

**LA JUBILACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA  
COMO DERECHO ADQUIRIDO**

**UNIVERSIDAD DE CARABOBO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**DIRECCIÓN DE POSTGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO**

**LA JUBILACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO DERECHO  
ADQUIRIDO**

**Autora: Abg. María Fernanda Peña Quintero**

**Cédula de Identidad N° V-16.217.772**

Trabajo presentado ante la Dirección de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Carabobo para optar al título de Magíster en Derecho del Trabajo.

**Valencia, Junio de 2014.-**

**UNIVERSIDAD DE CARABOBO  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS  
DIRECCIÓN DE POSTGRADO  
MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO**

**CONSTANCIA DE ACEPTACIÓN DEL TUTOR**

**LA JUBILACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO DERECHO  
ADQUIRIDO**

**Tutor: Dr. Rafael Ortiz-Ortíz**

**Acepto la tutoría del presente trabajo según las condiciones de la  
Dirección de Postgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas  
de la Universidad de Carabobo.**

---

**Cédula de Identidad N° V-6.206.353**

**Valencia, Junio de 2014.-**

## ÍNDICE

ÍNDICE.....	4
RESUMEN.....	10
INTRODUCCIÓN.....	11
<b>CAPÍTULO I: EL PROBLEMA</b>	
1.1.- Planteamiento del Problema.....	14
1.2.- Formulación del Problema.....	18
1.3.- Objetivos de la Investigación	
Objetivo General.....	19
Objetivos Específicos.....	19
1.4.- Justificación.....	19
<b>CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO</b>	
2.1.- Antecedentes.....	21
2.2.- Bases Teóricas.....	23
2.2.1.- Administración Pública.....	23
2.2.2.- Doctrinas que definen las funciones de la Administración Pública	
2.2.2.1.- Doctrina Germánica .....	26
2.2.2.2.- Doctrina Francesa.....	29

2.2.2.3.- Doctrina Italiana.....	30
2.2.3 Derecho de la Función Pública.....	31
2.2.3.1 Definición Derecho de la Función Pública.....	33
2.2.3.2 Principios Fundamentales de la Relación de Empleo Público....	35
2.2.3.2.1 Principio de Legalidad.....	36
2.2.3.2.2 Principio de Racionalidad .....	40
2.2.3.2.3 Principio de Incompatibilidad.....	42
2.2.3.3 Sistemas de Regulación del Empleo Público.....	44
2.2.3.3.1 Sistema Abierto de la Función Pública.....	44
2.2.3.3.2 Sistema Cerrado de la Función Pública .....	48
2.2.3.3.3 Sistema Cerrado con flexibilidad organizativa.....	50
2.2.3.4 Carrera Administrativa y el Funcionario Público.....	52
2.2.3.3.4.1 Constitucionalización de la carrera pública.....	52
2.2.3.3.4.2 Precisiones Conceptuales Empleados y Funcionarios Públicos.....	58
2.2.3.3.4.2.1 Definición Funcionario de Carrera.....	68
2.2.3.3.4.2.1.1 Ingreso del Funcionario de Carrera.....	70
2.2.3.3.4.2.1.2 Período de Prueba del Funcionario de Carrera..	74

2.2.3.3.4.2.1.3	Derechos exclusivos del Funcionario carrera.....	75
2.2.3.3.4.2.2	Definición Funcionario de libre nombramiento.....	77
2.2.3.3.4.2.4.2.1	Clasificación de los Funcionarios de libre nombramiento y retiro .....	80
2.2.3.3.4.2.3	Funcionario de Designación Especial.....	85
2.2.3.3.4.2.4	Funcionario por elección popular.....	85
2.2.3.3.4.2.5	Funcionario de designación temporal.....	87
2.2.4	La Jubilación en Venezuela	
2.2.4.1	Precisiones Conceptuales de la Jubilación.....	89
2.2.4.2	Régimen de jubilación en el sector público .....	91
2.2.4.3	Bases Constitucionales de la jubilación .....	91
2.2.4.4	Convenios Internacionales (Convenio 102 de la O.I.T relativo a la norma mínima de la seguridad social) .....	95
2.2.4.5	Bases Legales de la jubilación.....	96
2.2.4.5.1	Ley del Estatuto de la Función Pública.....	96
2.2.4.5.2	Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios .....	97
2.2.4.6	Modalidades de la Jubilación .....	98

2.2.4.6.1 Jubilación Ordinaria o Voluntaria .....	99
2.2.4.6.2 Jubilación Forzosa o de Oficio .....	100
2.2.4.6.3 Jubilación Especial.....	102
2.2.4.6.4 Jubilación contractual.....	103
2.2.4.7 Ámbito subjetivo y requisitos de la Jubilación en la Función Pública.....	104
2.2.4.7.1 Nacionalización y universalidad de la jubilación .....	105
2.2.4.7.2 Posibilidad de Regímenes especiales reglamentarios.....	106
2.2.4.7.3 Establecimiento de las pensiones y su revisión .....	108
2.2.4.7.4 Fijación del salario a los efectos de la pensión.....	109
2.2.4.7.5 Ajuste de la pensión al salario mínimo .....	116
2.2.4.7.6 Reajuste de la pensión por aumento de salario .....	116
2.2.5 Problemática asociada a la Jubilación en Venezuela	
2.2.5.1 Reingreso del jubilado a la Administración Pública .....	119
2.2.5.2 Prescripción de la Pretensión de la Jubilación .....	123
2.2.5.3 Caducidad de la Pretensión de la Jubilación.....	128
 <b>CAPÍTULO III: MARCO METODOLOGICO</b>	
3.1.- Modelo de Investigación.....	131
3.2.- Tipo y Diseño de Investigación.....	132

3.3.- Técnicas e Instrumentos.....	132
3.4.- Procedimiento.....	133

## **CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS**

4.1 Terminación de la Relación de Empleo en la Función Pública.....	134
4.1.1 Relación estatutaria del empleo público .....	135
4.1.2 Unificación de regímenes desde el Estado Social.....	137
4.1.2.1 Reorbitación de las Funciones Públicas.....	137
4.1.2.2 Huida hacia la laboralización de la Función Pública.....	140
4.1.2.3 Visión desde el Estado Social.....	142
4.1.2.4 Obstáculos de los cometidos públicos.....	144
4.1.2.5 El Estado no es un patrono sino un servidor.....	144
4.1.2.6 Vocación de servicio del Funcionario Público .....	145
4.1.3 Retiro de la Función Pública.....	147
4.1.3.1 Características generales del Acto de Retiro en la Función Pública .....	152
4.1.3.1.1 Formalidad del Acto de Retiro en la Función Pública.....	153
4.1.3.1.2 Publicidad del Acto de Retiro en la Función Pública.....	154
4.1.3.1.3 Obligatoriedad del Acto de Retiro en la Función Pública.....	154

4.1.3.2 Clasificación del Acto de Retiro en la Función Pública .....	155
4.1.4 Jubilación como forma de terminación del Empleo Público.....	157
CONCLUSIONES.....	167
RECOMENDACIONES .....	170
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	171

**UNIVERSIDAD DE CARABOBO**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**DIRECCIÓN DE POSTGRADO**  
**MAESTRÍA EN DERECHO DEL TRABAJO**

**LA JUBILACIÓN EN LA FUNCIÓN PÚBLICA COMO DERECHO  
ADQUIRIDO**

Autor: María Fernanda Peña

Tutor: Dr. Rafael Ortíz-Ortíz

Año: 2012

**Resumen**

La presente investigación tiene como sustrato fundamental el análisis de la institución de la jubilación en el marco de la función pública, y su objetivo es precisar las bases jurídicas y científicas para ubicar su *naturaleza* como un derecho adquirido derivado de la previsión social. La problemática se plantea porque en toda *relación de empleo* (sea pública o privada), existen beneficios con sus respectivas obligaciones que derivan del acto jurídico contractual (si se trata del Derecho social del trabajo) o del régimen estatutario (tratándose de la relación de empleo público). Sin embargo, existen otros beneficios o derechos del empleado cuya fuente no se encuentra en el *vínculo jurídico primario* sino de un régimen *parafiscal* mediante el cual el trabajador o funcionario recibe una compensación prestacional por su condición de ciudadano, es decir, como parte de un “sistema” –denominado “seguridad social”– cuya importancia en nuestro país y en el mundo es, cada día, mayor, desde su constitucionalización en Weimar a principios del siglo pasado.

No es incompatible, por otro lado, que la jubilación deba considerarse como “derecho adquirido” con el hecho cierto de que su raíz ideológica se hunda en la previsión social, pues al fin y al cabo, su propósito central está en que, al llegar a una edad con la cual no se pueda seguir prestando servicios, exista una “compensación” que la sociedad –a través de la contribución solidaria de empleadores y empleados– otorgue a estas personas unas condiciones que le permitan afrontar la vejez con un mínimo de subsistencia y dignidad. La condición de “derecho adquirido” se expresa porque, desde el mismo momento de cumplir con los requisitos de edad y tiempo de servicio, la concesión de la jubilación es obligatoria, independientemente de la causa de terminación del vínculo jurídico que unía al trabajador o empleado público con su respectivo empleador privado o público.

Descriptor: Derecho de la Función Pública, Jubilación, Seguridad Social, Relación de Empleo.

## INTRODUCCIÓN

Cuando se analiza la concepción de la “Seguridad social” desde el punto de vista jurídico, se concluye que, se trata de un *derecho fundamental*, inalienable e irrenunciable de todo habitante del país que haya ingresado al “sistema”, en el entendido que no habrá paz ni progreso, si no hay garantías que, después de agotar la vida útil, la persona encontrará cobijo, ayuda y protección para su salud y bienestar; y en segundo lugar es un deber del Estado, proveer los medios (materiales, jurídicos, formales, etc.), para posibilitar el ejercicio de tal derecho.

El fracaso del seguro social venezolano es tan evidente que el Presidente Rafael Caldera, padre del Derecho laboral venezolano, optó por su eliminación (cosa que no se produjo), pero ayer como hoy, quienes cotizan al seguro social no tienen idea a dónde van los fondos, quien los administra, donde se invierten. Los organismos públicos, aun descontando el aporte de los funcionarios, no enteran al fondo de jubilaciones tales aportes, creándose una deuda de incalculables proporciones.

La realidad es que los funcionarios públicos son jubilados formalmente, pero su pensión de jubilación comienzan a pagárselas con meses y hasta años de atraso, quedándose muchas veces sin el salario y sin la pensión; y luego, quienes están cubiertos por el régimen de pensiones tienen que esperar el pago de la pensión que, por lo general, se hace con retraso; siempre vemos a los “viejitos” haciendo largas colas en los bancos para retirar su pensión, y cuando no tienen que hacer manifestaciones públicas para que se haga el reajuste cuando hay aumento del salario mínimo nacional.

La “triste paradoja de la tercera edad” seguirá siendo una quimera, lo que implica pensar en una participación real del sector privado, bajo la férrea supervisión del Estado, como entes administradores de los aportes de jubilación, y de hecho siempre se coloca la experiencia chilena como pionera y modelo en este sentido. Hacia allá se dirigen los esfuerzos en muchos países de América Latina y también en Europa; como dice Mujica Petit:

La reforma de los sistemas de seguridad social constituye hoy uno de los temas centrales de la agenda política de la mayoría de países del mundo, así como de los organismos multilaterales de ámbito mundial y regional. La razón de ello se debe, más que nada, al notorio impacto que estos sistemas tienen en el ámbito de las economías locales, dada la magnitud del patrimonio y recursos financieros que administran, así como las severas dificultades que confrontan, en cuanto a sus aspectos de gestión, cobertura y desempeño. Esta preocupación guarda relación, a la vez, con el énfasis manifiestamente privatizador impuesto para tratar estas problemáticas en los países en los que la ideología neoliberal orienta el gobierno de las políticas públicas (Mujica Petit, 2010: 32).

Como nos advierte el mismo autor, la mayor parte de las reformas que han tenido lugar se han producido en América Latina y, más recientemente, en algunos países de Europa Central y del Este. Las mismas se han concentrado en el ámbito de los sistemas de jubilación y han sido generadas, en gran medida, a partir del modelo impulsado por el Banco Mundial, cuyas premisas esenciales fueron definidas en el informe «Envejecimiento sin crisis» (1994), en el que se propuso el desmantelamiento de los regímenes públicos para sustituirlos por otros, basados en los siguientes tres pilares: Un primer pilar administrado por el sector público y financiado por impuestos y

con una pensión mínima; un segundo pilar de ahorro personal u ocupacional obligatorio, administrado por el sector privado; y un tercer pilar, similar al segundo, pero opcional.

