

18 de diciembre de 1995

Doctor
FRANCISCO ALVARADO
Director General del IPHE
E. S. D.

Estimado doctor Alvarado:

Me complace darle respuesta a la consulta que tuvo a bien formularnos con relación a las normas jurídicas sobre jubilación aplicables a los servidores públicos que laboran en el Instituto Panameño de Rehabilitación Especial, específicamente, a aquellos que ejercen funciones de tipo administrativas.

La Nota a través de la cual se solicita nuestra opinión es la No. 875-95 D.G., de 7 de noviembre de 1995, y se observa que contiene un esbozo de las disposiciones que considera aplicables al caso y el criterio que le merece el punto objeto de consulta; dándose de esta manera cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 346, numeral 6o., del Código Judicial.

Según el texto de la Nota referida la inquietud se origina a raíz de la actitud negativa que ha adoptado la Caja de Seguro Social, en el sentido de que los "...administrativos que laboran en el I.P.H.E. no pueden jubilarse a los 28 años debido a lo que establece el Artículo 9 de la Ley 53 de 1951".

Con relación al punto medular de su consulta usted prohija un criterio distinto al asumido por la entidad pública de seguridad social y para ello cita un número plural de preceptos legales, en miras a apoyar dicha posición. Tal es el ejemplo del propio artículo 9 de la Ley 53 de 1951, Orgánica del IPHE; los artículos 13, 113 y 198 de la Ley 47 de 1946, Orgánica de Educación; el artículo 1o. de la Ley 2 de 1983 y el artículo 1o. del Decreto 1134 de 1945. Con relación a estas dos últimas normas usted afirma que constituyen el "...fundamento para la jubilación de los empleados del Ministerio de Educación y por tanto deben aplicarse a todos los empleados del I.P.H.E.; ya que en derecho rige el principio expresivo de, que donde la Ley no distingue a nadie le es dable distinguir". A continuación de lo cual textualmente expresa lo siguiente:

"Las disposiciones que expresamente para jubilar a todos (sic) los empleados del I.P.H.E. sin distinguir las funciones, es el Decreto 1134 de 1945 y la Ley 2 del 11 de enero de 1983, considerando que el I.P.H.E. es una Institución eminentemente educativa que siempre se ha regido con las mismas disposiciones legales del Ministerio de Educación desde su creación en 1951.

A pesar de que ha sido práctica permanente de la Caja de Seguro Social, utilizar el Decreto 1134 y la Ley 2 de 1983 para jubilar a los funcionarios que han logrado este derecho en el I.P.H.E., incluyendo, Director General, Subdirector General, Director Administrativo, Enfermeras, Orientadores Pedagógicos, Psicóloga, Director de Personal, Conductores, Trabajadores Manuales y Docentes, sin embargo hemos recibido de Asesoría Legal de la Caja de Seguro Social la nota No. 103-95 del 7 de julio de 1995 donde se nos comunica que los funcionarios administrativos que laboran en el I.P.H.E. no pueden jubilarse a los 28 años debido a lo que establece el Artículo 9 de la Ley 53 de 1951".

En atención a estos antecedentes su Despacho opina que la norma legal invocada por la Caja de Seguro Social no es pertinente ni aplicable a la jubilación de los administrativos del IPHE ni a los docentes, ya que ese precepto se refiere a un incentivo monetario, por ello solicita a este Despacho una aclaración en torno al asunto descrito.

Pues bien, primeramente hemos de tener presente en este caso que el denominado INSTITUTO PANAMENO DE HABILITACION ESPECIAL es una institución pública de enseñanza especial para personas afectadas por discapacidades, de allí que sea posible relacionarla con el ramo de la educación. Opino que el IPHE forma parte de lo que conocemos bajo el talante de "ramo de educación".

Es importante transcribir el artículo 198 de la Ley 47, de 24 de septiembre de 1946, (Orgánica de Educación), tal cual ha sido modificada recientemente mediante la Ley 34, de 6 de julio de los corrientes. Esta norma señala lo siguiente:

"Artículo 198. Facúltase al Ministerio de Educación para crear cursos o escuelas de

enseñanza especializada para atender la educación de aquellas alumnos cuyas deficiencias físicas o mentales lo requieran, por constituir debido a ellas elementos de difícil adaptación en las instituciones para estudiantes normales".

