresamente que **“las relaciones de trabajo entre el Metro de Panamá, S.A y sus trabajadores se regirán por el Código de Trabajo”**. Otras disposiciones de la misma ley se encaminan en ese sentido, como es el caso del numeral 15 del artículo 5 que señala que entre los fines de la sociedad está de **“seleccionar, nombrar y remover su personal de acuerdo con las disposiciones del Código de Trabajo y las disposiciones reglamentarias dictadas para este fin”**; o la establecida en el numeral 6 del artículo 13 que le da potestad a la Junta Directiva de la sociedad para **“autorizar las políticas de contratación de personal, remuneraciones, criterios de selección y promoción, así como las escalas salariales y de beneficios económicos de los empleados y convenios colectivos de los trabajadores, de conformidad con el Código de Trabajo.”**

Todo lo anterior conduce a señalar que los que reciben remuneración, pagos de salario, de Metro de Panamá, S.A., como contraprestación por los servicios prestados bajo dependencia económica o subordinación jurídica, **en realidad los están recibiendo del Estado, por conducta de esa empresa pública.**

Sobre este particular, el autor Libardo Rodríguez, en su obra Derecho Administrativo, al analizar el régimen legal de los servidores públicos en Colombia, dice que existen tres clases de servidores públicos: los funcionarios públicos, los trabajadores oficiales y los funcionarios de seguridad social, y al respecto expone:

“Estos empleados - se refiere a los empleados o funcionarios públicos - se caracterizan por estar vinculados a la administración mediante una *relación legal y reglamentaria*. Esta vinculación se manifiesta en la práctica por el acto de nombramiento y la posesión del empleado, y quiere decir que el régimen al cual ha sido sometido está previamente determinado por la ley, de manera que no hay posibilidad legal de que la administración y el empleado discutan y acuerden las condiciones de prestación del servicio, ni al momento del nombramiento y posesión ni después, ya que ellos solo pueden presentar peticiones respetuosas a la administración”

Más adelante, refiriéndose a otra clase de servidores públicos, o sea, a los trabajadores oficiales, el mismo autor señala:

“La característica principal de estos *trabajadores oficiales* consiste en que se encuentran vinculados a la administración mediante un contrato de trabajo, lo cual los ubica en *una relación de carácter contractual laboral* semejante a la de los trabajadores particulares. La consecuencia más importante de esta relación contractual laboral consiste en que las normas a ellos aplicables constituye apenas un mínimo de garantía a su favor, de modo que es posible discutir las condiciones laborales, tanto al momento de celebrar el contrato como posteriormente por medio de pliegos de peticiones, los cuales pueden dar por resultado una convención colectiva”

Trayendo estas reflexiones a la realidad panameña, y particularmente a la manera como se vinculan los empleados a Metro de Panamá, S.A., nos encontramos con que en esa empresa existen dos tipos de empleados públicos: los nombrados por el Órgano Ejecutivo, que deben tomar posesión para poder ejercer sus respectivos cargos, que no se rigen por el Código de Trabajo, pero que tampoco son servidores públicos de Carrera Administrativa, como lo son los directores a los que alude los numerales 1, 5, 6 y 7 del artículo 10 de la Ley 109 de 2013, que forman parte de la Junta Directiva de esta empresa pública; y los otros, que se vinculan a la empresa en virtud de una relación de carácter laboral, y que se rigen por el Código de Trabajo por disposición expresa de la ley.

Deslindado estos aspectos, es decir, sobre la naturaleza jurídica de Metro de Panamá, S.A y de los empleados que prestan servicios para ella, por nombramiento o contratación de carácter laboral, nos corresponde ahora determinar si esta empresa está obligada a descontarles a sus trabajadores la contribución especial para el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP), y cubrir ella el 0.3% que le corresponde como empleador.

Al respecto, la Ley 8 de 6 de febrero de 1997, que crea el Sistema de Ahorro y Capitalización de Pensiones de los Servidores Públicos (SIACAP), estableció una contribución especial de carácter obligatoria 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).

La contribución especial a la cual se refiere el párrafo arriba transcrito, 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".

En consideración a todo lo expuesto, la opinión de esta Procuraduría es que **los empleados de Metro Panamá, S.A, son servidores públicos aun cuando se rijan por el Código de Trabajo**, y, por tanto, 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 o retiro anticipado. De igual manera la empresa, como empleador, está obligada a aportar a ese Sistema lo equivalente a tres décimo del uno por ciento (0.3%) de los salarios que descuenta a sus trabajadores para el mismo sistema.

Hago propicia la ocasión para reiterarle los sentimientos de mi consideración y aprecio.

Atentamente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración

RGM/au