En relación con la función pública, el tema de la jubilación no es tratado en el elenco de “derechos” a que alude el *Título III* de la Ley del Estatuto de la Función Pública, y de hecho sólo se le concibe como una de las maneras en que se produce el “retiro” de la Administración pública (art. 78.4); sin embargo, el artículo 1º de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (Gaceta Oficial nº 5.976, extraordinario, de 24 de mayo de 2010), dispone: «*La presente Ley regula el derecho a la jubilación y pensión de los funcionarios, funcionarias, empleados y empleadas o empleadas de los organismos a que se refiere el artículo 2*».

De manera que el tema de la jubilación merece un análisis más detenido en el marco del estatuto de la función pública, comenzando con precisar si, efectivamente, pudiera afirmarse, sin temor a dudas, que existe un «derecho a la jubilación» con carácter “adquirido”.

# CAPÍTULO I

## EL PROBLEMA

### 1.1. Planteamiento del Problema

La administración, desde el punto de vista del Derecho administrativo, puede definirse de diversas maneras, de acuerdo a las diferentes concepciones doctrinarias que existen sobre ella. Con respecto del Derecho administrativo, existen tres doctrinas complejas que explican la administración pública (germánica, francesa e italiana) y la función administrativa, las cuales se observan en concordancia con el Derecho público nacional, dado que presentan puntos convergentes que son de suma importancia para conocer la función de dicho poder en su totalidad (Lares, 1988).

Sin embargo, desde el punto de vista estricto, la palabra “administración”, para el Derecho público, se relaciona con el Estado y gobiernos regionales (gobernaciones, municipios), así como los institutos autónomos; desde el punto de vista restringido, la Administración, en un *sentido objetivo* viene a ser la función del Estado y en un *sentido subjetivo*, sería un conjunto de órganos que se encargan de ejercer dicha función del Estado. De esta forma, quienes integran o realizan las actividades dentro de la Administración pública, son considerados funcionarios públicos (Lares, 1988).

Estos funcionarios, habían sido regulados por medio de la derogada Ley de Carrera Administrativa (G.O.E., 1.745, 1975) en la cual, y de acuerdo al artículo 1 de la misma, se regulan los derechos y deberes de los funcionarios públicos en su relación laboral con la Administración Pública

Nacional. No obstante, esta ley, fue derogada por medio del Decreto Ley aprobado en la Ley Habilitante del 13 de Noviembre de 2001 que fue reformado por la Ley de Estatutos sobre la Función Pública, sancionada por la Asamblea Nacional el 9 de Julio de 2002, y publicada en la Gaceta Oficial del 6 de Septiembre de ese mismo año. Esta nueva Ley, rige las relaciones laborales de los entes públicos, es decir, entre los funcionarios y funcionarias y la administración pública nacional, estatal y municipal; sin embargo, presenta ciertas excepciones de acuerdo como por ejemplo, a los trabajadores del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), entre otros casos, cuyas relaciones laborales son regidas por otras leyes específicas.

Concurre entonces que, a pesar de existir la Ley Orgánica del Trabajo, las trabajadoras y trabajadores cuyo propósito es la protección de los mismos y, en general, regular el nacimiento, desarrollo y fin de las relaciones laborales de los trabajadores, esta se aplica exclusivamente al campo privado, con muy pocas instituciones del empleo público, tal como ocurre con el régimen de prestaciones sociales. Las relaciones de empleo público son de “Derecho público”, y a pesar de los intentos para la “unificación” de ambos regímenes, nuestro país continua presentando una dualidad normativa diferenciada entre los trabajadores sujetos al Derecho social del trabajo, y el Derecho público funcional.

Es así, como el derecho de la función pública, está referido al conjunto de instrumentos jurídicos contentivos de principios, reglas y normas jurídicas, que tienen la finalidad de establecer un orden cierto, seguro y congruente en la relación de empleo público de los ciudadanos con los órganos y entes del Poder Público (Garay, 2001).

Ahora bien, dentro de la regulación de las relaciones laborales en la República Bolivariana de Venezuela, uno de los puntos de importancia, está referido al tema de la jubilación; dado que la misma es considerada como un derecho constitucional, además de constituir un derecho adquirido para el trabajador que cumplió con los requisitos de ley para obtenerla (Camba, 2010). Sin embargo, en relación con la función pública, de acuerdo a la Ley del Estatuto de la Función Pública, específicamente en el Título III de la misma, la jubilación es tratada como una de las formas como se genera el retiro del funcionario o funcionaria de la Administración Pública, no así como un derecho. Pero esto no significa que el legislador venezolano haya olvidado este tema, dado que en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (G.O., 5.976, 2010), se regula esta materia como derecho de dichos funcionarios y funcionarias.

Sin embargo, esta incongruencia entre normas relativas a la función pública, ha generado una serie de solicitudes de interpretación de normas y amparos constitucionales que ha motivado diferencias de criterios entre los diferentes magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. Todo esto ha venido contribuyendo a cambios de criterios en términos cortos, lo cual va generando incertidumbre en el ejercicio del derecho laboral, relacionado a la función pública. Por ejemplo, el artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial, negaba el derecho a la jubilación de los jueces que hubieran renunciado para eludir un procedimiento disciplinario en su contra, lo cual fue anulado por la Sala Constitucional en su sentencia nº 238/2003, del 20 de febrero de 2003, dado que la norma a la cual se refiere el mencionado artículo era violatoria al derecho de la jubilación.

Por otro lado, la Sala Constitucional en su sentencia n° 1518 de fecha 20 de julio de 2007, asume que el derecho a la jubilación está por encima de la potestad sancionatoria, por lo cual, aun habiendo razones para la destitución del funcionario o funcionaria para acordar la destitución, lo que procede es la jubilación.

Esto trae como consecuencia que, al verse un funcionario involucrado en una sanción disciplinaria y el mismo cumple con los requisitos previos para ser jubilado, se acogería a ésta sin importar sus acciones negativas dentro de la Administración Pública, generándose una especie de discriminación con los funcionarios que no cumplan aún con los requisitos para tal derecho, que sí serían objeto de sanciones disciplinarias, que podrían costarle el cargo que ostenten.

Otro punto importante que se destaca dentro del tema de la jubilación en la función pública, sería el caso del reingreso del personal jubilado a la Administración Pública, el cual tiene varios aspectos de necesario análisis, dado que, el personal jubilado da paso a nuevos trabajadores que también tiene el derecho al trabajo y, de no haber cargos disponibles, no pueden ingresar a ambientes laborales estables, que les garanticen la estabilidad. Además, con lo expresado en el párrafo anterior, se podría generar la situación de un funcionario, que habiendo sido señalado como responsable de alguna actuación sancionable disciplinariamente y, haya optado por la jubilación, terminando de esta forma su relación laboral, pueda reingresar a la Administración Pública nuevamente, lo cual pudiera crear vicios dentro de la Administración y ejercicio de la Función Pública.

También, dentro de los diversos aspectos que se regulan en la mencionada ley que regula el régimen de jubilaciones y pensiones de estos

trabajadores de la Administración Pública, existen dos aspectos muy importantes sobre el régimen de jubilación de los funcionarios públicos, y es el referido a la caducidad y prescripción de la jubilación.

De acuerdo a la doctrina venezolana, la caducidad de la pretensión se refiere a la sanción que se le impone a un ciudadano que deja transcurrir el lapso que establece el legislador para plantear ante el órgano judicial, determinados intereses jurídicos. Por otro lado, la prescripción, está referida a una técnica empleada por el legislador para la liberación de un deudor de una obligación (Camba, 2010).

Con respecto a estos puntos, de gran relevancia para la regulación de las relaciones laborales en el país, existen puntos encontrados, toda vez que el Tribunal Supremo de Justicia ha debido intervenir en diversas ocasiones para aclararlos y sentar la jurisprudencia acerca de los mismos. Sin embargo, entre los magistrados no existe un criterio único, dado que en las decisiones referidas a los mismos, han existido votos salvados, ofreciendo otra interpretación a la sentenciada, así como también, en diferentes momentos, se han pronunciado de una forma y de otra, generando dudas acerca de la verdadera situación de la caducidad y la prescripción en referencia al tema de la jubilación, y en especial a la jubilación de los funcionarios y funcionarias de la Administración Pública.

## **1.2. Formulación del Problema**

Los diversos instrumentos jurídicos que regulan el tema de jubilación en la Administración Pública presentan diferencias notables en la forma de definirla. De allí que surge la interrogante: ¿Es la jubilación, un derecho adquirido o un beneficio de la seguridad social?

### **1.3. Objetivos**

#### **.Objetivo general**

Analizar la jubilación como derecho adquirido en la función pública.

#### **Objetivos específicos**

1. Examinar la relación de empleo público con especial énfasis en su terminación
2. Precisar las condiciones legales para el otorgamiento de la jubilación
3. Determinar aspectos relevantes sobre la vigencia del derecho de jubilación (Caducidad y prescripción) de los funcionarios de la Administración Pública.
4. Especificar las condiciones y efectos del reingreso del jubilado a la función pública

### **1.4. Justificación**

Existen diversos instrumentos jurídicos, dentro de la legislación venezolana que regulan la jubilación en la Función Pública; sin embargo, se observan divergencias entre los mismos a la hora de definirla, lo cual genera incertidumbre en diversos ámbitos en los cuales dicha jubilación pudiera interferir en las relaciones laborales o, pudiera el funcionario estar en peligro de perder los beneficios que ofrecen esta figura del derecho del trabajo. Por otro lado, se ha percibido la falta de información, así como de doctrina en

este ámbito del derecho, lo cual dificulta la investigación del tema y no permite aclarar puntos relevantes dentro del mismo. También, esta falta de información trae como consecuencia que exista diversidad de opiniones al respecto, con lo cual sucede lo que se observa en las diversas sentencias del máximo tribunal del país, que en pocos años van cambiando de criterios, generando aun más incertidumbre en cuanto a la transparencia de cómo se maneja a la jubilación, específicamente dentro de la Función Pública.

Aunado a esto, la incongruencia entre distintos instrumentos jurídicos, que vienen a regularla, aumenta la dificultad a la hora de establecer las condiciones que la rigen legalmente. Es por esto que, con esta investigación, se pretende hacer un análisis de esos instrumentos jurídicos, así como los diversos criterios que han establecido los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia, para así, unificar criterios que puedan aportar mayor claridad en cuanto a los aspectos más relevantes de la jubilación en la Función Pública, tales como: la terminación de la relación laboral, el reingreso del jubilado o jubilada, la caducidad y la prescripción en la pretensión de jubilación del funcionario de la Administración Pública en Venezuela.

## **CAPÍTULO II**

### **MARCO TEÓRICO**

En este Capítulo, se recogen los aspectos teóricos más relevantes para la investigación que se pretende, y en el cual, además de estudios que de alguna forma se relacionan con el tema, también se cuenta con la doctrina y las bases legales, todo lo cual servirá de apoyo teórico para llevar a cabo el análisis de resultados pertinentes al problema planteado.

#### **2.1. Antecedentes de la investigación**

Ruza, Andreina. (2006). **La Prescriptibilidad en la jubilación: Como un Derecho**. Trabajo Especial de Grado para optar al título de Magíster Scientiarum en Derecho Laboral, presentado ante la Universidad del Zulia. Investigación de tipo documental cuyo propósito fue analizar la prescriptibilidad del derecho a la jubilación, con el objeto de discernir y profundizar los principios fundamentales que lo sostienen así como las evidencias arrojadas en la praxis forense dentro del marco de la administración de justicia venezolana en materia laboral. Toma como ejemplo de esa realidad, el caso de la Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV), donde sus directivos presentaron paquetes económicos atractivos a los trabajadores, con la condición de renunciar a su jubilación, siendo que el derecho a la jubilación es un derecho social que por mandato constitucional es irrenunciable, situación que generó que los trabajadores intentaron acciones judiciales tendentes a obtener el reconocimiento por parte de la empresa de su derecho adquirido para así acogerse al plan de jubilación, invocando vicios en el consentimiento, al momento de otorgar el acto jurídico según el cual renunciaron a la obtención de dicho plan. En consecuencia, uno de los principales obstáculos con los

que se encontraron los trabajadores, al momento de instaurar dichas acciones legales, fue el tiempo transcurrido, desde la extinción del vínculo de trabajo hasta el momento del ejercicio de su acción ante los órganos jurisdiccionales. Siendo así las cosas esta investigación permitió analizar la posición del máximo tribunal del país en su Sala de Casación Social, respecto a que si bien es cierto que el derecho a jubilación es irrenunciable, no obstante, es prescriptible, limitando la instauración de la acción tendente a la reclamación de tal derecho al lapso de tres años, a contar a partir de la extinción del vínculo de la relación laboral, siempre y cuando el trabajador demuestre en el contradictorio del juicio, que el consentimiento otorgado según el cual renunció a su derecho se encuentra viciado de nulidad.

