

, 12 de diciembre de 1984

Doctor
Carlos M. Brandaris
Ministro de Salud
E. S. D.

Señor Ministro de Salud:

Acúsole recibo de su atenta Nota No.1747-DM de 29 de octubre de 1984, en la cual se me formula ciertas interrogantes con relación a los jubilados que desean trabajar en el Ministerio de Salud. Dichas interrogantes son del tenor siguiente:

"Puede el Ministerio de Salud, en virtud del fallo emitido por la Corte Suprema de Justicia, al jubilarse un empleado y si desea continuar trabajando mantenerlo como empleado regular?

Nombrar a este personal jubilado por Decreto Ejecutivo?

O contratar a este personal en caso de que las dos preguntas anteriores sean respondidas negativamente?

En caso de que el Ministerio de Salud realice nombramiento o contrato con este personal jubilado, gozarán de todos los beneficios que establecen las leyes especiales para personal de Salud?".

Con mucho gusto le absuelvo esas preguntas en la siguiente forma:

En primer lugar nos permitimos hacer mención de las opiniones vertidas por ciertos autores en cuanto al concepto y naturaleza jurídica de la jubilación. Veamos.

a) CABANELLAS, Guillermo, nos dice:

"JUBILACION:- Acción o efecto de jubilarse (v.). Retiro del trabajo particular o de una función pública, con derecho a percibir una remuneración calculada según los años de servicios y la paga habida. Cuantía o importe de lo que se percibe sin prestación de esfuerzo actual, y por la actividad profesional desplegada hasta alcanzar cierta edad o encontrarse en otra situación, como la invalidez, que anticipe tal derecho o compensación.

_____ _____ _____
 _____ _____ _____

"Contrariamente, las jubilaciones se originan en el derecho reconocido a trabajadores públicos y privados para proseguir percibiendo determinados ingresos al cesar en sus funciones activas, por lo común apoyándose en la edad del trabajador y en sus años de servicios, aún cuando física y psíquicamente conserve eficiencia para continuar desempeñándose en las tareas. El propósito fundamental consiste en asegurarle al trabajador un retiro digno y suficiente en lo económico, más o menos cercano a los recursos que viniera percibiendo en su última etapa de actividad laboral. Consisten siempre en dinero las jubilaciones y se abonan no obstante notoria holgura económica del titular, proveniente de otras tareas o recursos." (CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Editorial Heliasta S. R.L., Buenos Aires, 1983, págs. 11 y

13).

b) OSSORIO, Manuel Puntualiza:

"Jubilación. Régimen establecido en muchas legislaciones a efectos de que todos los trabajadores, o todos

los ciudadanos (según el sistema adoptado), al llegar a una edad determinada y variable según los países, en que se supone que no pueden trabajar o que han cumplido su deber social en la materia, o cuando sin llegar a esa edad se invalidan para el trabajo, disfruten de una renta vitalicia (también variable según los diversos regímenes) que les permita atender a sus necesidades vitales.

Es muy corriente que la cuantía de la jubilación represente un porcentaje, más o menos elevado, de la retribución de actividad. El derecho de pensión a favor de algunos familiares del jubilado o de quien hubiese tenido derecho a la jubilación. Es frecuente que en los regímenes que limitan el derecho a los trabajadores, cuando éstos trabajan por cuenta ajena, el fondo para constituir la jubilaciones y las pensiones esté formado por contribuciones de los beneficiarios y de sus patronos y, en algunos países, por las del Estado; o solo por las del afiliado cuando se trata de trabajadores independientes." (OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 1974 pág. 401).

c) MORENO RODRIGUEZ, Rogelio, expresa:-

"JUBILACION.- I. Derecho de los trabajadores a cobrar una pensión vitalicia relacionada con el sueldo, tiempo y servicios prestados cuando cesaren en sus tareas, ya sea en forma voluntaria o forzosa, por razón de edad o de imposibilidad física, o por haber desempeñado sus actividades laborales durante un número de años determinado por las leyes.

II. Así se designa tanto a la institución como a la suma que el beneficiario percibe." (MORENO RODRIGUEZ, Rogelio. Vocabulario de Derecho y

Ciencias Sociales, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 197, pág. 300).

d) BIELSA, Rafael, opina así:-

"Bielsa define la jubilación y la pensión en los términos siguientes:

La institución de la jubilación es el derecho que el agente de la Administración pública (civil), tiene de percibir su sueldo, bien sea por su edad, por su imposibilidad física, debido a la cual es relevado de la prestación del servicio." (BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo Tomo II, Depalma editor, Buenos Aires, 195, pág. 155, citado por SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, Tomo I, Impresora Galve, S.A., México, pág. 437).

e) LOPEZ, Fernando de Jesús, manifiesta:

"La Jubilación consiste en que el empleado, después de haber pasado cierto número de años establecido por las leyes, y siempre que se cumpla con los demás requisitos, tiene derecho a percibir una pensión, regulada sobre el sueldo devengado, así como por la actividad desempeñada. El individuo adquiere el derecho a retirarse de la administración, a descansar, recibiendo su pensión, que generalmente se paga por mes.

