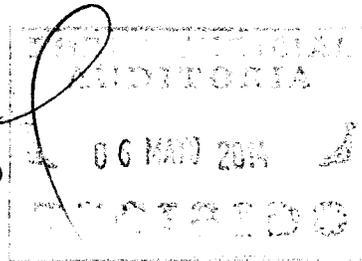


2 de mayo de 2014

C-135-2014

Señor
Walter Jiménez Sorio
Auditor Judicial
Poder Judicial



Con la aprobación de la Procuradora General damos formal respuesta al oficio N° 90-07-AFJP-2013, de fecha 29 de enero de 2013, mediante el cual su antecesor Hugo E. Ramos G., con base en la facultad conferida a las auditorías internas institucionales con la reforma introducida por el artículo 45 de la Ley General de Control Interno al artículo 4 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General, requirió nuestro criterio técnico-jurídico acerca de las siguientes interrogantes:

- 1. Cuando un jubilado reingresa al Poder Judicial, ¿el tiempo que labore durante su reingreso debe considerarse como una nueva relación laboral o como una mera suspensión de la relación laboral que concluyó al momento de otorgarle el beneficio jubilatorio?*
- 2. ¿Cuáles son las condiciones o normativa que aplica al jubilado que reingresa al Poder Judicial en cuanto a la jubilación? ¿Es factible aplicarle nuevamente los presupuestos de los artículos 224 y 225 de la LOPJ, que se refieren a un servidor judicial que debe cumplir con ciertas condiciones (de edad y tiempo servido) para otorgarle la jubilación, cuando ya había adquirido en su oportunidad esa condición?*
- 3. Al estar en presencia de una norma de derecho público ¿cómo debe interpretarse el principio de legalidad en relación con los exfuncionarios que reingresan al Poder Judicial y se les vuelve a calcular la jubilación en consideración de los salarios que percibió al reingresar al Poder Judicial? ¿Se estaría infringiendo el principio de legalidad y a su vez, transgrediendo los principios de seguridad social-solidaridad, Pro fondo y universalidad, etc., de realizarse recálculos de las jubilaciones, según la normativa atinente al fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial?*

4. ¿La potestad del Consejo Superior de modificar las jubilaciones otorgadas (artículo 235 de la LOPJ), en apego (sic) al principio de legalidad, comprende recalcular la jubilación cuando un jubilado reingresa al Poder Judicial, o bien, se limita a la potestad de ajustar la jubilación producto de las variaciones en el costo de vida (artículo 229 de la LOPJ) o cuando en el presupuesto se aumente el sueldo que sirvió de base para la jubilación (artículo 234 de la LOPJ vigente al 31 de diciembre de 1993), o bien, si posterior al momento de otorgarse, se determina un error en el monto asignado?

Por su parte, el Consejo Superior del Poder Judicial ha remitido a este despacho reiteradas excitativas a fin de que la Procuraduría General evacue la consulta formulada por la Auditoría respecto al recalcular de jubilación por reingreso al Poder Judicial (Oficios N° 9377-13, de fecha 26 de agosto de 2013; 1258-14, de fecha 7 de febrero de 2014; 2302-14, de fecha 7 de marzo de 2014 y 3124-14, de fecha 25 de marzo de 2014; todos de la Secretaría General de la Corte Suprema de Justicia). Incluso un servidor judicial interesado (Marco Antonio Cordero Coto, Juez Penal de Hacienda) nos remitió el pasado 18 de febrero de 2014, una serie de apreciaciones, a su criterio de importancia, a fin de que fueran valoradas de previo a emitir nuestro criterio al respecto.

Por la innegable incidencia de la presente consulta en la estabilidad y sostenibilidad financiera del fondo especial contributivo de jubilaciones y pensiones judiciales, mediante oficio N° AFP-194-2014, de 27 de febrero de 2014, se le confirió audiencia facultativa previa a la Superintendencia de Pensiones (SUPEN) para que se pronunciara al respecto.

Mediante oficio N° SP-430-2014, de fecha 7 de abril de 2014, el señor Mauricio Ávila Valverde, en su condición de intendente de pensiones manifiesta que por medio del dictamen C-134-2008 de 23 de abril de 2008 la Procuraduría General fue clara al establecer dos presupuestos esenciales: 1) que por aplicación del artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para una eventual revisión del monto de pensión o jubilación inicial, sólo sería factible reconocer tiempo laborado por reingreso al propio Poder Judicial que no haya sido considerado al momento de reconocerse aquel derecho, no así aquel laborado en otras dependencias de la Administración Pública (coincide con interpretación contenida