La anterior investigación, arroja información detallada en relación con la prescripción de la pretensión de la jubilación en Venezuela y su desarrollo legislativo, lo cual coadyuvó en la elaboración de las bases teóricas de esta investigación, a pesar que no toca específicamente el tema de la jubilación en la función pública.

Fernández, M. (2002). **La Reforma de la Seguridad Social en Venezuela**. Trabajo especial de investigación, presentado ante el Consejo de Desarrollo Científico y Humanístico (Condes) de La Universidad del Zulia. Enmarcado como un trabajo de campo, se llevó a cabo con la finalidad de verificar el tipo de régimen relativo a las pensiones en Venezuela. Para el año 2002, el país se encontraba inmerso en un conjunto de importantes acontecimientos a nivel mundial y nacional, con fuertes críticas al Estado de bienestar y la implementación de medidas de ajuste estructural como salida a la grave crisis económica mundial. De acuerdo a lo observado durante la investigación, se pudo concertar la ineficiencia de la seguridad social nacional, dado su tardía resolución, con respecto a otros países

latinoamericanos que habían comenzado los ajustes en esta área mucho antes que en Venezuela. De esta forma, este trabajo de investigación permite observar, los cambios ocurridos dentro del sistema de seguridad venezolana, así como el panorama que ha venido formando parte del aspecto relacionado con las pensiones como parte del sistema de seguridad, en los sectores público y privado, de donde el sector público tiene especial relevancia para el presente proyecto de investigación, dado que se busca analizar las pensiones y el régimen de jubilación de funcionarios públicos como derecho adquirido o como parte de la seguridad social venezolana.

## **2.2. Bases teóricas**

El análisis de la jubilación de los funcionarios públicos supone precisar por una parte el sujeto empleador, que en nuestro caso es la administración pública, y a partir de allí se sigue el estudio de las diversas funciones que los órganos de la administración pública desempeñan.

### **2.2.1. Administración pública**

El término “Administración pública” no es exclusivo de alguna disciplina científica, y por ello –dependiendo del investigador– cobra enorme importancia el “campo material” para cuyo interés sea una definición. En otras palabras, desde la economía y sociología, la Administración pública tiene un contenido diverso frente al Derecho o a las Ciencias de la administración. En principio, la Administración pública es una “realidad organizativa” que, por supuesto, sufre la influencia del Derecho, economía, sociología, politología toda vez que los órganos públicos *han adquirido nuevas funciones y objetivos que han originado sustanciales cambios en su*

*composición y estructura, de tal forma que la aproximación organizativa parece ineludible.*(Ramió, 1999: 233).

Sin embargo, parece indudable que si pretendemos definir la Administración pública como un “sistema” o una “estructura” cerrada, debe contemplar los siguientes aspectos: Fines u objetivos (sistemas de objetivos); Personal público (agentes, empleados o funcionarios públicos); Recursos o patrimonio público; y el Proceso o dinámica de gestión. (Flores y Nef, 1983: 57-70).

Harmon y Mayer indican que los administradores públicos trabajan en un contexto organizacional o complejo orgánico, en el que se toman decisiones que afectan la vida de los particulares, y para las que se emplean recursos públicos, sus decisiones se realizan con base en las leyes y normas públicas, y se justifican en la necesidad de que resuelvan los problemas que pueden surgir en la sociedad, además señalan que “la actividad gubernativa se ocupa casi exclusivamente en la mediación entre una parte de la sociedad y otra” (Harmon y Mayer, 1999: 32).

Con estas características tan propias de la administración pública como organización, un problema doctrinario frecuente, ha sido el del mecanismo de acercamiento entre las administraciones públicas y la teoría de la organización, es decir, la determinación sobre si las organizaciones públicas y privadas difieren significativamente o no, otros autores como Ramió y Stefano Zan, también revisan esta discusión, y explican que una primera postura considera que todas las organizaciones son fundamentalmente idénticas en cuanto a elementos, características y problemas. Esta corriente definida como *All alike paradigm*, considera que independientemente de las diferencias, las organizaciones reproducen las

mismas dinámicas y comportamientos. Una segunda postura, la del *All unique paradigm* señala que las organizaciones son todas diferentes, y que en consecuencia es inútil buscar regularidad en el comportamiento de cada organización, en ella se distinguen las organizaciones gubernamentales o públicas de las privadas, como idea de gran importancia en el estudio de la administración pública, y ha contado entre sus partidarios a importantes autores como Appelby, Dahl y Waldo (Grimaldo Lorente, 2007).

La primera postura es dominante en la mayor parte del pensamiento organizativo, con algunas reservas, pese a lo cual nuestra posición en relación con el tratamiento que debe dársele a las organizaciones públicas, coincide con la de la segunda postura, que justificamos ya que si bien, las organizaciones públicas de alguna forma tienen las mismas necesidades que las organizaciones privadas en lo relativo a objetivos y eficiencia, (y en sus zonas más operativas pueden nutrirse de los conocimientos y herramientas que aporta la teoría de la organización), en cuanto a su naturaleza se trata de organizaciones diferentes debido a su orientación normativa, derivada de los valores propios del entorno público. Este hecho obliga a “discriminar de manera general al conjunto de técnicas e instrumentos gerenciales provenientes del sector privado” (Ramió, 1998:65).

La existencia de razones que justifican la diferenciación organizativa para las administraciones públicas, de acuerdo con algunos argumentos tomados de la literatura especializada, señalan, de acuerdo con Lewis Gunn:

La administración pública siempre tiene en último término el monopolio del poder sancionador y coactivo;  
El entorno de las administraciones públicas suele ser más complejo dado que las políticas y programas

públicos acostumbran a estar sujetos a múltiples presiones de todo tipo;

Ello obliga a acomodar una pluralidad de valores e intereses en los procesos de decisión política, lo que se traduce en objetivos generales y abstractos, confusos y hasta contradictorios, e implica una dificultad objetiva a la hora de intentar medir y evaluar a actividad de las administraciones públicas;

Las demandas de mayor apertura, visibilidad, y en general, responsabilidad por los hechos y por los procedimientos seguidos, suponen reforzar los mecanismos que garantizan la consistencia en el tiempo, la equidad, la justicia y la igualdad en el trato de los casos individuales. (Gunn en Ramió y Ballart. 1998: 82)

Mientras las administraciones Públicas desarrollen este tipo de funciones serán organizaciones complejas, y al mismo tiempo el empleo de un modelo organizativo único que no se corresponda a la diversidad de funciones generará procesos de crisis. Ante estos problemas se advierte sin embargo, que no pueden ser sustituidos por modelos privados y de gestión que pretendan abarcarlo todo, ya que estarían condenados al fracaso.

## **2.2.2. Doctrinas que definen las funciones de la administración pública**

### **2.2.2.1. Doctrina Germánica**

En las doctrinas germánicas se encuentran varios autores que presentan diferencias en cuanto a la forma de ver a la administración, dentro de las actividades del Estado. Estos autores son Otto Mayer, administrador alemán de finales del siglo XIX y principios del siglo XX y Hans Kelsen, filósofo del derecho y Adolf Merkl, administrativista.

Explica Mayer que en un principio, bajo el término “gobierno” se comprendía toda la actividad del estado; es decir que la legislación, la justicia y la administración eran consideradas “gobierno”. Sin embargo, esas actividades comienzan a separarse del gobierno para tomar el rumbo hacia la gestación de las funciones propias de cada una. Comenzando por la justicia, referida al dominio de los tribunales ordinarios y con la que se empiezan a distinguir los asuntos de gobierno de los de justicia. Luego, la formación del nuevo derecho constitucional deja a la legislación subordinada al concurso de la representación nacional; y por último, la administración vendría a representar a toda actividad ejercida por el Estado que no fuera ni justicia, ni legislación; siendo dicha administración una rama de la actividad estatal que desprendiéndose del gobierno, se ubica al lado de la justicia.

De esta forma, para Mayer, todas las actividades inmediatas del Estado estarían atribuidas a la justicia, legislación y administración y son las actividades mediante las cuales dicho Estado tiende a realizar su fin; el gobierno sería entonces la alta dirección que pone en marcha los asuntos de interés general y la buena política. Cabe destacar, que en el antiguo derecho alemán, la legislación se refería al establecimiento por el soberano de reglas generales y de obligatorio cumplimiento para los súbditos, y hoy en día sigue siendo así, sin embargo, el soberano actual está representado por el concurso del cuerpo representativo y no por la monarquía.

La justicia se diferencia de la administración por dos elementos principales: el primero está destinada a mantener el orden jurídico y el segundo pertenece a los tribunales encargados de la aplicación del derecho civil y del penal; y con la legislación porque es quien establece, por el poder soberano las reglas de derecho.

La escuela vienesa con las figuras de Kelsen y Merkl, representa la teoría pura del derecho, que busca desligar al mismo de otros elementos que le son extraños pues provienen de otras disciplinas o áreas del conocimiento tales como la psicología y la teología, entre otras.

Para ellos toda función del Estado es creadora de derecho. De esta forma, el orden jurídico está en una especie de jerarquía, en donde una norma de derecho está regulada por otra norma de carácter superior, y a su vez, la norma inferior puede regular otras subordinadas a ella. Para Kelsen, la legislación es sólo una forma de creación del derecho, ya que las funciones administrativas y jurisdiccionales también son creadoras de normas jurídicas.

Por otro lado, para Merkl la administración se define al igual que para Mayer como el resultado de lo que no es ni justicia ni legislación. Sin embargo, cabe destacar que el orden jurídico tiene una jerarquía y también las actividades del Estado, es por esto que dicha administración comprende las funciones de un complejo orgánico regido por relaciones de dependencia reveladas en el derecho por las instrucciones del órgano superior y el deber de obedecerlas por el órgano inferior. Es por esto que cada función estatal es originaria de proceso de formación del ordenamiento jurídico, generándose de forma sucesiva y escalonada a partir de la Constitución, que es la norma superior.

### **2.2.2.2.- Doctrina Francesa**

En esta doctrina también se encuentran dos escuelas: la de Burdeos, representada por León Duguit, Ronald Bonnard y Gastón Jèze y la escuela de Tolosa con Maurice Hauriou.

Para la escuela de Burdeos la administración se identifica con los servicios públicos, correspondida desde un punto de vista material. De esta forma, el Estado es una cooperación de servicios públicos y las funciones jurídicas de éste son las que ejercen los gobernantes, por sí mismos o por sus agentes, para organizar los servicios públicos, con lo que se aseguran del funcionamiento de los mismos. De esta forma, cada intervención estatal en pro de un servicio público entra en ejercicio una función jurídica.

La de Burdeos afirma que el Estado ejerce la función legislativa siempre que formule una disposición normativa; ejerce la función administrativa, siempre que se asegure el funcionamiento de un servicio público, en cumplimiento de actos puros materiales; y la por medio de la función jurisdiccional el Estado resuelve cuestiones de derecho que le han sido planteadas. Por lo tanto, la característica principal de esta escuela es la concepción material de la administración y demás funciones jurídicas del Estado.

Para el Profesor en derecho Público Maurice Hauriou, las dos nociones principales del régimen administrativo francés son el poder y el sector público; ya que el servicio público es lo que ha de realizar la administración pública y el poder público el medio de realización; es decir, que el poder público sería la administración según Meyer. Por otro lado, para este profesor, el elemento primordial del régimen administrativo es el poder

administrativo; donde dicho régimen, por una parte, está fundado por la separación de poderes judicial y ejecutivo y por la otra la organización de la administración pública se refiere a la organización del poder administrativo. Por lo tanto, el régimen administrativo reposa esencialmente sobre el poder encuadrado en la idea del servicio público.

### **2.2.2.3.- Doctrina Italiana**

Esta doctrina está representada por las figuras de Guido Zanobini y Massimo Severo Giannini.

