

TERCERA PARTE:
SOBRE EL FUNCIONAMIENTO Y
LA ACTIVIDAD DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sección I: Régimen de la función pública

*“Luces y sombras” en el nuevo Decreto con
fuerza de Ley sobre el régimen de jubilaciones y
pensiones de los trabajadores y trabajadoras de la
Administración Pública Nacional*

José Peña Solís

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

Resumen: *El artículo resume las principales innovaciones el nuevo Decreto con fuerza de Ley que regula las jubilaciones y pensiones de los trabajadores de la Administración Pública, tanto las que mejoran (“luces”) como las que desmejoran (“sombras”) tal derecho.*

Palabras Claves: *Jubilaciones y pensiones de los trabajadores de la Administración Pública.*

Abstract: *The article analyses the main innovations of the Decree-Law of pension for the Public Administration workers, including the positive (“lights”) and negative (“shadows”) reforms.*

Keywords: *Pension for the Public Administration workers.*

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene como finalidad reseñar de manera sintética las principales innovaciones contenidas en el nuevo decreto con fuerza de ley que regula las jubilaciones y pensiones de los trabajadores de la Administración Pública, destacando las que mejoran (“luces”) y las que desmejoran (“sombras”) este derecho de los trabajadores públicos.

Se trata prácticamente de una enunciación, pues pretendemos posteriormente realizar un examen más acabado de algunas de ellas.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL DEL RÉGIMEN DE JUBILACIONES Y PENSIONES

1. *Coexistencia de dos regímenes de jubilación en la Constitución*

El derecho a la seguridad social está consagrado en el artículo 86 constitucional, con un carácter **integral**, porque cubre todas o la mayoría de las contingencias asociadas a la previsión social, entre las cuales destacan maternidad, paternidad, enfermedades catastróficas, desempleo, **discapacidad y vejez**, entre otras. Por consiguiente, es obvio que las jubilaciones y pensiones forman parte o mejor dicho constituyen atributos del derecho a la seguridad social, cuya satisfacción por parte del Estado se viabiliza a través del sistema de la seguridad social definido en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social (LOSSS). Sin embargo, al mismo tiempo la Constitución en el artículo 147, "*parte in fine*", preceptúa que la "Ley nacional establecerá el **régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estadales y municipales**", el cual está contenido actualmente en el Decreto con fuerza de Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y las Trabajadoras (DFLRJPTAP), de 19 de noviembre de 2014.

Ante estas dos disposiciones constitucionales que regulan el mismo derecho, pueden formularse las siguientes tesis:

a) que la voluntad de la Constitución es otorgarle un mandato legislador para que cree un **régimen exclusivo** de jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos, razón por la cual esta contingencia no sería cubierta por el sistema de seguridad social, mediante el cual se concreta el ejercicio de ese derecho. No obstante, la validez de esta tesis encuentra una dificultad derivada del carácter universal e integral del derecho constitucional a la seguridad social, del cual son acreedores todos los ciudadanos, incluyendo lógicamente a los trabajadores públicos, en los términos previstos en la ley. Cabe destacar que esa universalidad subjetiva encuentra una **única excepción** expresamente estatuida en el artículo 328 constitucional, concebida así: los integrantes de la Fuerza Armada Nacional contarán con un régimen de seguridad social **propio**, según lo establezca su ley orgánica". En suma, conforme a esta tesis interpretativa las jubilaciones y pensiones constituyen atributos del derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 86 constitucional, por lo que resulta concluyente que el régimen de jubilaciones y pensiones de los trabajadores de la Administración Pública se viabiliza a través del sistema de seguridad social creado para hacer efectivo el referido derecho.

b) La otra tesis que podría formularse constituiría en realidad una matización de la primera, pues partiría de la premisa según la cual las jubilaciones y pensiones ciertamente son atributos del derecho a la seguridad social, y por ende, deben ser atendidas por el referido sistema, **pero para ello se requiere que esté implantada completamente su institucionalidad**, lo cual como es sobradamente conocido, hasta ahora no ha ocurrido, pese a que la primera ley Orgánica de Seguridad Social es de 2002. En ese orden de ideas cabe destacar que aún no ha sido promulgada la Ley del Régimen Prestacional de Pensiones y otras Asignaciones Económicas, que como su nombre lo indica, debe diseñar dicho régimen desde el punto de vista principista, pero sobre todo desde el punto de vista organizativo (creación del Instituto Nacional del Pensiones y otras Asignaciones Económicas).