Esta norma recoge una realidad inevitable y a la que el Estado debe hacerle frente, cual es la necesidad de fomentar y prestar educación especial a personas discapacitadas para que en la medida de lo posible se conviertan en elementos útiles dentro del entorno familiar y social, tratanto de mitigar sus condicionamientos físicos o mentales. La norma prevé un poder o facultad a cargo del Ministerio de Educación para crear "cursos o escuelas de enseñanza especializada" para estas personas que obviamente no pueden asistir a centros de educación comunes, ya sean éstos privados o públicos.

Cierto es que no obstante encontrarse esta facultad en cabeza del Ministerio rector de la educación nacional, el legislador fue mucho más lejos en el año 1951, aproximadamente cinco años después de promulgada la Ley 47 de 1946, cuando en 1951 dicta la Ley 53 que crea el INSTITUTO PANAMEÑO DE HABILITACION ESPECIAL descrito como un centro autónomo de enseñanza y adiestramiento especial, destinado a dedicarse primordialmente a la educación, enseñanza y habilitación de jóvenes ciegos, sordomudos y deficientes mentales, con la posibilidad de que si la capacidad económica lo permite, el Instituto extienda sus servicios a otra clase de "impedidos", conforme lo preceptúa el artículo 1 de la mencionada Ley.

Se observa que la atribución establecida en el artículo 198 de la Ley educativa, ha sido asumida por un ente público descentralizado que es el que verdaderamente ejecuta en la práctica la importante y delicada función de enseñanza a estos miembros especiales de la sociedad; pero, y esto hay que destacarlo, el Instituto autónomo así creado no deja de integrar el ramo de educación. Es lógico, entonces, que le sean aplicables disposiciones legales y reglamentarias en aquellas materias en las cuales hay cabida e identidad de razón o fundamento, como es el caso de la jubilación aplicable a los empleados administrativos que laboran en el IPHE.

A nuestro juicio el asunto a nosotros consultado es de los que le es aplicable las normas que regulan el tema de las jubilaciones que rigen en el Ministerio de Educación; por ello considero que el IPHE es alcanzada por los efectos de los artículos del Decreto 1134, de 18 de julio de 1945, de importante incidencia en este asunto, el cual ha sido modificado por el Decreto 139, de 7 de octubre de 1976, que también fue reformado por la Ley 2 de 1983. No obstante, no es aplicable al objeto consultado el

artículo 113 de la Ley 47 de 1946, ya que el aumento gradual de sueldo a que dicha norma se refiere concierne según su texto únicamente al personal docente (maestros y profesores) del Ministerio de Educación o del IPHE en determinadas circunstancias allí descritas, y no a los servidores administrativos, salvo que sean docentes que ejerzan funciones administrativas. Reproducamos el extracto esencial de la comentada excerta. Veamos:

"Artículo 113. Sólo se reconocerá el derecho que concede la docencia para el aumento gradual de sueldo, a los maestros y profesores que sin estar en servicio activo como tales en los planteles oficiales, se encuentren en alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que desempeñen funciones administrativas en cualquier posición del ramo de Educación o docentes o administrativas en instituciones educativas autónomas, particulares o que dependan de otros Ministerios.

...

...

..." (Destaca la Procuraduría).

Refiriéndonos a la Ley Orgánica de Educación nos percatamos que en ella se incluyen varios artículos que evidencian la relación y control en ciertos actos realizados por el IPHE por parte del organismo que organiza y dirige los planes y políticas educativas en la República, o sea, el Ministerio de Educación; en este sentido, los artículos 7 literales a) y d) que tratan, respectivamente, de la atribución del Patronato, como máxima autoridad del IPHE, para dictar su reglamento interno con la aprobación del Órgano Ejecutivo y nombrar al personal docente y administrativo con la aprobación del Ministerio de Educación.