En doctrina se acepta que en la jubilación hay un fundamento de justicia social que presenta como el premio que otorga la sociedad a las personas que han dedicado parte de su vida a una actividad. Es obvio, que esta persona tiene derecho a un descanso merecido."

LA JUBILACION. Como se dijo en el capítulo precedente, la jubilación consiste en las medidas que adopta el Estado tendientes, a proteger a los individuos, que al haber alcanzado la

edad requerida y demás requisitos legales, se retiran de la vida productiva. Estas medidas son fundamentalmente de tipo económico, pero también incluyen atención médica, hospitalaria, etc... Generalmente es el Estado, y debe ser así, el que proporciona los medios de asegurar un ingreso mínimo en dinero, a fin de que las personas al retirarse puedan vivir con cierta comodidad en su ambiente familiar y conservar el mismo nivel de vida que tenían cuando formaban parte de la clase activa." (LOPEZ, Fernando de Jesús. Régimen Jurídico de las Jubilaciones en Panamá-(Trabajo de Graduación), Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Panamá, 1976 págs. 15 y 31).

De las definiciones transcritas se desprende que la jubilación es un derecho reconocido a los trabajadores en general a una remuneración cuando cesa en sus funciones, por haber llegado a la edad que las leyes exigen. El objeto del retiro es naturalmente, el de proteger al individuo en edad avanzada para que en su retiro pueda descansar con la certeza de poder sufragar los gastos de su manutención.

Cabe señalar que la jubilación es parte de la seguridad social y tiene como objetivo asegurar una determinada asignación monetaria al individuo que luego de haber servido al Estado y cumplido cierta edad, se retira del trabajo. Se pretende garantizar la tranquilidad de la persona que después de haber agotado las energías en el trabajo se retira definitivamente del mismo.

Ahora bien, como características de la jubilación podemos mencionar: a) Es un derecho personalísimo que se adquiere en consideración a la persona misma, al igual que a su condición de funcionario del Estado, b) Para optar a dicho derecho la persona deberá cumplir con determinados requisitos legales (ejem; tener cierta edad, así como determinados años de servicios en el engranaje estatal). c) La persona adquiere el derecho a retirarse de la Administración, a descansar, recibiendo así una pensión.

Así la jubilación da lugar a que la persona se retire de la actividad productiva del Estado. Es decir, que la jubilación viene a ser la desinversión legítima, no disciplinaria, de un agente que reúne las condiciones legales

o reglamentarias para que se le conceda una pensión. En otras palabras; el objeto de las jubilaciones del Estado es el de no dejar desamparado al funcionario o empleado al retirarse del servicio público, tanto más cuanto ellas constituyen un derecho.

Importante es hacer mención que la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 21 de febrero de 1984 declaró la inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley 15 de 31 de marzo de 1975 y el artículo 27 de la Ley 1 de 31 de marzo de 1975 debido a que ambas disposiciones legales al prohibirle a los jubilados a trabajar por cuenta de terceros vulneraban los principios consagrados en los artículos 60 y 75 de la Constitución Política. Por otro lado nuestra máxima Corporación Judicial en fallo de 5 de septiembre de 1984 declaró la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley No.85 de 9 de octubre de 1974, el cual le impedía a los jubilados del sector público a realizar trabajo por cuenta de terceros.

Entendida la jubilación bajo los conceptos que hemos expuesto anteriormente, somos del criterio que los fallos emitidos por nuestro más alto Tribunal de Justicia tienen la finalidad o el objetivo de permitir que los empleados después de haberse acogido a la jubilación, (lo que implícitamente conlleva el haber cesado en sus labores habituales) puedan posteriormente realizar trabajos para terceros ya sea a nivel de la Administración Pública o del sector privado, pero de ninguna manera se deben interpretar esas sentencias en el sentido que la persona al ser jubilada tiene derecho a permanecer en el cargo que ocupaba al momento de la jubilación, ya que esa no fue la intención de los comen-
tados pronunciamientos.