Inclusive la ausencia de dicha implantación es reconocida en la disposición transitoria cuarta de la LOSSS, la cual dispone que hasta tanto se promulgue la ley que regule el Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas, se mantiene vigente la Ley

del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, que resultó derogada por el Decreto con fuerza de Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios (DFRJPTAP), vigente desde el 19 de noviembre de 2014. O sea, que la vigencia de este instrumento normativo demuestra que no ha sido promulgada la mencionada ley, y por ende, que no ha sido implantada la parte de la institucionalidad del sistema de seguridad social que permite tornar operativo el régimen de jubilaciones de los funcionarios públicos.

Por tanto, la referida matización impone que hasta tanto se implante la institucionalidad concerniente al régimen de pensiones y jubilaciones contemplado en la LOSS, en el caso de los trabajadores de la Administración Pública debe prevalecer el artículo 147, parte “*in fine*” constitucional; configurándose de esa manera una especie de transitoriedad que terminará en el momento en que se complete la referida implantación; de allí que deba mantenerse el régimen exclusivo derivado del citado artículo 147 constitucional, el cual no podrá contener normas operativas de **reenvío** al sistema de la seguridad social, y si las contiene, como en el caso del artículo 3 del DFLRJPTAP, referido a los regímenes especiales, dotados de sus propios fondos de jubilaciones, su vigencia quedará suspendida hasta se complete la tantas veces mencionada implantación de la institucionalidad.

2. *Los regímenes especiales de pensiones y jubilaciones. En realidad desde la primera ley de Jubilaciones y Pensiones de los funcionarios públicos de 1986, siempre ha estado presente en las mismas, una disposición que exceptuaba y exceptúa de su ámbito subjetivo de aplicación a los funcionarios o empleados públicos, cuyo régimen de jubilación estuviese y esté consagrado en leyes nacionales, verbigracia para esa época los maestros, en el caso de la Ley Orgánica de Educación y de los profesores universitarios, en el caso de la Ley de Universidades. Meses después de la promulgación de ese primer texto legislativo se impuso una tesis jurisprudencial, según la cual los órganos con autonomía funcional podían dictar sus propios regímenes (especiales) de jubilación, en virtud de que también estaban exceptuados del ámbito de aplicación de la citada ley. Posteriormente esa excepción se extendió a los trabajadores de las Empresas del Estado*

En los sucesivos textos legislativos las disposiciones aludían a excepciones, razón por la cual la doctrina comenzó a utilizar la expresión “regímenes especiales” de jubilación, que fue recogida por primera vez en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social de 2002 (art. 147), y en el DFLRJPTAP de 2014 (art 4, núm. 6). Ahora bien, desde la ley de 1986, los denominados regímenes especiales de jubilaciones, estaban caracterizados porque los requisitos de procedencia del derecho (años de edad y años de servicio), así como el monto de las pensiones de jubilaciones, eran y son diferentes a los previstos en **el régimen ordinario** previsto en el mencionado Decreto con fuerza de ley (por supuesto siempre más favorables para los beneficiarios de dichos regímenes). Por cierto a esa noción responde la definición contenida por primera vez en el artículo 4, núm. 6, del DFLRJPTAP.