Estas normas no son sino una secuela de la descentralización administrativa, que se manifiesta en la ejecución de funciones y atribuciones públicas por un ente perisférico y no centralizado del Gobierno. La doctrina señala que existen dos tipos de descentralización: la política y la administrativa. La primera de ellas atañe fundamentalmente a la actividad del poder público, asumiendo los núcleos descentralizados la clásica tríada de funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional, aunque en diverso grado de intensidad; mientras que la segunda se limita a atraer las tareas administrativas (Cfr. FERNANDEZ VAZQUEZ, Emilio. *Diccionario de Derecho Público* (Administrativo, Constitucional, Fiscal), Edit. Astrea, Buenos Aires, 1981, p. 98).

De seguido este autor expone estos interesantes juicios sobre la materia:

"En la descentralización política los grupos preexisten; en la administrativa las unidades de administración surgen por creación de la ley (Legón).

Hay centralización administrativa cuando las competencias se concentran en uno o más órganos superiores de la Administración que poseen el poder o las facultades de decisión. Mediante un proceso de unificación o de cohesión llevado a cabo por el órgano central, absorbe éste los órganos locales. Hay una convergencia numéricamente significativa de atribuciones administrativas que se desprenden de las entidades periféricas y se transfieren a las entidades centrales, al contrario de la descentralización que es una operación inversa" (Ibidem, p. 99).

En el caso del IPHE, repetimos, ha ocurrido un fenómeno de descentralización administrativa, que es la que interesa al presente asunto destacar, pues tiene personalidad jurídica y actúa por cuenta propia bajo el control del Órgano Ejecutivo, y no el fenómeno de "desconcentración" previsto en el artículo 198 de la Ley 47 de 1946 que ya transcribimos, el cual significa que dentro del mismo órgano se atribuyen funciones a un departamento subeditado y dependiente del poder jerárquico ejercido por el órgano superior. De allí que, utilizando palabras de DROMI, existe desconcentración "...cuando la ley confiere regular y permanentemente atribuciones a órganos inferiores dentro de la misma organización de una entidad pública" (DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, 3a. ed., Buenos Aires, 1994, p. 360).

Es evidente y notorio que el Ministerio de Educación no ha ejercido la facultad de crear centros o escuelas de enseñanza especializados para discapacitados dentro del conjunto de sus dependencias; pero el legislador creyó necesario y conveniente constituir un ente autónomo descentralizado, bajo la racional fiscalización del Órgano Ejecutivo a través del Ministerio de Educación, a quien compete la dirección, organización y supervisión de todas las instituciones educativas oficiales de la República, salvo que estén al cuidado de otros Ministerios, de acuerdo lo establece el artículo 9 de la Ley 47 de 1946; consecuentemente, reafirmamos que el IPHE forma parte de la rama educativa.

El artículo 8B de la referida Ley añadido en virtud de la Ley 34 de 1995 enuncia las instituciones del sector educativo y de la sociedad civil vinculadas a la educación, y dentro de las primeras se incluye -en el numeral 7- al INSTITUTO PANAMENO DE HABILITACION ESPECIAL.

El sistema de jubilación vigente en el ramo de educación

Importa hacer una reseña, por la particularidades que reviste, del plan de "jubilación que rige en este sector público porque desde aproximadamente mediados de esta centuria que arriba a su fin en virtud de las potestades conferidas al Presidente Provisional de la República por la segunda Asamblea Nacional Constituyente que aprobara la laureada Constitución de 1946, se le atribuyó la facultad de regular, mediante decreto, la condición de los servidores públicos de la enseñanza, a quienes se le denomina, una vez que cumplan con los requisitos preceptuados en la Ley y reglamentos para ello, supernumerarios.

Efectivamente, el Decreto 1134, de 18 de julio de 1945, surgido a raíz del ejercicio de la potestad presidencial, en su artículo 1, establece lo que a seguidas se copia:

"ARTICULO PRIMERO: Tienen derecho a ser nombrados maestros y profesores **SUPERNUMERARIOS** los empleados del Ramo de Educación que tengan ventiocho (28) o más años de servicio efectivo prestados de manera satisfactoria.