El propósito de la administración está referido a la satisfacción de los intereses públicos y la conservación del derecho, cuyas notas dominantes son la finalidad y el interés, lo cual se observa en las ideas de Zanobini, quien declara que la administración es la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata los intereses públicos que toma a su cargo para el cumplimiento de sus fines. También indica que el carácter concreto, la espontaneidad y la discrecionalidad son caracteres propios de la administración; refiriéndose al carácter concreto como oposición de la función legislativa, ya que el acto administrativo debe atender a casos particulares, adaptándose a las diversas situaciones de hecho; la espontaneidad, diferencia a la administración de la función judicial, y se observa en la no potestad del juez para iniciar juicios por iniciativa propia, pues éstos se inician por otra voluntad, y sin embargo, las funciones administrativas y legislativa pueden entrar en ejercicio mediante determinación espontánea de los órganos respectivos; y con respecto a la discrecionalidad, se explica por la limitada libertad de elección y decisión al tomar medidas propias en determinadas función, mientras que si se compara con la libertad de la función legislativa, ésta es muy amplia.

Por otro lado, el profesor Massimo Giannini indica que no sólo la función administrativa tiene por finalidad el cuidado concreto de los intereses públicos, ya que éstos se distribuyen en todos los poderes y la función administrativa representa el conjunto de las funciones desarrolladas por la administración.

### **2.2.3. Derecho de la Función Pública**

Para que la Administración y, en general, todos los órganos del Poder Público, puedan cumplir sus cometidos y materializar la actividad que le corresponda, requiere de hombres y mujeres que pongan a la orden de los órganos y entes, su fuerza de trabajo, inteligencia, formación y disposición. Para ello suele servirse de los ciudadanos del país a través de múltiples formas jurídicas, pueden contratar con trabajadores sujetos a la legislación laboral, conformar un cuerpo de empleados especializados y permanente (funcionarios de la carrera pública), designar a personas determinadas para funciones de alto nivel y de confianza con carácter temporal (funcionarios de libre nombramiento y retiro), los ciudadanos pueden seleccionar de sus compatriotas a quienes consideren más idóneos para el desempeño de determinados cargos públicos (alcaldes, gobernadores, concejales, etc.), y en fin, pueden los entes públicos organizar, materialmente, su actividad en función de una planificación de recursos humanos altamente calificados.

Como dice Araujo Juárez, siguiendo a Royo-Villanova “existe un hecho irrefutable de que la Administración Pública es una creación de Derecho, y que como tal, para actuar necesita de un soporte físico, esto es, personas físicas. Por tanto, la Administración Pública, toda Administración Pública, como ente jurídico y abstracto, necesita valerse de personas físicas que realicen la actividad a ella encomendada” (Araujo Juárez, 2007: 697, y Royo

Villanova, 1995: 136). No es un asunto exclusivamente de la Administración sino que es una exigencia práctica y material de todos los órganos del Poder Público. Este complejo humano, heterogéneo, multiforme y problemático debe tomar en cuenta lo que ha señalado la Corte Suprema de Justicia colombiana:

Los empleados oficiales tienen por misión primordial representar a la administración pública, expresar la voluntad de ésta, comprometer jurídicamente al Estado, lo cual deben hacer con dignidad, desinterés, probidad, competencia, fidelidad y decoro. (...)

Pero en el ejercicio de determinadas funciones su actuación debe revestir, en el más alto grado, esas calidades, por ser de tal manera importantes para la sociedad los intereses puestos en manos de ellos, que su lesión por parte del funcionario incide en forma profunda y grave en la esencia misma de la colectividad (Buitrago, 2000: 52).

Se requiere, entonces, que los ciudadanos se vinculen con los entes públicos para prestar sus servicios personales en favor del respectivo ente y, de manera mediata, como un servicio al país. Tal prestación de servicios no se realiza de manera desordenada, discrecional, libre e incontrolada, sino que el ordenamiento jurídico dispone de un sistema o un conjunto de instrumentos jurídicos que regulen u ordenen, esa especial relación de empleo público, y eso es lo que se conoce como “derecho de la función pública” que definiremos de seguidas.

### **2.2.3.1.- Definición Derecho de la Función Pública**

Se entiende por Derecho de la función pública el conjunto de instrumentos jurídicos que contienen principios, reglas y normas jurídicas con la finalidad de establecer un orden cierto, seguro y congruente en la relación de empleo público de los ciudadanos con los órganos y entes del Poder Público.

Es frecuente que la literatura sobre el tema se refiera a “conjunto de normas jurídicas” o a los “instrumentos legales” que regulan la función pública, lo cual no es, desde la ciencia, enteramente correcto. Analicemos esta propuesta:

El Derecho de la función pública es un “conjunto de instrumentos jurídicos”: Con ello se quiere hacer alusión a que la manera de regular la relación de empleo puede estar establecida en la Constitución, leyes, reglamentos, decretos, resoluciones, y actos administrativos particulares, de modo que no es un asunto exclusivo del legislador. El principio de legalidad se aplica al establecimiento de la “carrera pública” y sus líneas generales, pero la especificación concreta de los cargos, grados, pasos, instructivos, etc., no tienen que provenir de la Ley.

En segundo lugar, esos instrumentos jurídicos “contienen principios, reglas, normas” y directrices que va de lo más general (disposiciones constitucionales) hasta regulaciones específicas (normas de rango legal) como instructivos, reglas (Decreto de manual de cargos), o actos administrativos que pueden contener mandatos específicos para determinado empleado. Ese “complejo” jurídico no se agota con normas sino

que también encontramos principios y reglas que, en definitiva, se encuentran presentes en todo el ordenamiento jurídico.

La finalidad del Derecho de la función pública es establecer un “orden cierto, seguro y congruente”: si el Derecho tiene como meta el establecimiento de un *orden ético fundamental*, entonces los “sistemas” o “subsistemas” jurídicos cumplen esa misma finalidad;

La idea es, en efecto, que tanto los entes públicos como los ciudadanos que se insertan en una relación de sujeción especial, deben contar con la claridad, certeza y objetividad del conjunto de elementos que regulan la recepción de los servicios que prestan los ciudadanos, y, respectivamente, su prestación.

El núcleo esencial del Derecho de la función pública es la regulación de una relación jurídica especial que crea respectivos vínculos entre los entes públicos y las personas que se insertan en dicha relación.

Debemos advertir, en primer lugar, que no toda vinculación con el Estado (a través de sus órganos y entes) constituye un ejercicio de “función pública” por las formas, cada vez más frecuentes, que asume el Estado para realizar sus cometidos que no necesariamente son “formas administrativas” sino que puede acudir a técnicas del Derecho privado, donde no se habla de función pública sino de un empleo privado (legislación laboral), y ello es lo que ocurre con los trabajadores de las empresas del Estado, algunos institutos autónomos, fundaciones, etc.

En segundo lugar, tampoco hay que confundir “función pública” con “función administrativa” y, mucho menos, con la “carrera administrativa”. En

efecto, al hablar de función pública nos referimos a la especial vinculación jurídica de personas naturales con cualesquiera de los entes públicos, sea que formen parte de la rama administrativa, legislativa, judicial, electoral o del Poder ciudadano. La expresión función pública incluye y excede a la “función administrativa” abarcando todos los entes de Derecho público.

En tercer lugar, la función pública también incluye y excede la simple expresión de “carrera administrativa” porque esa *carrera* es una de las diversas maneras de hacer “carrera pública” y además, dentro de la misma noción de “función administrativa” se encuentran funcionarios que no son de carrera como los funcionarios de libre nombramiento y retiro que, por naturaleza, no son de la *carrera pública*; por ello, es un error creer que la vinculación de empleo público tiene que ser necesariamente “permanente” o que siempre deba expresarse en una “carrera”; la heterogeneidad de la relación de empleo público abarca tanto a quienes hacen carrera o los que simplemente prestan servicios por razones puntuales y temporales como, por ejemplo, los Síndicos Procuradores de los Municipios, Contralores estatales o municipales, Fiscal, Contralor y Defensor del Pueblo, que *no son cargos de carrera* pero tampoco de libre nombramiento y retiro sino de designación temporal, por el ente competente para la designación, “temporalidad” que significa que prestarán el servicio durante el tiempo fijado por la Ley.

#### **2.2.3.2. Principios fundamentales de la relación de empleo público**

Existen, no obstante la heterogeneidad anotada, unos “principios” que son generales de la función (y no solamente de la carrera pública) que van a precisar el carácter de la *relación*, y la manera en que, la Ley y los actos sublegales deben atender.

### **2.2.3.2.1. El Principio de Legalidad**

Como se sabe este principio implica uno de los fundamentos, básico y esencial, del Estado de Derecho y del sistema democrático. Se nos presenta en una doble dirección: a) el hecho de que la Ley es el resultado de una actividad del Poder Público en su rama legislativa, y b) el hecho de que el Estado, en todas sus manifestaciones, esté sometido a los preceptos de la Ley que él mismo ha elaborado. En ese marco se insertan los particulares por el cual, la legalidad, le garantiza que su situación jurídica, como ciudadano o como parte de cualquier relación de sujeción especial con el Estado, tiene un cuerpo normativo previo, cierto y eficaz.

Tanto la doctrina como muchas sentencias del Tribunal Supremo de Justicia que se refieren a la legalidad son proclives a afirmar que este principio comporta un doble significado: (i) La sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; y ii) el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas previamente establecidas, sean éstas normas de origen legislativo o no.

En relación con la aplicación del principio de legalidad en el campo de la función pública, se hace imperioso citar el artículo 144 constitucional según el cual: «Artículo 144. La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerán su incorporación a la seguridad social.

La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos».

Una de las dudas que genera esta norma es saber si puede el legislador remitir a actos sublegales el establecimiento de normas sobre ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro, lo que pudiera traer como consecuencia, como efecto ocurre en nuestra realidad jurídica, que el legislador deje al propio Ejecutivo o el órgano de que se trate, la regulación jurídica de su respectivo Estatuto, como se presenta con la Fiscalía General de la República, Contraloría o Defensoría del Pueblo.

En nuestra opinión no pareciera derivarse de la norma constitucional citada que el legislador pueda bajar el rango normativo para la regulación de las distintas situaciones que comporta la función pública, pues en dos ocasiones se refiere a la “Ley” para establecer el Estatuto, y nuevamente a la “Ley” para establecer las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios para ejercer sus cargos.

La opinión mayoritaria y la posición de nuestra jurisprudencia es contraria a esta visión y acepta pacíficamente que por vía reglamentaria, decreto o resoluciones puedan establecerse normas sobre estas materias cuando el legislador haya “delegado” tal posibilidad, sin embargo tal posición no pareciera encontrar cobijo normativo en la Ley Orgánica de la Administración Pública (G.O., nº 5.891, Ext., de 31/7/2008): *Principio de legalidad* “Artículo 4º. La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual *la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y los actos administrativos de carácter normativo dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático, participativo y protagónico*”.

Mucho menos sería sostenible tal posibilidad de “colaboración reglamentaria”, ante la claridad de la norma contenida en la siguiente disposición de la Ley del Estatuto de la Función Pública “Artículo 2. Las normas que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los estados y municipios, serán de obligatorio cumplimiento por éstos.

Sólo por leyes especiales podrán dictarse estatutos para determinadas categorías de funcionarios y funcionarias públicos o para aquellos que presten servicio en determinados órganos o entes de la Administración Pública”

A pesar de ello, obviando el mandato constitucional, haciendo caso omiso al mandato legal, nuestro Máximo Tribunal ha permitido que la Administración pública y otros organismos, puedan establecer regímenes estatutarios por Reglamento o Instructivo interno:

SALA CONSTITUCIONAL: *Sentencia n° 1.412 de 10 de julio de 2007* (Daniel Buvat de la Rosa y otros en nulidad del art. 298 de la LGBOIF, exp., 04-2469) [CARMEN ZULETA DE MERCHÁN]: Ahora bien, aun siendo materia de la reserva legal, la Sala estima que es constitucionalmente válido que el legislador faculte a autoridades administrativas para dictar estatutos funcionariales especiales, tal como lo hace el artículo 298 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. No es necesario, pues, que los estatutos especiales estén contenidos en leyes, siempre que sea clara la voluntad del legislador de delegar ese poder.

En principio, sólo la ley puede contener normas sobre los funcionarios públicos, pero el legislador es libre de entregar a la Administración (Ejecutivo o entes descentralizados) la competencia para dictar el estatuto especial, sin que puedan incluirse en esa delegación,

por supuesto, aspectos que escapen de la deslegalización, tales como los de contenido sancionatorio (sobre la delegación del poder para dictar estatutos funcionariales especiales, la Sala ha fijado criterio en reciente fallo: N° 2530/2006; caso: «*Colisión entre la Ley del Estatuto de la Función Pública y el Decreto con Fuerza de Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas*»). No comparte la Sala, entonces, la afirmación de los terceros intervinientes en esta causa, según la cual el hecho de que la Ley del Estatuto de la Función Pública no mencione a FOGADE entre los órganos excluidos de su aplicación, resulta necesariamente en su inclusión. Es aceptable que otra ley –en este caso, la Ley Especial sobre Instituciones Financieras, que regula los órganos de control sobre ese sector- sea la que contenga la exclusión del estatuto general o sea la que, sin desarrollar las previsiones concretas sobre funcionarios, permita que la Administración fije las reglas aplicables a las personas a su servicio.