en sentencia N° 1999-00299 de las 10:40 hrs. del 29 de setiembre de 1999, Sala Segunda) y 2) que en los demás casos lo que procedería es reconocer al menos el reajuste, adaptación o actualización de las prestaciones suspendidas en función del costo de vida (coincide con interpretación contenida en sentencia N° 750-2011 de las 09:45 hrs. del 14 de setiembre de 2011, Sala Segunda). Y con base en ello concluye que para que proceda la actualización de la cuantía de la pensión por reingreso, es necesario que esa posibilidad esté contemplada en la normativa que regula el régimen, de lo contrario lo que procedería es una revalorización de la cuantía con los incrementos de costo de vida decretados mientras duró aquel reingreso, salvo que el período laborado por reingreso no haya sido considerado para el otorgamiento del beneficio (caso de pensiones proporcionales, cuyo tiempo laborado posteriormente por reingreso al Poder Judicial sirva para completar los 30 años de servicio, a fin de ordinariar el beneficio jubilatorio o pensionístico).

Efectivamente, como bien lo aluden tanto la Auditoría interna consultante, como las autoridades de la SUPEN, según indicamos expresamente en el dictamen C-134-2008 de 23 de abril de 2008, resulta jurídicamente factible que las prestaciones económicas a largo plazo derivadas de regímenes contributivos de jubilaciones y pensiones, puedan ser legítimamente suspendidas bajo las condiciones prescritas por la legislación nacional, en caso de que el beneficiario ejerza una actividad lucrativa o reingrese a laborar en concreto a las Administraciones Públicas.

Y precisamos en aquella oportunidad que esa incompatibilidad del desempeño de un cargo público remunerado con el percibo de pensiones o jubilaciones públicas, supone dejar temporalmente en suspenso la efectividad de su derecho a percibir la prestación económica correspondiente mientras ocupe un cargo público remunerado; es decir, el derecho a percibir la correspondiente jubilación o pensión no se pierde, suprime o extingue por el hecho de optar por el referido puesto de trabajo en el sector público, sino que, su efectividad se suspende por el tiempo que dure el desempeño de aquél cargo.

Y a modo de regla general, advertimos que esa suspensión temporal no puede afectar la revalorización del monto de su pensión o jubilación inicial una vez que cese su reincorporación al empleo, porque como derecho accesorio que garantiza el mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones y jubilaciones, tanto a nivel internacional (arts. 65.10 y 66.8 del Convenio 102, art. 29 del Convenio 128, ambos de la OIT y art. 33 del Código Iberoamericano de Seguridad Social) como nacional (art. 7 de la Ley Marco de Pensiones –N° 7302- y art. 229 párrafo segundo de la Ley

Orgánica del Poder Judicial - Nº 7333-), se prevé como mínimo el reajuste, adaptación o actualización de las citadas prestaciones a largo plazo, tanto de las que están en curso de pago como de las nuevas pensiones que se otorgan, en función de la evolución del costo de la vida, pues los jubilados son particularmente vulnerables a los procesos de inflación, por cuanto su pensión constituye la fuente principal, o incluso única, de sus ingresos (Recomendación 131 de 1989, La protección de la vejez por la seguridad social: Capítulo V. Revisión de las prestaciones de vejez, OIT) (Sobre revalorización o reajuste de pensiones véase, entre otros, el dictamen C-128-2004 de 28 de abril de 2004).

Y aludimos expresamente que como salvedad a aquella regla general (del reajuste por costo de vida), con base en las disposiciones contenidas por el numeral 31 de la Ley Marco de Pensiones (Nº 7302)¹, tanto en los regímenes contributivos especiales cubiertos por ella, como aquellos otros que no facultan la revisión del monto de pensión en caso de reingreso a laborar en la Administración Pública –*como es el caso del Régimen de pensiones y jubilaciones judiciales*-, era jurídicamente factible la revisión del monto de las pensiones a efectos de tomar en cuenta períodos adicionales de servicios prestados al propio Poder Judicial que no hubieran sido considerados al momento de reconocerse el derecho; ello siempre y cuando el interesado plantee la solicitud de revisión dentro de los tres meses posteriores al cese de su última relación. Como es obvio, con ello aludimos la revisión de beneficios jubilatorios proporcionales (art. 225 inciso b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en los que no se alcanzó completar los 30 años de servicios en el Poder Judicial, y en cuyo caso el tiempo laborado posteriormente por reingreso a ese Poder de la República sirve para completarlos a fin de ordinariar el beneficio jubilatorio. Y sólo en estos casos es que sería razonable y jurídicamente factible que los últimos salarios percibidos y cotizados durante el reingreso sirvan para recalcular el monto de pensión asignable.