Tienen también igual derecho los empleados que aun con solo veinte años de servicios efectivos satisfactorios, estén física o mentalmente impedidos de manera permanente para continuar en servicio, si comprueban debidamente su estado".

Este estatuto es independiente de "los estatutos generales vigentes sobre jubilación de los Empleados Públicos amparados por la Caja de Seguro Social" según se deja expresamente plasmado en el primer considerando de la parte motiva del Decreto 1134 de 1945 citado.

El artículo 2 de la referida norma dispone lo siguiente:

"ARTICULO SEGUNDO: Los sueldos que estos empleados Supernumerarios devenguen serán los mismos que devengan en la actualidad si son funcionarios docentes o empleados de servicio.

En los casos de los profesores de enseñanza secundaria, se hará un promedio de los sueldos devengados en los últimos cinco años. Los empleados administrativos devengarán los mismos sueldos que devengarían si ejercieran sus funciones docentes, de conformidad con el título que poseen y las funciones que hubieran desempeñado anteriormente. Se consideran funcionarios docentes los maestros y profesores, y funcionarios administrativos los demás".

También se dispone que los sueldos de los empleados supernumerarios deben imputarse a la partida del presupuesto de gastos "correspondiente al pago de los empleados regulares respectivos".

Mediante consulta C-109, de 18 de julio de 1986, el entonces Procurador de la Administración emitió un dictamen jurídico en torno al estatuto jurídico aplicable a los supernumerarios del ramo de educación. En dicha consulta se estimó oportuno expresar que la Ley 2 de 1983 modificó el artículo primero del Decreto 139 de 7 de octubre de 1976, ya mencionado, que a su vez modificaba el artículo 2 del Decreto 1134 de 1945; sin embargo, "no afectó ninguna de sus restantes disposiciones; ello a nuestro juicio -dijo el Dr. Olmedo Sanjur- significa confirmar tácitamente la vigencia del artículo 4 que antes se reprodujo", alusivo a las funciones de los supernumerarios.

Vale decir que existe una sutil dicotomía entre "supernumerarios" y jubilados, tema que incluso ha sido abordado en anteriores pronunciamientos de quienes me precedieron en el cargo, en el sentido de que no debe confundirse al empleado supernumerario con el jubilado de derecho (Cfr. C-92/68). Y a esto se ha agregado que un supernumerario no puede ser considerado "como jubilado tal como se dijo en la parte motiva de la sentencia de 30 de noviembre de 1948, porque para aquel existe la obligación de prestar servicios cuando el Ministerio de Educación a bien tenga solicitarlos" (Cfr. C-54/68). El jubilado cesa definitivamente en sus funciones desde que adquiere ese status; mientras que el supernumerario "continúa en sus funciones, siquiera potencialmente, después de declararse supernumerario" (C-109/86).

La Corte Suprema de Justicia a través de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 18 de febrero de 1971, sobre el punto que nos interesa señaló lo siguiente:

"Ahora bien: En el Decreto Legislativo No. 5 de 20 de junio de 1945, el entonces Presidente Provisional de la República quedó autorizado entre otras cosas, para "expedir y ejecutar Decretos Especiales sobre Empleados Supernumerarios en calidad de maestros, profesores y OTROS EMPLEADOS DEL RAMO DE EDUCACION", basados con (sic) los principios que establecieron las leyes orgánicas del ramo, e independientemente de los estatutos generales vigentes sobre jubilación de los empleados públicos amparados por la Caja de Seguro Social. Con base en el referido Decreto Legislativo, el Organo Ejecutivo dictó el 16 de julio de 1943 (léase 18 de julio de 1945) el Decreto 1134, en el cual reconoció a los empleados del ramo de educación de veintiocho o más años de servicios efectivos prestados de manera satisfactoria, el derecho de ser nombrados maestros y profesores, y que los sueldos que estos empleados supernumerarios devenguen serán los mismos que devengan en la actualidad, si son funcionarios docentes o empleados de servicio; entendiéndose por docentes los profesores y maestros y por funcionarios administrativos los demás".