A partir de ley de 2006 esos regímenes especiales pasaron a ser contributivos en los términos previstos en el Reglamento, el cual en su artículo 2 estableció esa contribución conforme a la siguiente escala: sueldos hasta Bs 3000 mensuales, en un 1%; desde Bs 3001 hasta Bs 6000 mensuales, en un 2%; y desde Bs 6001 mensuales en adelante, en un 3%. A la Administración le corresponde aportar igual porcentaje al que se deduzca a cada funcionario. Hasta ahora esa disposición reglamentaria se mantiene inalterada. Atendiendo a ese carácter contributivo propio de los regímenes especiales, fueron creados en algunos órganos y entes de la Administración Pública **Fondos de Jubilaciones**, básicamente bajo la modalidad de

entes privados estatales (fundaciones), con la finalidad de que estos pagasen las respectivas pensiones de jubilaciones, liberando de esa obligación a los correspondientes órganos y entes de la Administración Pública.

Sin embargo, hasta ahora en aquellos pocos entes u órganos que han sido creados esos Fondos, la mayoría, por razones derivadas de la aplicación de la escala de cotización y aportación reglamentaria antes transcrita, han resultado inviables a los fines del pago de las jubilaciones, verbigracia, el caso de las Universidades Nacionales, razón por la cual la Contraloría General de la República en el año 2014 ordenó en una decisión sumamente cuestionable, su disolución (debido a su inviabilidad para el cumplimiento de su fin u objeto), y el traspaso de todos sus bienes a la Tesorería de la Seguridad Social, decisión que al parecer no llegó a ejecutarse. Por tanto, dichos fondos siguen existiendo como por lo demás se reconoce implícitamente en el DFLRJPTAP, con cantidades significativas de recursos económicos. Planteada así la situación, no se puede considerar que ese poquísimos número de fondos sea una condición sustancial para predicar la existencia del respectivo régimen especial, pues para ello basta –insistimos- la constatación de los elementos diferenciadores de procedencia del derecho, antes enunciados. Así por ejemplo, no cuentan con los mismos el Tribunal Supremo de Justicia, ni la Contraloría General de la República, ni SIDOR, entre muchos otros y sin embargo tienen regímenes especiales de jubilación. Una vez realizado el encuadramiento normativo del régimen de jubilaciones y pensiones de los trabajadores de la Administración Pública, pasamos examinar el nuevo DFLRJPTAP, con la finalidad de detectar en el mismo lo que hemos denominado metafóricamente sus “luces” y sus “sombras”.

3. Sombras

A. La “jubilación especial” entre sombras y luces

De conformidad con el artículo 20 del DFLRJPTAP, la potestad de la Administración para conceder la jubilación especial a los trabajadores pasa de **discrecional** en las leyes de 2006 y 2010, a **reglada**, lo que puede considerarse como un mejoramiento de esta modalidad del derecho de jubilación. No obstante, un examen de dicho precepto demuestra que al mismo tiempo el derecho es desmejorado, porque reenvía a un reglamento dictado por el Poder Ejecutivo el establecimiento de las condiciones de procedencia de su ejercicio, las cuales estaban expresamente previstas en los citados textos legislativos, a saber: que los trabajadores tuvieren **más de quince años de servicio y no reuniesen los requisitos de edad y tiempo**, cuando circunstancias excepcionales así lo justificasen. En efecto, en ese orden de ideas (desmejoramiento) el citado artículo 20 del Decreto con fuerza de Ley bajo examen, pauta que el Presidente de la República **otorgará** la jubilación especial de acuerdo “con las condiciones para la jubilación especial de los trabajadores...” (Ese Decreto es el 1289 del 2-10-2014).

Observamos que el mencionado reenvío deja al arbitrio normativo del Poder Ejecutivo el establecimiento de unas condiciones de procedencia del derecho, que como hemos dicho estaban claramente fijadas en la ley, las cuales no podían ser modificadas por el reglamentista, so pena de nulidad. En ese orden de ideas cabe destacar que el aludido Decreto (1289) dictado por el Presidente de la República, el 2 de octubre de 2014, omite el presupuesto básico –previsto en las leyes anteriores– concerniente a que el trabajador **no reúna los requisitos de edad y tiempo exigidos legalmente** (55 años la mujer y 60 el hombre, y 25 años de servicio, o 35 años independientemente de la edad), e igualmente omite el número de años mínimos de servicio del trabajador, y faculta de esa manera al reglamentista para establecer a su arbitrio las referidas condiciones.