Veamos que el razonamiento de la Sala es que, “el legislador es libre de entregar a la Administración (Ejecutivo o entes descentralizados) la competencia para dictar el estatuto especial”, lo que no quiso advertir la Sala es que el legislador no puede tener “libertad” cuando es la propia Constitución la que le ordena y le exige determinado comportamiento, y en este caso, tanto la Constitución como los instrumentos citados exigen que el régimen estatutario sea obra del legislador y no de la Administración.

Coetáneamente, la Sala Político Administrativa también se ha plegado a la posibilidad de que, el Ejecutivo pueda determinar regímenes de función pública, contra la previsión constitucional, y de éste se extraen como elementales, entre otros, los enunciados siguientes: a) El legislador puede decidir que determinada materia, incluso de las reservadas a la ley, sean reguladas o desarrolladas por el Ejecutivo a través del ejercicio de su

potestad reglamentaria; b) Dicha posibilidad persigue, frente a la dinámica de la actividad administrativa (y, dentro de ésta, la de las relaciones que surgen entre la Administración y los particulares), hacer más eficaz el funcionamiento de aquélla en la gestión pública.

#### **2.2.3.2.2. El Principio de Racionalidad**

El segundo principio, en importancia, que viene a “animar” todo el Derecho de la función pública se refiere a la “racionalidad administrativa”, principio que, además, estaba positivado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Administración Pública (G.O. nº 37.305 de 17 de octubre de 2001) según el cual la actividad de la Administración Pública se desarrollaría dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica; sin embargo, esa parte de la norma desapareció con la nueva Ley Orgánica de la Administración Pública (G.O., nº 5.891, Ext., de 31/7/2008), cuyo artículo 10 dispone:

*Principios que rigen la actividad de la Administración Pública*

Artículo 10. La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad, participación, honestidad, accesibilidad, uniformidad, modernidad, transparencia, buena fe, paralelismo de la forma y responsabilidad en el ejercicio de la misma, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, y con supresión de las formalidades no esenciales. (...)

Además de ello, el artículo 20 intitulado “Principio de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos”, dispone que la asignación de recursos a los órganos, entes de la Administración Pública y demás formas de organización que utilicen recursos públicos, se ajustará

estrictamente a los requerimientos de su organización y funcionamiento para el logro de sus metas y objetivos, con *uso racional de los recursos humanos, materiales y financieros*. (...)

Llama la atención que la nueva norma haya eliminado la sujeción al régimen presupuestario porque el mismo artículo 20 de la Ley derogada se refería al “uso racional de los recursos humanos, materiales y presupuestarios”. Dispone, igualmente, la posibilidad que tienen los órganos y entes de la Administración pública de transferir al sector privado o las comunidades, el ejercicio de potestades públicas cuando su naturaleza lo permita y fuere más económica y eficiente, reservándose –no obstante– la supervisión, evaluación y control del desempeño y de los resultados de la gestión transferida. En cuanto a la racionalidad técnica y presupuestaria, el mismo artículo 20 dispone que los órganos y entes de la Administración Pública procurarán que sus unidades de apoyo administrativo no consuman un porcentaje del presupuesto destinado al sector correspondiente mayor que el estrictamente necesario. A tales fines, los titulares de la potestad organizativa de los órganos y entes de la Administración Pública, previo estudio económico y con base en los índices que fueren más eficaces de acuerdo al sector correspondiente, *determinarán los porcentajes máximos de gasto permitido en unidades de apoyo administrativo*.

Esta norma comporta la *racionalidad económica* de la actividad administrativa que debe estar alineada a la racionalidad de los recursos humanos y estructura organizativa de los órganos, tal como se prevé en el artículo 21 de la Ley Orgánica de la Administración Pública que establece el “Principio de suficiencia, racionalidad y adecuación de los medios a los fines institucionales”.

Repárese en la posibilidad que tiene la Administración pública de disponer, de manera excepcional, la “contratación” de determinados profesionales para actividades eventuales y transitorias, con base en honorarios profesionales “u otras modalidades”. Esto implica y refuerza la idea de que la vinculación de empleo con los entes públicos no sólo se refiere a la categoría de “funcionarios” sino que puede ser “contractual” (lo cual tampoco significa que sea necesariamente de carácter “laboral”). Es absolutamente lógico que si este es un principio cardinal en la actuación de la Administración pública, ninguna razón habría para excluir a los demás órganos del Estado de su ámbito de aplicación, por ello sostenemos que se trata de un principio de toda la función pública y no sólo de la actividad administrativa.

#### **2.2.3.2.3. El Principio de Incompatibilidad**

Tomamos aquí lo señalado por Araujo Juárez cuando afirma que conforme a la Constitución, el funcionario público no puede desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, a menos que se trate de los cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes (artículo 148 CRBV), por ello el autor comenta que el funcionario deberá consagrarse a su función, con exclusión de cualquier otra actividad profesional, salvo lo previsto en la Ley. Esta obligación se basa tanto en la idea de que el funcionario cumple una misión, como el riesgo de que éste se encuentre en una situación donde el interés personal esté en contradicción con los intereses de la Administración. Igualmente resulta incompatible con el ejercicio de un cargo público, el hecho de celebrar contrato alguno con las personas jurídicas de Derecho público y de Derecho privado estatales, salvo las excepciones que establezca la ley (art. 145 *eiusdem*).

El régimen de “incompatibilidad” tiene su sustento en la especialización y profesionalización de la carrera pública que constituye el *desideratum* de la vinculación de empleo público; sin embargo, el artículo 148 no es nada claro al establecer las llamadas excepciones a la prohibición general porque se refiere a “cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley”, por lo cual el intérprete debe preguntarse si la referencia final “que determine la ley” se refiere sólo a cargos docentes o si se refiere a todos los cargos remunerados, esto es, los académicos, accidentales o asistenciales”.

En segundo lugar, el señalamiento a cargos “accidentales” no se precisa si (i) son cargos accidentales dentro de los docentes, académicos o asistenciales, o (ii) cargos accidentales dentro de cualquier estructura administrativa, lo cual pudiera implicar que un funcionario de carrera (percibiendo las remuneraciones correspondientes) pudiera ejercer otro cargo público de manera “accidental”.

Otro aspecto vinculado con la incompatibilidad se refiere a la jubilación, asunto que se resuelve aplicando las reglas de reingreso a la función pública, que significa la suspensión de la pensión para no infringir la prohibición de obtener dos ingresos con cargo al presupuesto público. Sin embargo, recientes sentencias del Tribunal Supremo de Justicia han aceptado que, por ejemplo, el Contralor General de la República perciba ingresos adicionales por su condición de jubilado, lo cual vacía de contenido la intención del constituyente al procurar una ética pública basada en el hecho de que un funcionario no perciba otro ingreso proveniente del tesoro público. Ejemplos de este tipo son, ahora, comunes y frecuentes en el campo de las funciones públicas donde existe una complicidad política deleznable en quienes ejercen, temporalmente, el poder político.

El régimen de incompatibilidades se presenta poco claro, ante la multiplicidad de Administraciones públicas independientes, y además con el expreso reconocimiento de la existencia de regímenes de empleo público autónomos y particulares, de algunos organismos que tienen rango constitucional, e independencia funcional, como ocurre, precisamente, con la Contraloría General, Fiscalía General y la Defensoría del Pueblo. Si, además, se admite que, en el seno de tales instituciones, conviven relaciones de empleo público y relaciones de trabajo, la maraña legislativa deviene en abstrusa y compleja.

### **2.2.3.3. Sistemas de Regulación del Empleo Público**

Analicemos, los *sistemas legales* que se han adoptado para armonizar el desarrollo de la *carrera pública* con los derechos y obligaciones de los funcionarios, en relación con la estructura, funcionamiento y finalidad de los órganos y entes del Poder Público:

#### **2.2.3.3.1 Sistema Abierto de la Función Pública**

El término “función pública” designa tanto al conjunto de personas a disposición del Estado, que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos, como el régimen jurídico a que están sometidos y las organizaciones que les encuadra. Se habla de “sistema” para referirse al “conjunto de reglas y de principios que ordenan diferentes elementos para un fin determinado”, en un “orden sistémico funcional” (Duque Corredor, 1997:5). Precisamente como cada país establece y dispone formas y maneras de manejar sus recursos humanos entonces pueden identificarse “escuelas” o “sistemas” en materia de función pública, de allí que autores como Gazier seguido por Ramón Parada distinguen entre (i) un sistema

abierto, y (ii) un sistema cerrado, lo cual “hace referencia a la ausencia o existencia de un sistema propiamente dicho de función pública, que responde siempre, para que pueda hablarse de tal, al sistema de cuerpos jerarquizados o de carrera” (Gazier, 1972: 326, y Parada, 2000: 398).

Se llama *sistema abierto de la función pública* a la concepción según la cual los funcionarios tienen similar tratamiento que los trabajadores privados en el sentido que su ingreso y permanencia dependerán de las específicas necesidades de los órganos y, en consecuencia, impera la discrecionalidad administrativa como núcleo esencial del sistema.

Un sistema abierto, dice Parada (Parada, 2000: 398), se funda –como las empresas privadas occidentales– en un inventario muy preciso de los puestos de trabajo, donde el reclutamiento del personal se hace al ritmo de las necesidades y la selección y los nombramientos se hacen para un puesto de trabajo concreto. La persona nombrada lo es para este puesto, pero no entra en un cuerpo, ni tiene derecho a hacer carrera o a ocupar otros puestos de trabajo superiores. De allí que el autor comente:

Los partidarios del sistema abierto lo defienden afirmando que si bien exige un gran trabajo de clasificación de los puestos, después la Administración no tiene por qué preocuparse de la formación, de los ascensos, de las pensiones y del personal sobrante al que se despide libremente cuando no es necesario el puesto que ocupa, o se selecciona de nuevo cuando se crean servicios diferentes. Así se obtiene también una

mayor rentabilidad, pues, en principio, no se tiene más personal que el necesario y las Administraciones reciben a través de los flujos de personal el sentido de eficacia de las empresas privadas. De esta forma, además, la Administración no es un mundo aparte en el interior de la nación, sino que está abierta e interpenetrada por otras organizaciones (Gazier, 1997:327).

Quienes sostienen esta forma de organizar los recursos humanos en la función pública pretende equipararla el tratamiento que se da a las organizaciones empresariales, y lograr con ello la flexibilidad y productividad que han adquirido las empresas. Como quiera que no hay “carrera” entonces no existen derechos colaterales, ni ascensos que no sean requeridos por la propia organización pública pero nunca como aspiración legítima de los servidores. Las personas entran y salen de las organizaciones públicas con la misma facilidad que debe haber en el sector privado, y el sistema educativo está al servicio para que las personas puedan prestar su trabajo tanto en el sector público como en el privado privilegiando el intercambio.

De manera que la relación de empleo público no puede estar regida por normas de Derecho social sino normativas de un Derecho autónomo e independiente, de allí que algún autor haya sostenido:

Estimamos que el derecho que regula las relaciones laborales del Estado y sus trabajadores debe constituir una rama autónoma, ya que su objeto, finalidad y metodología, deben ser propios. En México durante mucho tiempo aún en las resoluciones dictadas por el Tribunal de Arbitraje y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se utilizaron principios de derecho

del trabajo; sin embargo, es evidente como ya se indicó, que en esta relación no hay lucha de clases, ni se busca el equilibrio de los factores de producción, ni el Estado, como tal persigue utilidades o fines lucrativos, de donde los principios que regulan esta materia, deben ser independientes y tratando de buscar la equidad entre los dos intereses en presencia: el de los trabajadores que, justificadamente, pretenden tener estabilidad, y un conjunto de derechos básicos y el interés general que siempre domina la actividad del Estado, en vista del bien común. De ellos deben surgir una rama autónoma acorde con sus propias circunstancias y con principios teórico-prácticos y legales que sean inherentes a su naturaleza (Acosta, 1995: 25).