Esta resolución aparece publicada en el Registro Judicial No. 9 de 1971 y nótese que la misma no restringe a los docentes (maestros y profesores) como únicos beneficiarios de este sistema especial de "jubilación", sino que el mismo es aplicable también a los servidores administrativos del ramo de educación. Otro aspecto destacable, y en el que hacemos hincapié, es el referente a que: al hablar de ramo de educación la norma no se refiere exclusivamente al Ministerio de Educación dando lugar a que el IPHE, como integrante de este sector, sea beneficiario de este estatuto especial creado en 1945.

Deseo asimismo dejar plasmado que desde 1975 con la creación del denominado Fondo Complementario de Prestaciones Sociales obligatorio para todos los servidores públicos (Ley 15 de 1975 desarrollada por la Ley 16 de dicho año), las jubilaciones de los empleados públicos regidos por leyes especiales, las cuales anteriormente eran pagadas por el Estado, a partir de aquella fecha son asumidas por este fondo cuyo fundamento lo encontramos en el artículo 110 de la Constitución de la República y que es

administrado ope legis por la Caja de Seguro Social en calidad de fiduciario.

Sobre este punto en la consulta C-109/86 mencionada, absuelta al Ministro de Educación de la época, se señaló que la condición o status de los supernumerarios de Educación plantea una aparente incongruencia, en el terreno jurídico, con el hecho de que el Fondo Complementario de Prestaciones Sociales de los Servidores Públicos pague los sueldos de los supernumerarios del Ramo de Educación, dado que éste únicamente debe pagar las asignaciones correspondientes a las jubilaciones especiales.

Un estudio de los antecedentes de esta situación, indica que originalmente ella se resolvió mediante el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 1 de 1976, por la cual se adoptó el presupuesto de Rentas y Gastos del Gobierno Central correspondiente al año fiscal que abarcó desde el 1 de enero hasta el 31 de diciembre de 1976, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 36:...

Para los efectos de la Ley Orgánica del Seguro Social, los empleados supernumerarios serán considerados como pensionados y jubilados del Estado".

Sin embargo, al igual que en los momentos en que este dictamen jurídico fue emitido, actualmente no existe una disposición que autorice tal asimilación contenida en el artículo transcrito, porque la Ley que dicta el presupuesto general del Estado para la presente vigencia fiscal, o sea, la Ley 32 de 30 de diciembre de 1994, no ha previsto ese supuesto; por ello debe mantenerse la opinión de que por razones jurídicas los sueldos de los supernumerarios de la rama educativa deberían ser pagados en la forma prevista en el artículo tercero del Decreto 1134, de 18 de julio de 1945, antes transcrito.

En conclusión, opino que es procedente que a los servidores públicos administrativos que laboran en el IPHE, en el presente caso que no son docentes, se les aplique las normas referentes al régimen jurídico de los servidores del ramo de educación contenidas fundamentalmente en el Decreto 1134 de 1945 y la Ley 2 de 1983 (G.O. No. 19.733, de 18 de enero de 1983). Conforme al artículo primero de esta Ley los sueldos que estos empleados jubilados o supernumerarios devengarán, sean docentes o administrativos, "serán los mismos que estén percibiendo al momento de ocurrir su jubilación".

Ello es comprensible y tiene justificación en todas las disposiciones anteriormente citadas y comentadas, y por la

consideración ampliamente sustentada de que el instituto de enseñanza especial conocido comúnmente como IPHE forma parte del ramo educativo.

En un tema sensitivo como el comentado sugiero que las entidades públicas interesadas en el asunto lleguen a acuerdos que solucionen satisfactoriamente la aparente controversia suscitada en torno al mismo, y más que ello, se persiga que prevalezca el sentido de coordinación y cooperación, plausible y saludable en todo ámbito de la Administración Pública.

En espera de haber absuelto adecuadamente su interesante cuestionamiento, quedo de usted con sinceras expresiones de consideración y aprecio,

Atentamente,

17/AMdeF/jest.

LCDA. ALMA MONTENEGRO DE FLETCHER
Procuradora de la Administración