Fue precisamente lo que hizo en el artículo 5, numeral 3, del referido Decreto sobre los requisitos y términos para la jubilación especial de los trabajadores de la Administración

Pública, al pautar que esta clase de jubilación procede cuando el hombre cumpla sesenta años y la mujer cincuenta y cinco, erigiendo de esa manera el mismo requisito de edad de la jubilación ordinaria, en requisito de la jubilación especial, lo que desnaturaliza ese derecho de los trabajadores, pues bajo la vigencia de las leyes anteriores bastaba tener más de quince años de servicio, sin importar la edad para que procediese su otorgamiento, por supuesto siempre que existiesen circunstancias excepcionales que lo justificasen. Más aún, si bien mantuvo ese número mínimo de años de servicios (más de quince), nada obsta para que pueda aumentarlo mediante una especificación, verbigracia dieciocho, veinte o más, lo que no era posible durante la vigencia de la ley derogada; pues bastaba que el trabajador tuviese más de quince años de servicio, pudiendo ser ese plus un mes o un año, no una determinación realizada por el reglamentista; de allí pues, que en este caso pareciera que las “sombras” superan a las “luces”.

3.1. **“Sombra” en materia de Bonificación de año.** En principio el nuevo DFLRJPTAP desmejora el derecho de los jubilados a la bonificación de fin de año, porque las leyes anteriores establecían que debía pagárseles una bonificación anual de fin de año, **calculada en la misma forma que se hiciera para los funcionarios activos**, y el citado instrumento normativo en su artículo 22 suprime esa equiparación entre jubilados y activos, en virtud de que atribuye al Ejecutivo Nacional la potestad para determinar la forma de cálculo de dicho bono, razón por la cual puede establecer una diferente a la utilizada para los activos, lo que obviamente estaba impedido de hacer bajo la vigencia de la ley derogada, y en tal caso todo pareciera indicar que no sería precisamente para superar el monto del bono de los trabajadores activos.

3.2. **“Sombra” en materia de beneficios salariales obtenidos a través de la contratación colectiva.** Las leyes de 2006 y 2010 contenían una norma de corte progresista en esta materia, según la cual “...Los beneficios salariales obtenidos a través de la **contratación colectiva** para trabajadores activos y trabajadoras activas, **se harán extensivos** a los pensionados y pensionadas o jubilados y jubiladas de los respectivos organismos” (disposición final cuarta). Esta disposición es suprimida en el DFLRJPTAP, atentando esa manera contra el principio de intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales, consagrado en el artículo 89 de la Constitución, y obviamente desmejorando la situación de los jubilados.

3.3. **“Sombra” en materia de prestación del servicio en horario especial.** El principio que rige en materia de cómputo de la antigüedad a los fines de determinar la procedencia de la jubilación, es que debe ser ponderado todo el tiempo de servicio en los órganos y entes de la Administración Pública, siempre que el número de horas de trabajo diario sea al menos igual a la mitad de la jornada ordinaria del órgano en el cual se prestó el servicio. Este principio fue recogido en las leyes de 2006 y 2010, con la particularidad de que dichos textos legislativos teniendo en cuenta la universalidad del derecho, se cuidaron de prever la posibilidad de que cuando debido a la naturaleza de la jornada, la prestación del servicio estuviese regida por un “horario especial” (trabajo discontinuo, a tiempo convencional en más de un órgano o ente, trabajo asistencial, docente, etc.), entonces el órgano o ente al que le correspondía otorgar el beneficio debía pronunciarse sobre los extremos que configuran el aludido principio (art. 10). Pues bien, esta disposición es suprimida en el DFLRJPTAP, y probablemente creará problemas a los trabajadores que se encuentren en la referida situación, al momento de solicitar su jubilación, pues dicha supresión puede dar lugar a que algunos jerarcas consideren que no son acreedores de ese derecho.