A pesar de esta filosofía, el modelo de sistema *abierto* presenta serios inconvenientes al no reparar en que la finalidad de las empresas y la que corresponde a las organizaciones públicas, difieren sensiblemente: mientras allá priva el ánimo de lucro de sus propietarios cuyos valores se centran en la “rentabilidad” y la “ganancia”, en el sector público la regla es la del *servicio* en función de unos intereses generales, de donde los valores ya no van a ser la “ganancia” en términos económicos sino la “satisfacción” de sus destinatarios que está constituido por la comunidad políticamente organizada. Como señala Degen, citado por Ramón Parada “Resulta extremadamente difícil establecer criterios objetivos y concretos en lo que concierne al rendimiento de los funcionarios. De otro lado, el sistema de carrera y sus garantías no es contrario al principio de eficacia, dado que en el Estado actual no se mide la acción administrativa en términos de *marketing* o producción industrial, lo que llevaría a que los funcionarios consideraran su trabajo como una simple fuente de beneficios y a resolver bajo esa presión un número excesivo de casos, con resultados socialmente nefastos” (Degen, 1987: 210-211).

Por supuesto que el manejo de personal, con base en el sistema abierto, propende la discrecionalidad abusiva de los gobernantes de turno que superponen a los derechos de los funcionarios, sus propios intereses político-partidistas o ideológicos.

#### **2.2.3.3.2 Sistema Cerrado de la Función Pública**

Mientras el sistema “abierto” otorga mayor discrecionalidad a las Administraciones públicas para el manejo de sus recursos humanos, el sistema “cerrado” procura la “profesionalización” de los funcionarios para que “hagan vida” en la función pública.

Se conoce como *sistema cerrado de la función pública* a la concepción según la cual los funcionarios tienen una carrera sobre la base de la vocación de servicio y que se concreta en un “estatuto”, “cuerpo jerarquizado de cargos” y una “carrera” que le imprime el derecho de permanencia y ascenso.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública que fue aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en Santa Cruz de la Sierra en Bolivia entre el 26 y 27 de junio de 2003, estableció las bases que deberían tener las Administraciones públicas de la región, y de esta forma hizo énfasis en:

De conformidad con la Declaración de Santo Domingo, aprobada por la IV Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, el Estado constituye la máxima instancia de articulación de relaciones sociales. Desde el punto de vista de la gobernabilidad, el progreso económico y la reducción de la desigualdad social, el papel del Estado

en las sociedades contemporáneas, y en particular en el área iberoamericana, es fundamental para el logro de niveles crecientes de bienestar colectivo.

Para la consecución de un mejor Estado, instrumento indispensable para el desarrollo de los países, la profesionalización de la función pública es una condición necesaria. Se entiende por tal la garantía de posesión por los servidores públicos de una serie de atributos como el mérito, la capacidad, la vocación de servicio, la eficacia en el desempeño de su función, la responsabilidad, la honestidad y la adhesión a los principios y valores de la democracia.

De esta forma, la idea la “profesionalización” de la función pública y el establecimiento de un conjunto de atributos como el mérito, la vocación de servicio, la eficacia, etc., hace que nos encontremos frente al deseo de establecer un “sistema cerrado” sobre la base de un estatuto definido y positivo.

Dice Parada que el sistema cerrado es, propiamente, un sistema de función pública, en el cual se parte de la base de que el servicio de la Administración exige una formación diferenciada y más completa o diversa de la que proporciona el sistema educativo general y actitudes de más generosidad, el espíritu de servicio, que no se consigue solamente pagando al personal igual o mejor que en las empresas privadas y en relación con una supuesta medición de rentabilidad y productividad de cada puesto de trabajo, sino creando una disciplina y moral de servicio, que motiva más allá del sistema retributivo. De allí que el ilustre maestro español comente:

Elementos fundamentales de este sistema son el estatuto, el cuerpo y la carrera. Un estatuto general que impone a los funcionarios mayores deberes y responsabilidades que al personal privado y, además, otros estatutos particulares que concretan y personifican aún más sus obligaciones, deberes y

derechos en función de las peculiaridades del servicio que cada colectivo de funcionarios tiene encomendado. El cuerpo significa que el reclutamiento se hace para ingresar no en un puesto concreto, sino en un colectivo jerarquizado que tiene a su cargo la responsabilidad del funcionamiento de un servicio público, en el que se permanece de por vida ocupando sucesivamente los empleos que ese cuerpo tiene reservados, cada vez de mayor importancia, responsabilidad y remuneración. La selección no se hace para un puesto de trabajo, sino para un cuerpo, y dentro de él se tiene derecho a una progresión profesional reglada, un derecho al ascenso, a hacer carrera.

Por último, la preparación en este sistema no se confía al sistema general de instrucción pública, sino que se potencia con la exigencia de conocimientos especiales, adquiridos antes del ingreso en el cuerpo (oposición) y, después de ésta, a través de cursos de formación en escuela de funcionarios. (Parada, 2000: 86).

Precisamente, el núcleo esencial de la función pública en los países iberoamericanos es la existencia de un cuerpo normativo general e impersonal de carácter objetivo al cual determinadas personas naturales se vinculan (a través de un “acto-condición”) para entrar en una relación particular de empleo público. Ciertamente es que no existe un sistema “puro” en la administración de personal en el sector público porque cada ordenamiento toma de uno y de otro lo más conveniente a sus peculiaridades como pueblo.

#### **2.2.3.3.3. Sistema Cerrado con flexibilidad organizativa**

De hecho, existe un firme movimiento mundial por acercar los sistemas cerrados a un sistema abierto más flexible, más “gerencial”, sobre todo en torno a la preocupación por la eficiencia en la prestación de los servicios públicos. Con razón, la profesora Hildegard Rondón de Sansó nos enseña

que en “todos los países están presentes movimientos destinados a cambiar la estructura burocrática que genera la relación de empleo público por un sistema que haga más eficiente la labor del Estado” (Rondón de Sansó 2005: II, 214).

La mayoría de los países están buscando fórmulas para acrecentar la eficiencia y la calidad de los servicios públicos, lo cual pasa por tener unos funcionarios con la “vocación” y la idea de “permanencia” para hacer “carrera” y dedicar la vida entera a esos valores. Nuestro país se inscribe, entonces, en un sistema predominantemente “cerrado”, esto es, un régimen estatutario con algunos elementos de modelos privados o abiertos cada vez más frecuentes, como sería el uso de los “contratados” con base en la legislación laboral y la permeabilidad del sistema de cargos y de ascensos con base en la evaluaciones anuales, y la apertura que ha tenido la Ley del Estatuto de la Función Pública al campo de los derechos sindicales del personal de carrera. La jurisprudencia ha señalado:

La relación de empleo que se establece entre la Administración, sea ésta Nacional, Estatal o Municipal y las personas que les prestan servicio, es una relación de carácter público determinada por el órgano público competente a través de normas de rango legal. En tal virtud, el funcionario que ingresa al servicio de la Administración, en cualquiera de las ramas del Poder Público, lo hace a través de un acto-condición para insertarse en una situación jurídica preexistente de carácter impersonal, objetivo, general y permanente que sólo puede modificarse a través de actos generales (Ley o Reglamento) sin que pueda ser objeto de acuerdos particulares. En efecto, la República, el Estado o el Municipio fijan unilateralmente las condiciones en que se va a desarrollar dicha relación, correspondiendo al funcionario y empleado los derechos y obligaciones descritos en el acto normativo respectivo.

La función pública es, entonces, un conjunto de arreglos institucionales mediante los que se articulan y gestionan el empleo público y las personas que integran éste, en una realidad nacional determinada. Dichos arreglos comprenden un “estatuto” mediante normas, escritas o informales, estructuras, pautas culturales, políticas explícitas o implícitas, procesos, prácticas y actividades diversas cuya finalidad es garantizar un manejo adecuado de los recursos humanos, en el marco de una administración pública profesional y eficaz, al servicio del interés general. En el ámbito público, las finalidades de un sistema de gestión del empleo y los recursos humanos deben compatibilizar los objetivos de eficacia y eficiencia con los requerimientos de igualdad, mérito e imparcialidad que son propios de administraciones profesionales en contextos democráticos (Villarreal, 2005: 17, y Sánchez Morón, 2001: 27).

El camino se ha trazado de manera relativamente clara: un “sistema cerrado” bajo la idea de profesionalización, permanencia, pero con elementos del “sistema abierto” en pos de la flexibilidad suficiente para garantizar la modernización y la eficacia en el desempeño.

#### **2.2.3.4. Carrera Administrativa y el Funcionario Público en Venezuela**

##### **2.2.3.3.4.1. Constitucionalización de la carrera pública**

Hablar del Derecho de la función pública implica, necesariamente, abordar su núcleo esencial: la carrera pública. Esto se debe a que el empleo público, a diferencia de la relación de trabajo regulada en la legislación laboral, presenta algunas fisonomías propias, diferentes que la distancian grandemente del régimen privado. El empleo público, por antonomasia, no es ni puede ser una “relación de trabajo” porque, no sólo los sujetos son

diferentes, sino que los “fines” y la “causa” también son distantes. El empleo público es algo más que un “trabajo” o un “empleo” es una vocación de vida con ánimo de perpetuidad y de servicio.

El empleo público provee una “seguridad” –si está amparada por la carrera– que no se encuentra en una relación de trabajo; los ciudadanos, por lo general, encuentran en el empleo público un destino final de su vida activa, y permanecen en ella hasta lograr su jubilación.

Desafortunadamente, hablar de la carrera pública, en los tiempos que vivimos en nuestro país –donde impera una evidente sumisión de los servidores públicos al partido político de la Revolución–, pareciera un sin sentido. Nuestra legislación sobre la función pública no ha sido sólo tardía en aparecer, sino que aun existiendo, no ha servido más que para coadyuvar a la arbitrariedad y lo pedestre del manejo de los recursos humanos en el sector público. La gran mayoría de los servidores públicos no están amparados por la estabilidad sino que se mantienen contratados o simplemente designados por el jerarca de turno, lo que acrecienta la “dependencia” ideológico-partidista para asistir a marchas y para votar con miedo en las elecciones de cualquier tipo. Expliquemos brevemente estas afirmaciones.

Nuestra legislación sobre la función pública apareció en el último tercio del siglo XX con la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa de 1970, a diferencia de otros países como México o Brasil, por ejemplo, donde las normas sobre los servidores públicos comenzaron a aparecer a principios de ese mismo siglo (1913, en el caso brasileño). Antes de nuestra Ley de 1970, era el propio Ejecutivo Nacional quien, a través de Decretos y Resoluciones, manejaba con total discreción las diversas modalidades de la

función (clásico es el ejemplo del Decreto 211 que regulaba la prestación de servicios de los funcionarios de Alto Nivel y de Confianza). Todo ello en absoluto desprecio de las normas constitucionales que, desde 1947, ordenaba al legislador adoptar un Estatuto para los funcionarios del Estado (Santamaría Pastor, 2001: I, 675).

En principio hablar de “carrera” no es simplemente referirse a un “empleo” sino que, al igual que ocurre con las “carreras universitarias” tiene un propósito básico: el desenvolvimiento de la personalidad individual a través del logro de una *vocación de servicio*. Mientras que, para el Estado, supone la necesidad de “profesionalización” de sus operadores que sólo se logra mediante un sistema “formal” de crecimiento académico y una *carrera material* sustentada en la experiencia acumulada. Como sabemos y nos lo recuerda Cosimina Pellegrino “los entes públicos –territoriales y no territoriales–, así como todos aquellos órganos del Estado, actúan mediante voluntades humanas que se ponen a su servicio. Ese conjunto de personas que está al servicios de los organismos del Estado, constituye el funcionariado público” (Cosimina Pelegrino, 2002: 327). De tal manera que la experticia lograda por los funcionarios a través de su “carrera” es fundamental para optimizar el servicio público y el logro de los altos cometidos sociales del Estado.

Desde luego que la noción de “carrera” tiene implícita la idea de permanencia, durabilidad y crecimiento, porque mal podría procurarse el desarrollo de la persona en su vocación de servicio, y la profesionalización del personal al servicio del Estado, si no se le otorga a esa persona la seguridad de que *su vida laboral* se desarrollará sin los asaltos del capricho, ignorancia o deseos de quienes detentan momentáneamente el poder y la autoridad pública. *Carrera* y *permanencia* son ideas cercanas que explican

que, una vez que se ingrese a ella, la persona tiene derecho a ser evaluado en su desempeño con objetividad, a los ascensos en el escalafón respectivo hasta ocupar los cargos más altos en la estructura administrativa. Ello ocurre con la *carrera judicial* donde se supone que la persona ingresa como juez de municipio y luego de quince o más años de servicios, con sus respectivos ascensos a juez de primera instancia y superior, podrá optar a ser Magistrado del Tribunal Supremo.