En ese único sentido es que debe interpretarse la frase contenida en el dictamen C-134-2008, op. cit. cuando afirmamos: "*(...) con base en las previsiones normativas vigentes y en la interpretación que de las mismas ha prevalecido, es claro que cuando un ex servidor judicial reingresare al servicio del Poder Judicial –no así a otras instituciones públicas distintas a aquel Poder de la República-, no es que pierda su condición de pensionado, sino que simplemente dejará de percibir la prestación económica correspondiente mientras ocupe aquel cargo público remunerado. Y la misma será reestablecida a su nueva y definitiva separación de aquél y podrá ser calculada según las nuevas aportaciones que acredite*".

¹ Norma legal que fue avalada constitucionalmente mediante resolución 2013-014986 de 13 de noviembre de 2013, del Tribunal Constitucional.

Véase que lo explicado es del todo coherente con las conclusiones dadas en aquel dictamen C-134-2008 op. cit.; las cuales ratificamos.

Y no creemos que a falta de una regulación normativa expresa, las facultades modificatorias que se aluden en el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a favor del Conejo Superior en materia de pensiones y jubilaciones, puedan ejercerse más allá de lo aquí interpretado. Esto por las construcciones modernas del "principio de legalidad o de juridicidad administrativa", que apuntan a la llamada "vinculación positiva", según la cual, *"no se admite ningún poder jurídico a favor de la Administración Pública, que no sea desarrollo de una atribución normativa expresa precedente"*, pues las instituciones públicas, debido a que administran fondos públicos, sólo pueden realizar aquellos actos que autorice el ordenamiento jurídico, según la escala jerárquica de sus fuentes. De manera que el reconocimiento de este tipo de beneficios económicos está inexorablemente sujeto a la existencia previa de una norma jurídica que directamente lo autorice. Y al no existir en estos casos la norma referida, se debe recurrir por integración normativa a la normativa existente aludida en el dictamen C-134-2008; de manera que será ese el marco jurídico a utilizar mientras no haya un mandato específico de orden legal que establezca una regla jurídica diferente.

Una vez aclarados los alcances del dictamen C-134-2008 op. cit., procederemos a contestar cada una de las interrogantes formuladas.

- 1. Cuando un jubilado reingresa al Poder Judicial, ¿el tiempo que labore durante su reingreso debe considerarse como una nueva relación laboral o como una mera suspensión de la relación laboral que concluyó al momento de otorgarle el beneficio jubilatorio?*

Si bien para efectos estrictamente laborales, y en concreto, por ejemplo, para el reconocimiento del auxilio de cesantía conforme a la interpretación judicial prevalente del artículo 85 inciso e) del Código de Trabajo, el reingreso a labores después de pensionarse o jubilarse constituye una nueva relación laboral (cambio de criterio a partir de la resolución N° 637 de las 10:35 hrs. del 10 de julio de 2009, de la Sala Segunda; ratificado en la N° 2011-000809 de las 15:05 hrs. del 29 de setiembre de 2011), desde la perspectiva del Derecho de la Seguridad Social, y en específico del derecho a la jubilación o pensión, cuando un ex servidor judicial jubilado reingresa al servicio del Poder Judicial supone en primer término, una incompatibilidad funcional que obliga dejar temporalmente sin efecto su derecho a

percibir la prestación económica en la que se materializa la pensión o jubilación, mientras ocupe un cargo público remunerado (art. 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Y sólo en casos excepcionales aquel tiempo adicional laborado durante el reingreso y sus salarios cotizados, que no fueron obviamente considerados al momento de reconocerse el derecho jubilatorio, podrían ser tomados en cuenta para reajustar el monto de pensión asignable; es el caso de beneficios jubilatorios proporcionales (art. 225 inciso b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en los que no se alcanzó completar los 30 años de servicios en el Poder Judicial, y en cuyo caso el tiempo laborado posteriormente por reingreso a ese Poder de la República sirve para completarlos a fin de ordinariar el beneficio jubilatorio.

2. ¿Cuáles son las condiciones o normativa que aplica al jubilado que reingresa al Poder Judicial en cuanto a la jubilación? ¿Es factible aplicarle nuevamente los presupuestos de los artículos 224 y 225 de la LOPJ, que se refieren a un servidor judicial que debe cumplir con ciertas condiciones (de edad y tiempo servido) para otorgarle la jubilación, cuando ya había adquirido en su oportunidad esa condición?