3.4. **“Sombra” en materia de pensión de sobreviviente.** Prescribían las leyes de 2006 y 2010 que el cónyuge tenía derecho a la pensión de sobreviviente cuando fuese mayor de sesenta años, y cuando no habiendo alcanzado esa edad, estuviese **totalmente incapacitado**. El DFLRJPTAP, además de mantener la discriminación presente en las leyes anteriores, las

cuales pautaban que a la cónyuge le correspondía la pensión de sobreviviente cualquiera que fuese su edad, y al cónyuge solo si era mayor de sesenta años, eliminó el derecho del cónyuge en el caso de que se encuentre totalmente incapacitado, independiente de su edad, que por cierto se corresponde con la contingencia de la “gran discapacidad” introducida *ex novo* en su artículo 4, numeral 7. Este desmejoramiento del cónyuge sobreviviente (reducción de las causales para la procedencia de la pensión de sobreviviente a una sola), carece de toda fundamentación, máxime ahora que existe un Instituto especializado, como lo es INPSASEL, en calificar este tipo de contingencias.

3.5. “Sombra” en la materia relativa al monto de la pensión de discapacidad. Cabe advertir que el nuevo Decreto con fuerza de ley bajo examen, convirtió con bastante acierto, la pensión de sobreviviente prevista en todas las leyes anteriores en **pensión de discapacidad** (discapacidad absoluta permanente y gran discapacidad), pero desmejoró la situación de los beneficiarios porque las leyes de 2006 y 2010 establecían que el monto de pensión no podía ser ni mayor del setenta por ciento **ni menor del cincuenta por ciento** del último sueldo (art. 14); en cambio, el artículo 15 del DFLRJPTAP establece el mismo monto máximo (70%), pero se abstiene de establecer un monto mínimo, sin que esto se corrija con la disposición según la cual las pensiones de jubilación (de cualquier clase), no pueden ser menores al salario mínimo nacional, porque el cincuenta por ciento del último salario normal puede ser superior al salario mínimo nacional. En fin, perfectamente el monto mínimo fijado en términos porcentuales por el Ejecutivo puede ser inferior al previsto en las leyes anteriores, produciéndose de esa manera el desmejoramiento antes señalado.

4. *Luces*

4.1. “Luz” en la determinación de la base de cálculo de la pensión de jubilación. En las leyes anteriores de 2006 y 2010 la base de cálculo del monto de la pensión de jubilación se obtenía dividiendo entre veinticuatro (24) la suma de los sueldos devengados por el funcionario durante los dos últimos años de servicio activo; en cambio, el nuevo DFLRJPTAP, en el artículo 10 establece que esa base está constituida por el promedio de la suma de los últimos **doce** salarios mensuales devengados por el trabajador, razón por la cual esta nueva base de cálculo beneficia a los trabajadores, porque la eventual variabilidad del salario que incide sobre el promedio se reduce a doce meses, en lugar de veinticuatro, lo que debido a la poca movilidad vertical de los funcionarios públicos, así como a las pocas modificaciones que sufren las respectivas tablas de remuneraciones, ciertamente representa un mejoramiento poco significativo, pero mejoramiento al fin.