Ello ocurre con los maestros y, particularmente con los profesores, quienes ingresan como “instructores” y luego de una carrera docente aspirarán a ser “profesor titular”; ello ocurre con la “carrera militar” donde se ingresa como sub-oficial hasta alcanzar el grado de general de división; ello ocurre con la “carrera diplomática” donde se ingresa como Secretario y se terminará como embajador. En fin ello ocurre con la “carrera administrativa” donde la persona, una vez que haya ingresado por concurso, podrá ascender a través de los grados y pasos del Manual Descriptivo de Cargos para alcanzar los cargos más elevados.

Esa “carrera” tiene como propósito, entonces, el desarrollo de la persona del funcionario, y pretende que al final de su vida laboral útil, pueda contar con unos beneficios económicos y un *status* que le permita vivir su vejez con dignidad, para lograr este propósito la carrera supone una “permanencia”, es decir, estabilidad en el cargo. No sin razón, el maestro Ramón Parada comenta que “el funcionario es la persona que se vincula a una administración pública con una relación mucho más duradera y exigente de la que es frecuente en las relaciones privadas, y que le ofrece expectativas de ascenso o carrera” (Parada, 2000: II, 398).

Desde aquella maravillosa Constitución de 1947, quizás la más “democrática” y amplia que hemos tenido, se estableció la orden al legislador para que estableciera un “estatuto” de la función pública; en su artículo 90 disponía: «*El Estado dictará un estatuto que rija sus relaciones con los funcionarios y empleados públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la administración y las de ascenso, traslado, suspensión y retiro*». Mandamiento que no fue acogido, básicamente por los turbulentos hechos que se generaron a partir del derrocamiento del Presidente Rómulo Gallegos en 1948 y la llegada al poder de los Tenientes Coroneles Carlos Delgado Chalbaud y Marcos Pérez Jiménez que, como toda dictadura militar, sumieron al país en la barbarie y represión política. Como se sabe, la Junta Militar derogó la Constitución de 1947 y dejó vigente la anterior de 1945. Sin embargo, fue la Constitución de 1961 la que vino a establecer un nuevo mandato al legislador para que estableciera la “carrera administrativa” que, como veremos, no es más que un aspecto de la función pública y una manifestación concreta de la *carrera pública*. El artículo 122 disponía: «La Ley establecerá la carrera administrativa mediante normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social».

Esta norma se encontraba inserta en el Título IV “Del poder público”, Capítulo Primero “Disposiciones generales”, y a diferencia de su antecesora en la Constitución de 1947, precisó un mandato dirigido al legislador, mientras que en aquella se refería al “Estado” lo que nada impedía que el estatuto hubiese sido dictado por el Ejecutivo Nacional, pero ya en el texto de 1961 se hacía referencia a la “Ley” y se circunscribía a los empleados de la Administración pública “nacional”.

Para el momento de entrar en vigencia este texto constitucional, se había iniciado en nuestro país un proceso de reforma y estructuración de la Administración pública que comenzó con el famoso informe Herbert Emmerich preparado para la Administración de Asistencia Técnica de las Naciones Unidas, y ya para el 27 de junio de 1958 se dictó el Decreto nº 287 se creaba la Comisión de Administración Pública (CAP) que tuvo a su cargo la tarea de la reforma y reestructuración. Mediante Decreto nº 11 de 22 de marzo de 1974 en el cual se creó la Comisión para el Estudio de la Reforma Integral de la Administración Pública, de los Institutos Autónomos y de las Empresas del Estado (CRIAP), que sustituyó a la Comisión primigenia y dio paso a la célebre Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE).

En cuanto a la actividad normativa, la CAP cumplió uno de sus principales objetivos al posibilitar la promulgación del Decreto nº 394 del 14 de noviembre de 1960 que contenía el Reglamento de la Administración de Personal para los Servidores del Gobierno Nacional, primera normativa formal en la materia y que constituyó un importante paso para la elaboración de la Ley de Carrera Administrativa de 1970 (Rondón de Sansó, 1971: 71).

Por último, el Texto constitucional de 1999, se encarga de ordenarle al legislador, el establecimiento de un “Estatuto” de la función pública, señalado en el “artículo 144. La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerán su incorporación a la seguridad social.

La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos”.

Es con base en esta norma constitucional que se dicta la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública, primero emanada del Presidente de la República a través de la habilitación que le diera el Congreso de la República para dictar Decretos con rango y fuerza de Ley, pero antes de su entrada en vigencia, la propia Asamblea Nacional asumió su normativa y con algunas modificaciones, dictó la ley vigente publicada en la Gaceta Oficial n° 37.522 de 6 de septiembre de 2002.

#### **2.2.3.3.4.2. Precisiones conceptuales: Empleados y Funcionarios Públicos**

Si bien es cierto que la *carrera pública* se presenta en diversas modalidades o aspectos materiales, sin embargo es la *carrera administrativa* la que presenta mayor interés dado su perfil de norma general, cuyos principios y elementos básicos son comunes. Sin embargo, el problema comienza por el *nudo giordano* del Derecho funcional, esto es, saber ¿qué o quién es funcionario público? La tarea, ciertamente, no es fácil porque no existe una posición unánime en nuestro país ni en la literatura comparada. Iniciemos nuestras reflexiones postulando algunas premisas necesarias.

Existe una tendencia a identificar la noción de “funcionario público” con el *funcionario de carrera*, lo cual es *formalmente excesivo* porque ello lo único que explica es una especial relación jurídica del ente público con respecto de los derechos y deberes de la persona y desde luego que también son funcionarios, aquellos designados en virtud de elección popular (Presidente, Gobernadores, Alcaldes, Concejales, Diputados, etc.). De igual modo se pretende equiparar la noción de funcionario público con el nombramiento por parte de la Administración pública, lo cual se nos presenta como *materialmente insuficiente*, porque existen relaciones jurídicas

funcionariales con otros entes que no forman parte de la Administración pública como son los funcionarios judiciales, legislativos, y los funcionarios de los órganos con autonomía funcional como la Fiscalía General de la República o la Contraloría General de la República.

Para despejar la noción de funcionario debemos conjugar algunas enseñanzas del Derecho del trabajo, es decir, realizar una primera distinción fundamental entre “empleados” y “obreros”. Como se sabe el empleado es aquel en cuya labor predomina el esfuerzo intelectual sobre el elemento físico o manual, mientras que los obreros se definen exactamente a la inversa, existe una preponderancia de tareas manuales u operarias sobre las condiciones intelectuales. De esta manera para llegar al concepto de funcionario hay que partir, en primer lugar, de la noción de “empleado” porque *todo funcionario es un empleado* en la medida en que predomina el carácter intelectual y profesional de las tareas, pero habrá que determinar si a la inversa también resulta coherente, es decir, si *todo empleado es un funcionario*. Tenemos, entonces, un primer elemento para conformar nuestra definición: *el funcionario público es un “empleado”*.

En segundo lugar, esa persona natural o física que se comporta como un empleado debe tener una especial “vinculación” con un ente público, y el Derecho administrativo ha pretendido clasificar tales vínculos en dos grandes áreas: Una *vinculación de sujeción general* que tienen todos los ciudadanos por ser miembros activos de la sociedad, lo cual explica la capacidad de vincular a los ciudadanos con las órdenes, Decretos y providencias de los órganos públicos y explica, por ejemplo, la potestad “sancionatoria”; y una *vinculación de “sujeción especial”* que determina la diferente posición coligada del ente público con una persona, ello hace nacer un haz de potestades especiales (p.ej. la potestad disciplinaria), y para la persona la

posibilidad de exigir el cumplimiento de sus derechos frente al órgano público. Los funcionarios públicos tienen una relación jurídica de “sujeción especial” en la medida en que, sobre ellos, el órgano público ejerce potestades específicas (dirección, disciplina, planificación, etc.), y tales funcionarios pueden exigir de ese mismo órgano, el cumplimiento de unos deberes que, para los funcionarios, constituyen el núcleo de sus derechos.

Un tercer elemento nos pueden ayudar a nuestra construcción del concepto de funcionario público, tiene que ver con la persona que recibe el “esfuerzo intelectual” del empleado y que, además, expresa la cualidad de “público”. No se crea que el funcionario es solamente aquel que presta servicio a la Administración pública (nacional, estatal o municipal), sino que su ámbito es mucho más amplio: se trata de cualquier órgano o ente que ejerce funciones públicas, sea la función administrativa, judicial, legislativa, contralora, fiscal o de cualquier otra índole.

En cuarto lugar, definido los sujetos (empleado-ente público) correspondería analizar la “naturaleza” del servicio. El empleado público ejerce sus tareas “integrado” a las funciones públicas que el ente realiza, es decir, no es una actividad extraña o ajena a los cometidos básicos del receptor del servicio. En este sentido, la relación de sujeción especial implica la prestación del esfuerzo intelectual para contribuir con la consecución de los fines públicos que los entes realizan. En este sentido el empleado realiza una “función” en el engranaje de los cometidos públicos, prestación intelectual que “conforma” la *voluntad de la autoridad pública* y en consecuencia se entiende que *actúan por el órgano*, es decir, nace la “relación orgánica” capaz de producir efectos jurídicos sobre el resto de los ciudadanos. Este elemento explica que tales funcionarios hagan nacer la

responsabilidad individual y la responsabilidad del ente público respectivo frente a los particulares.

Por último nos queda por resolver el aspecto más delicado de la definición: se trata de saber si es necesario una “especial consideración” sobre la forma en que se contrae la relación de sujeción especial, esto es ¿Será necesario el concurso público? ¿Será indispensable el carácter permanente? ¿Se excluirán a los contratados? ¿Serán funcionarios aquellos designados de manera provisional o los simplemente designados?

Resulta absolutamente claro que la noción de funcionario *no se identifica con el concurso*, porque nadie duda del carácter funcional de aquellos que ocupen cargos de libre nombramiento y retiro; en segundo lugar, el carácter *permanente* tampoco es un elemento “esencial” sino, en todo caso, “accidental”, es decir, la *esencia del funcionario público* (parcialmente definido con las notas anteriores) es independiente que los servicios sean prestados con carácter temporal, provisional o sin limitación de tiempo porque igual son empleados, vinculados en relación de sujeción especial, prestan un servicio intelectual, comprometen la responsabilidad individual y la responsabilidad del órgano. Estos elementos tampoco se ven mermados si se trata de contratados, es decir, la naturaleza “laboral” del vínculo del empleado no desnaturaliza las funciones y las notas definitorias analizadas.

Esto nos lleva a una conclusión fundamental: *es funcionario público todo aquel empleado que preste servicios a un ente público independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo*. En otras palabras, que el funcionario sea acreedor de derechos y deberes previstos en el respectivo contrato de trabajo y la legislación laboral (norma sustantiva de la

vinculación) no merma ni empece el *carácter público* de las actuaciones del empleado. Sobre los contratados volveremos *ut supra*.

El *funcionario público* es un empleado relacionado con un ente u órgano público en virtud de un estado de sujeción especial, y por el cual realiza materialmente una prestación de carácter intelectual para conformar la voluntad del ente público respectivo con lo cual se producen efectos jurídicos sobre los ciudadanos, e independientemente del modo de vinculación jurídica de inicio de la relación de empleo.

De esta definición podemos resumir lo que habíamos explicado para derivar la definición propuesta. El *funcionario público* comprende las siguientes notas: a) Se trata de un empleado; b) Que presta sus servicios a cualquier ente u órgano público; c) En virtud de una relación de sujeción especial; d) Que realiza materialmente una prestación intelectual a favor de los cometidos públicos, con efectos jurídicos sobre los ciudadanos; e) Independientemente del modo de vinculación de inicio de la relación de empleo (concurso, elección, designación, elección, contrato, etc.)

Conforme con esta definición, son funcionarios públicos: a) Aquellos que ingresan a la “carrera pública” (sea por concurso, o por los medios que las respectivas leyes establezcan); b) Aquellos que son designados para un cargo de libre nombramiento y retiro; c) Quienes ingresen a prestar servicios mediante designación temporal o provisional; d) Los empleados simplemente designados por la autoridad pública; e) Los contratados al servicio de los entes públicos. De allí que nuestra propuesta se acerque más a lo dispuesto en la Ley Contra la Corrupción que a la Ley del Estatuto de la Función Pública; el primero de estos instrumentos dispone:

Artículo 3º Sin perjuicio de lo que disponga la Ley que establezca el Estatuto de la Función Pública, a los efectos de esta Ley se consideran funcionarios o empleados públicos a:

1. Los que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por la autoridad competente, al servicio de la República, de los estados, de los territorios y dependencias federales, de los distritos, de los distritos metropolitanos o de los municipios, de los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales, de las universidades públicas, del Banco Central de Venezuela o de cualesquiera de los órganos o entes que ejercen el Poder Público.