Según advertimos, la suspensión de la pensión por el tiempo que dure el desempeño de un cargo público remunerado en aquel Poder de la República, no debe afectar la revaloración del monto de pensión o jubilación inicial una vez que cesa la reincorporación al empleo. Previéndose al efecto, como regla general, el reajuste, adaptación o actualización de las citadas prestaciones a largo plazo en función de la evolución del costo de la vida (arts. 65.10 y 66.8 del Convenio 102, art. 29 del Convenio 128, ambos de la OIT y art. 33 del Código Iberoamericano de Seguridad Social, art. 7 de la Ley Marco de Pensiones –Nº 7302- y art. 229 párrafo segundo de la Ley Orgánica del Poder Judicial - Nº 7333-). Y únicamente, a modo de excepción de aquella regla general (del reajuste por costo de vida), con base en las disposiciones contenidas por el numeral 31 de la Ley Marco de Pensiones (Nº 7302), tanto en los regímenes contributivos especiales cubiertos por ella, como aquellos otros que no faculden la revisión del monto de pensión en caso de reingreso a laborar en la Administración Pública –*como es el caso del Régimen de pensiones y jubilaciones judiciales*-, es jurídicamente factible la revisión del monto de las pensiones a efectos de tomar en cuenta períodos adicionales de servicios prestados al propio Poder Judicial que no hubieran sido considerados al momento de reconocerse el derecho; ello siempre y cuando el interesado plantee la solicitud de revisión dentro de los tres meses posteriores al cese de su última relación. Como advertimos, con se alude la revisión de beneficios jubilatorios proporcionales (art.

225 inciso b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en los que no se alcanzó completar los 30 años de servicios en el Poder Judicial, y en cuyo caso el tiempo laborado posteriormente por reingreso a ese Poder de la República sirve para completarlos a fin de ordinariar el beneficio jubilatorio. Y sólo en estos casos es que sería razonable y jurídicamente factible que los últimos salarios percibidos y cotizados durante el reingreso sirvan para recalcular el monto de pensión asignable (arts. 224 y 225 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

3. Al estar en presencia de una norma de derecho público ¿cómo debe interpretarse el principio de legalidad en relación con los exfuncionarios que reingresan al Poder Judicial y se les vuelve a calcular la jubilación en consideración de los salarios que percibió al reingresar al Poder Judicial? ¿Se estaría infringiendo el principio de legalidad y a su vez, transgrediendo los principios de seguridad social-solidaridad, Pro fondo y universalidad, etc., de realizarse recálculos de las jubilaciones, según la normativa atinente al fondo de Jubilaciones y Pensiones del Poder Judicial?

De estarse procediendo en contravención a lo explicado, podríamos estar ante un eventual vicio originario en uno o varios de los elementos del acto particular dictado al efecto por la Administración activa, de ahí que aquel acto formal nació a la vida jurídica de forma irregular por infracción al ordenamiento jurídico (art. 158 y ss. LGAP) y podría implicar su invalidación por nulidad, según la gravedad de la violación cometida (art. 165 Ibíd.). Y debe advertirse que en caso de declararse su invalidez la autoridad que la resuelva deberá iniciar de oficio el procedimiento que corresponda para deducir las responsabilidades consiguientes de los funcionarios que participaron en actos contrarios a la legalidad administrativa (arts. 192, 199, 200, 210, 211 y 213 de la LGAP).

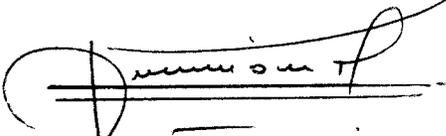
4. ¿La potestad del Consejo Superior de modificar las jubilaciones otorgadas (artículo 235 de la LOPJ), en apego (sic) al principio de legalidad, comprende recalcular la jubilación cuando un jubilado reingresa al Poder Judicial, o bien, se limita a la potestad de ajustar la jubilación producto de las variaciones en el costo de vida (artículo 229 de la LOPJ) o cuando en el presupuesto se aumente el sueldo que sirvió de base para la jubilación (artículo 234 de la LOPJ vigente al 31 de diciembre de 1993), o bien, si posterior al momento de otorgarse, se determina un error en el monto asignado?

En lo que respecta al objeto de la presente consulta, esto es: recalcuro de jubilación por reingreso al Poder Judicial, no creemos que a falta de una regulación normativa expresa, las facultades modificatorias que se aluden en el artículo 235 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a favor del Conejo Superior en materia de pensiones y jubilaciones, puedan ejercerse más allá de lo aquí interpretado. De manera que será ese el marco jurídico a utilizar mientras no haya un mandato específico de orden legal que establezca una regla jurídica diferente.

Dejamos así evacuada su consulta.

Sin otro particular,




MSc. Luis Guillermo Bonilla Herrera
Procurador Adjunto
Área de la Función Pública

LGBH/vhv

Área de la Función Pública

LGBH/vhv