4.2. “Luz” y en materia de pensiones por discapacidad. El DFLRJPTAP introduce en sus artículos 4 y 10 las pensiones por discapacidad, a los fines de sustituir las denominadas pensiones de invalidez permanente previstas en las leyes anteriores, con la particularidad de que establece una clara diferencia entre **discapacidad absoluta y permanente y gran discapacidad**. La primera es la contingencia que implica una disminución total o definitiva, igual o mayor al sesenta y siete por ciento de la capacidad física, intelectual o ambas, del trabajador, que lo inhabilita para realizar cualquier tipo de oficio o actividad laboral, debido a accidente o enfermedad común, a un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional. La segunda es una contingencia derivada de un accidente de trabajo o enfermedad ocupacional, o de un accidente o enfermedad común no preexistente al momento del ingreso a la Administración, que obliga al trabajador a auxiliarse de otras personas para realizar actos elementales de la vida diaria. La ampliación del derecho aparece sustentada precisamente en esa diferencia, ya que en las leyes anteriores existía una única pensión genérica de invalidez permanente, que era otorgada al trabajador solo cuando hubiese prestado servicios por un lapso no menor de tres años, y ahora al diferenciarse en términos operacionales las dos modalidades de discapacidad –invalidez permanente en términos de las leyes anteriores– se amplía, como ya dijimos,

la cobertura de esa contingencia, porque si se determina que la contingencia configura una **gran discapacidad** el trabajador tendrá derecho a la pensión aun cuando no haya prestado servicio por ese lapso mínimo de tres años.

4.3. **“Luz” en la materia del programa de jubilaciones excepcionales.** El nuevo DFLRJPTP repite la disposición contenida en el artículo 5 de la Ley de 2010 concerniente al denominado “régimen excepcional” de jubilaciones y pensiones, sustentado en la potestad que se le confiere al Presidente de la República en Consejo de Ministros, para establecer requisitos y tiempo de servicio distintos a los previstos en el indicado texto, para aquellos trabajadores que por razones excepcionales, derivadas de las características del servicio o riesgos para la salud así lo justifiquen. Cabe recordar que este régimen introducido *ex novo* en la ley de 2010, es totalmente distinto al de las jubilaciones especiales, pero sobre todo que hasta la publicación del Decreto con fuerza de ley bajo examen, aún no había sido puesto en vigencia, existiendo como es sabido grupos de trabajadores que están constantemente expuestos a los aludidos riesgos, verbigracia los integrantes de los cuerpos policiales, los bomberos, grupos de trabajadores que prestan servicios en las industrias siderúrgica, petrolera y petroquímica del Estado, etc.

Ahora bien, destacamos que la disposición transitoria primera del DFLRJPTP establece que “El Ejecutivo Nacional, mediante decreto implementará y ejecutará, durante el período de un (1) año un programa especial y temporal para otorgar nuevas jubilaciones y pensiones en **condiciones excepcionales**, para los trabajadores y trabajadoras de la Administración Pública nacional, estatal y municipal”. A la luz de esta disposición pensamos que ahora sí será cumplido lo dispuesto en el citado artículo 5 *ejusdem*, porque se impone que el Ejecutivo dicte el régimen contemplado en el mismo, mediante la determinación de las clases de trabajadores que por razones excepcionales, derivadas de las características de servicio o riesgos para la salud **así lo justifiquen**, para implementar y ejecutar el programa especial y temporal **de un año** destinado a otorgar jubilaciones a esas categorías de trabajadores.

En fin, una vez dictado el correspondiente reglamento contentivo del mencionado régimen excepcional, se creará una vía expedita para que los trabajadores públicos puedan solicitar sus jubilaciones invocando el cumplimiento de los requisitos previstos en él, quedando la Administración obligada a otorgárselas. Por supuesto, que teniendo en cuenta el estado de postración en que se encuentra el Estado de derecho en Venezuela, nada garantiza que se cumpla efectivamente la disposición transitoria primera del nuevo DFRJPTAP.

Soslayamos el punto relativo a la situación de los Fondos de Jubilaciones creados en el marco de los regímenes especiales de jubilación, derivada de la disposición contenida en el artículo 5 del DFRJPTAP que prohíbe a los trabajadores, los entes y órganos que sigan cotizando en dichos Fondos, en virtud de que en adelante esas cotizaciones deben enterarse a la Tesorería de la Seguridad Social, porque excede los límites del presente trabajo.