No obstante lo anterior, con respecto a los jubilados del sector privado mediante consulta absuelta a la Caja de Seguro Social mediante nuestra Nota No.37 de 29 de marzo de 1984, relacionada con el Cese de Labores para poder acogerse a la jubilación, se le comunicó lo siguiente:

"Pues bien, observamos nosotros que tanto la disposición legal como la reglamentaria, antepone como condición para el derecho a la pensión y para su pago, el hecho del retiro de la ocupación por parte del asegurado (Art. 50 de la Ley Orgánica) o el hecho del cese de labores (Reglamento).

Tales condiciones eran perfectamente compatibles con el Artículo 28 de la Ley 15 de 1975 y el Artículo 27 de la Ley 1 del mismo año por cuanto que es tos también exigían como condición pa-
ra el asegurado que adquiría el derecho

a la pensión, el no poder realizar ningún trabajo por cuenta de terceros.

Pero al ser recientemente declarados inconstitucionales dichos artículos, ha variado la situación de los pensionados o jubilados por cuenta quedó establecido que la prohibición contenida en ellos era violatoria de claros preceptos constitucionales al 'restringir, limitar, impedir, o prohibir el pleno y cabal ejercicio de el trabajo, más allá de las limitaciones o condiciones determinadas por la propia Constitución' (Cfr. Sentencia del Pleno de la Corte de fecha 21 de febrero de 1984).

Concluimos entonces, en respuesta a su interrogante, que no debe la Caja del Seguro exigir a los asegurados ni estos están obligados a la presentación del "Cese de Labores", por cuanto que la prohibición a no realizar ningún trabajo por cuenta de terceros, como condición para adquirir o mantener el derecho y el pago a la pensión de vejez y a otras prestaciones fueron declarados inconstitucionales.

No tendría razón de ser la exigencia de este requisito si como explicamos, de él no depende, como en el pasado, adquirir el derecho a la pensión que debe ser otorgada por la Caja aunque el asegurado continúe en su ocupación o inicie otra nueva relación obrero patronal." (Cfr. a fs. 3 de la Nota No.37).

Aunque en la opinión pre-transcrita no se hizo mención a ello, este razonamiento también tiene fundamento en que mediante sentencia de fecha 24 de agosto de 1964, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el acápite c) y el parágrafo del artículo 11 del Decreto-Ley No.9 de 1 de agosto de 1962, que modificaba y adicionaba el Decreto-Ley No.14 de 27 de agosto de 1954, que era del siguiente tenor:

"Artículo 61.-....."

.....

Para tener derecho a la pensión de vejez, se requiere:

- a).....
- b).....
- c) Que el interesado cumpruebe a la Caja de Seguro Social que pertenece a la clase pasiva y no asalariada del país.

Parágrafo: A los pensionados que violen la disposición en la letra c) de este artículo se les suspenderá temporalmente la pensión mientras perciben sueldo. Los pensionados podrán, no obstante, dedicarse a cualquier actividad lucrativa por cuenta propia.

Esta disposición se refiere a las pensiones que reconozcan a partir de la vigencia del presente Decreto-Ley."

Como se podrá observar, la disposición transcrita exigía que el interesado comprobara que no se encontraba trabajando para poder tener derecho a la pensión, o lo que es lo mismo la comprobación del Cese de Labores.

Es de observar también, que el artículo 50 de la actual Ley Orgánica de la Caja de Seguro Social, que establece los requisitos necesarios para tener derecho a la pensión de vejez, excluye el requisito relacionado al acápite c) antes comentado y que fuera declarado inconstitucional por atentar contra el derecho a trabajar que la Constitución reconoce a todo individuo.

Si bien la declaratoria de inconstitucionalidad eliminó este requisito del ordenamiento jurídico de tal manera que permite al interesado acogerse a la jubilación sin tener que retirarse o acogerse realmente al retiro, no hay que perder de vista que el Código de Trabajo, en su artículo 213, aparte B, ordinal 3o, establece como causa justa para dar por terminada la relación de trabajo, al haberse acogido el trabajador a la jubilación o pensión de vejez. Es decir, en estos casos el empleador está en libertad de dar por terminada la relación de trabajo o mantener su continuidad.

De lo dicho anteriormente concluimos que al momento de

presentar su solicitud de jubilación, el interesado no está en la obligación de presentar la prueba del cese de labores pero que una vez le es reconocido el derecho a la pensión de vejez, el jubilado puede ser despedido por ésta razón, manteniendo el derecho a poder ser contratado nuevamente por el mismo empleador o por un tercero, independientemente del hecho de que sea un jubilado, ello como consecuencia de la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 28 de la Ley 15 de 1975, el artículo 27 de la Ley 16 de 1975.

Veamos ahora la situación con respecto a los jubilados del sector público.

Como mencionáramos anteriormente, mediante fallo de 5 de septiembre de 1984, la Corte Suprema de Justicia declaró inconstitucional el artículo 10. de la Ley No.85 de 9 de octubre de 1974, el cual le impedía a los jubilados del sector público volver a ser nombrados o contratados para prestar servicios en cargos públicos.

A partir de tal declaratoria se plantea nuevamente la interrogante de que si el empleado al jubilarse tiene derecho a permanecer en el cargo o debe real y efectivamente retirarse de sus ocupaciones habituales, manteniendo el derecho por supuesto a ser nombrado o contratado nuevamente.

Pues bien, somos de opinión que la respuesta a esta interrogante nos la dá el artículo cuarto del Decreto de Gabinete No.17 de 22 de enero de 1969 mediante el cual se dictan disposiciones relativas a las jubilaciones de los empleados públicos, tal como quedó modificado por el artículo Primero del Decreto de Gabinete No.42 de 14 de febrero de 1969 disposición esta que se encuentra vigente, formando parte de nuestro ordenamiento jurídico y que dice:

"Artículo Primero.- El Artículo 40. del Decreto de Gabinete No.17 de 22 de enero de 1969, quedará así:

Artículo 40.- Deberán forzosamente acogerse a la jubilación o a la pensión de vejez, o invalidéz de la Caja de Seguro Social, salvo las excepciones que expresamente se hacen en este Decreto de Gabinete, los funcionarios y empleados que hayan adquirido o adquieran ese derecho."

- - -

Sobre este artículo el ex-Procurador de la Administración, mediante Nota No.20 de 29 de abril de 1969, absolvió consulta en los siguientes términos:

"Esta disposición no da opción al funcionario, una vez adquirido uno de estos derechos surge la obligación inexorable de acogerse a la jubilación. Por tanto, estimo que en el presente caso dicho empleado debe acogerse forzosamente a la jubilación especial prevista en la Ley Orgánica de la Caja de Ahorros, cuyo monto debe ajustarse a las prescripciones del artículo 2 de la misma Ley".

"RESPUESTA: Como decíamos anteriormente, el artículo 4o. del Decreto de Gabinete No.17, antes transcrito, no da opción al funcionario que se encuentre en las condiciones descritas por usted para escogerse. Dicha norma en forma categórica impone la separación del funcionario o empleado por el hecho de haber adquirido uno de estos derechos, independientemente de que sea uno más favorable que el otro.

"RESPUESTA: Indudablemente que a la luz de nuestros razonamientos vertidos al conceptuar sobre los puntos anteriores, la empleada a que usted alude en este aparte de su encuesta, debe retirarse de su cargo en la Caja de Ahorros. En cuanto a que si forzosamente debe renunciar a su pensión de viudez para acogerse a la pensión de vejez, estimo que es la Caja de Seguro Social quien corresponde resolver este problema, la que indudablemente debe acatar lo dispuesto por el artículo 56-M de su Ley Orgánica...."

En concordancia con la opinión expuesta, consideramos que los empleados públicos, por disponerlo la Ley, si deben retirarse del cargo que ocupan para acogerse a la jubilación y comprobar tal hecho a la Caja de Seguro Social para adquirir el derecho al pago de la pensión correspondiente.

En base a todo lo expuesto y con relación a su primera pregunta, conceptuamos que cualquier empleado del Ministerio de Salud que se haya acogido a la jubilación, está en la obligación de dejar el cargo, ya que es una de las finalidades que se persigue con la jubilación cual es la de que la persona se retire de la Administración Pública y disfrute de un descanso. Por lo tanto, el Ministerio de Salud no está obligado a mantener como empleados regulares a las personas que se hayan jubilado, por la sencilla razón de que la relación jurídica entre esa entidad estatal y el jubilado feneció al momento en que éste último adquirió su derecho a jubilarse.

Ahora bien, el Ministerio de Salud puede si lo tiene a bien, nombrar a esa persona jubilada ya sea por Decreto Ejecutivo o por contrato y a partir de ese nombramiento se inicia una nueva relación jurídica entre el jubilado y dicho Ministerio.

Con relación a su cuarta interrogante estimamos que el jubilado que haya sido nombrado sea por Decreto Ejecutivo o por contrato deberá gozar de todos los beneficios que establecen las leyes especiales para el personal de Salud por el hecho de que no se puede considerar al jubilado como un servidor público diferente a los demás; de allí que deberá gozar de todos los beneficios que establecen las leyes especiales.

En esta forma espero haber absuelto en debida forma su interesante consulta.

De usted, atentamente,

Lcdo. José A. Troyano
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACION

/mder.