2. Los directores y administradores de las sociedades civiles y mercantiles, fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones constituidas con recursos públicos o dirigidas por algunas de las personas a que se refiere el artículo 4 de esta Ley, o cuando la totalidad de los aportes presupuestarios o contribuciones en un ejercicio provenientes de una o varias de estas personas represente el cincuenta por ciento (50%) o más de su presupuesto o patrimonio; y los directores nombrados en representación de dichos órganos y entes, aun cuando la participación fuere inferior al cincuenta por ciento (50%) del capital o patrimonio.

La Ley igualmente se refiere de manera indistinta a “empleados” y “funcionarios” en los artículos 6º, 7º, 13, 14, 15 y sucesivamente. Es inconcebible, por otro lado, que “una persona puede tener el calificativo de *funcionario público* bajo la Ley contra la Corrupción, y no tenerlo, sin embargo, respecto del régimen de la Ley del Estatuto”, como sugiere José Ignacio Hernández (2005: I, 1170).

El concepto de funcionario contenido en la Ley del Estatuto es deficiente en la medida en que no logra asir los elementos esenciales, de lo cual se deriva que no hay concepto alguno. En otras palabras,

“conceptuamos” o “definimos” para referirnos a una realidad que nos permita comprender y explicar el mundo jurídico que nos rodea. En efecto, la Ley del Estatuto de la Función Pública brinda una definición legal en su artículo 3º que se nos presenta de manera “pobre”, que peca por ser materialmente insuficiente: «Artículo 3º. Funcionario o funcionaria público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente».

Conforme a esta norma, los elementos de una definición de funcionario público en el sentido de la Ley y seguido por la doctrina venezolana, son: El nombramiento expedido por una autoridad competente, no abarca la elección popular, ni el contrato, pero según Gastón Jèze y un gran número de autores modernos, la naturaleza jurídica de la designación sea elección o nombramiento- es siempre la de un *acto condición* ya que son manifestaciones de voluntad que tienen por efecto jurídico investir a un individuo de un *status* legal; la potestad de hacer nombramientos está sometida con frecuencia a limitaciones que varían de un país a otro.

En nuestro país, el requisito que ha sido constitucionalizado para los cargos de carrera se contrae al concurso (artículo 146) que persigue facilitar la escogencia de los individuos más capaces e idóneos para el desempeño de los cargos públicos (art. 40 LEFP).

La remuneración (contraprestación), se trata de un derecho previsto en la Constitución y el mismo debe ser suficiente para vivir con dignidad y cubrir las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se debe garantizar el pago de un sueldo equivalente al esfuerzo y deberá ajustarse cada año (art. 91 de la Constitución y 15 de la Ley Contra la Corrupción);

El carácter permanente (no temporal ni accidental), el nombramiento debe ser para desempeñar funciones permanentes, no eventuales, esporádicas, interinas o temporales.

En principio, la Ley se aplica *sustantivamente* a los funcionarios al servicio de la Administración pública, pero repárese que la norma sólo exige un “nombramiento expedido por la autoridad competente” y requiere que el ejercicio de la función sea de carácter “permanente”, lo cual deja por fuera aquellos funcionarios de designación temporal (Síndicos municipales, contralores, etc.); también deja por fuera los funcionarios de elección popular (Presidente de la República, Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Concejales, entre otros). Tampoco serían funcionarios públicos aquellos designados de manera “provisional” como los jueces provisorios, los funcionarios interinos, etc.

En nuestra doctrina encontramos una definición que supera las deficiencias señaladas en la redacción legal; así, el siempre recordado maestro Eloy Lares Martínez señala que “funcionarios o empleados públicos son los individuos que, en razón de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el ejercicio de funciones públicas, al servicio de las entidades públicas estatales” (2001: 201).

La definición del maestro permite conceptualizar a los “contratados” como “funcionarios” porque a su decir “cuando la incorporación de un individuo a la Administración se efectúa en virtud de un contrato, no deja de serle aplicable la situación estatutaria organizada por las leyes; tan solo quedan a salvo las condiciones contenidas en el contrato y sólo en cuanto no contradigan preceptos de orden público”. El elemento central en la definición de Lares Martínez está “en la labor misma encomendada al sujeto y a las condiciones en que la presta”.

La imprecisión de la definición legal no es exclusiva de nuestro país porque ello ocurre en casi todos los ordenamientos jurídicos donde los conceptos de agentes, funcionarios y empleados públicos y demás calidades de individuos que prestan servicios a los entes públicos, siempre ha sido problemáticos. La doctrina francesa, designaba a los “agentes públicos” como *toda persona que participa, ya sea de manera permanente, temporal o accidental, en la actividad pública*, sin tener carácter de gobernante directo o representante. Los agentes públicos se dividen en “agentes empleados” (momentáneos o accidentales) y “agentes funcionarios” (permanente y normal).

Se distinguía gobernantes (intervienen en la creación de los servicios públicos), agentes del servicio público propiamente dichos (aseguran el funcionamiento de un servicio regular), auxiliares (ocasionales) y requisados (prestan su servicio requeridos por la administración y no espontáneamente). Actualmente la doctrina francesa estima que el personal empleado por la Administración comprende categorías diversas, entre las cuales la más importante es la de los funcionarios, siendo el carácter de permanencia el elemento esencial de la definición francesa (solo es funcionario público el individuo que ocupe de una manera estable un empleo permanente).

En la doctrina italiana se distingue los funcionarios (forman la voluntad del ente público y ejercen su representación) y *empleados* (están a la disposición de dichos entes para la prestación permanente, profesional y remunerada de su actividad). Sin embargo, ambas cualidades pueden concurrir en una sola persona, admitiéndose una tercera categoría: funcionarios-empleados.

De modo que en otras legislaciones se reserva la denominación funcionario público a la persona natural que presta sus servicios concretamente a la administración pública. Autores como Rafael Bielsa señalan que, funcionario a diferencia de empleado, es el que representa y exterioriza la voluntad del estado. En definitiva hay que atender a lo que cada ordenamiento positivo establezca. Entre nosotros la Constitución al igual que la Ley del estatuto utiliza la expresión «funcionario o funcionaria pública» a diferencia de la ley de carrera administrativa que hacía uso indistinto de *empleado* y *funcionario público*, existiendo una norma que aclaraba que los términos funcionario público, servidor público y empleado público tenían un mismo y único significado.

La definición consignada de *funcionario público* como un empleado relacionado con un ente u órgano público, en virtud de un estado de sujeción especial, pero con independencia del modo de vinculación jurídica de inicio de la relación de empleo, permite sustentar la idea de que los “contratados” al servicio de los entes públicos son verdaderos funcionarios públicos aunque no sean “funcionarios de carrera”.

Hay que señalar que el Tribunal Supremo de Justicia ha ofrecido nuevas perspectivas, y a modo de ejemplo podemos citar la *sentencia n° 943/2001, de 15 de mayo de 2001*, de la Sala Político Administrativa quien definió al funcionario público como aquel que “cumple la Función Pública, la persona física que ejecuta las generalidades y particularidades del servicio; en otras palabras, es un agente del Estado (en sentido lato) provisto de autoridad para el ejercicio de determinadas funciones; participa permanente o accidentalmente del ejercicio de la Función Pública, bien por elección popular o por nombramiento de la autoridad pública competente, en tal

sentido, con su acción opera en representación del órgano público al cual está adscrito, expresa la voluntad de este”.

Desde luego entonces que el funcionario es “público”, desde el punto de vista “material”, por las responsabilidades que ejerce y representa, y desde el punto de vista “formal” por el carácter público del ente a quien se le presta un servicio. Todo esto confirma que los “contratados” tienen un evidente carácter de “funcionario público” que es la tesis que estamos argumentando.

El elemento más importante para descifrar el núcleo esencial del concepto de funcionario público es hacer la diferencia entre esta noción y el funcionario de carrera, pues son dos términos completamente diferentes aunque relacionados, basta con saber que todo funcionario de carrera es un “funcionario público” pero no todo funcionario público es un “funcionario de carrera”.

#### **2.2.3.3.4.2.1. Definición Funcionario de Carrera**

Para este análisis partimos de dos premisas básicas: la *carrera administrativa* es sólo una de las tantas manifestaciones de la “carrera pública”, y el funcionario del orden administrativo es sólo una manifestación del funcionariado público. Aludimos con la noción de “funcionarios públicos administrativos” aquellos que se vinculan en una relación de empleo público con las Administraciones públicas (nacional, estadual y municipal, y sus respectivos entes descentralizados). Dentro de esta noción encontramos: a) *el funcionario de la carrera administrativa*; b) el funcionario de libre nombramiento y retiro; c) el funcionario temporal; d) el funcionario

provisional; e) el funcionario de simple designación, y f) el funcionario contratado.

La Constitución postula, sin mayor rigor técnico, que los cargos de los órganos de la Administración pública son de carrera y que se exceptúan de la carrera los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros al servicio de la Administración.

Se entiende por *funcionario de carrera administrativa* aquel empleado que en virtud de haber obtenido la máxima calificación en un concurso público, recibe un designación una vez superado el período de prueba, para prestar sus servicios a cualquiera de las Administraciones públicas, con vocación de permanencia y profesionalidad.

Por su parte, la LEFP dispone en su artículo 19 que «*serán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerado y con carácter permanente*», para lo cual deberán prestar juramento antes de tomar posesión de sus cargos (art. 18). De manera que, una vez sancionada la Constitución vigente el 30 de diciembre de 1999 no es posible acceder a la función pública de carrera administrativa si no es mediante la celebración de un concurso, sin posibilidad de que la vía del contrato o cualquier otra modalidad pueda proveer del título jurídico suficiente para pertenecer a la carrera.

El mandato constitucional de excluir de la carrera cualquier otra modalidad que no sea la vía del concurso vino a ser ratificado en la LEFP cuyo artículo 39 dispone en ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública. En definitiva, la norma marco de

la función pública, esto es, la Ley del Estatuto de la Función Pública, presenta una noción de funcionarios públicos de carrera con las siguientes características: Haber ingresado por concurso y haber superado el período de prueba respectivo, el cual, de acuerdo con el artículo 43 del texto legal, no podrá exceder de tres meses; haber recibido nombramiento respectivo expedido por la autoridad administrativa competente; ejercer una función pública remunerada y, el carácter de permanencia en el ejercicio de la función pública.

Los funcionarios de carrera se distinguen de los funcionarios de libre nombramiento y retiro; estos últimos son quienes ingresan a la función pública de forma excepcional, sin concurso alguno y sin gozar de estabilidad, de manera que pueden ser nombrados y retirados libremente de sus cargos sin más limitaciones que las previstas en la Ley. El núcleo esencial para la diferenciación está en la discrecionalidad en la designación y retiro, ya que para los de carrera priva la voluntad de la Ley mientras que para los de libre nombramiento, prevalece la voluntad del ente empleador.

#### **2.2.3.3.4.2.1.1 Ingreso del Funcionario de Carrera**

Siguiendo a Lares Martínez debemos señalar que la carrera administrativa sólo puede ser organizada sobre la base del principio del mérito, o sea, el principio según el cual el ingreso en el servicio y el ascenso a los grados superiores únicamente pueden obtenerlo las personas que han demostrado su mérito, esto es, su inteligencia, preparación o destreza, en pruebas o exámenes objetivos e imparciales. Este sistema significa la total eliminación del favoritismo político, del apoyo familiar, del padrinazgo y de la carta de recomendación. El principio del mérito halla su perfecta traducción

en una máxima extendida popularmente según la cual, lo correcto es buscar al hombre para el cargo, no el cargo para el hombre.

El ingreso a la carrera administrativa, por mandato del artículo 144 constitucional, tiene rango y reserva de ley de manera que no puede ser objeto de negociación colectiva, lo cual es ratificado en el artículo 146 que obliga a la realización de un “concurso público” para permitir el ingreso a la carrera, así dispone esta última norma que «El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia». La Ley del Estatuto de la Función Pública por su parte dispone, en su artículo 40 que «El proceso de selección de personal tendrá como objeto garantizar el ingreso de los aspirantes a los cargos de carrera en la Administración Pública, con base en las aptitudes, actitudes y competencias, mediante la realización de concursos públicos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole», y fulmina con nulidad absoluta «los actos de nombramiento de funcionarios o funcionarias públicos de carrera, cuando no se hubiesen realizado los respectivos concursos de ingreso, de conformidad con esta Ley». Este concurso se realiza por intermedio de las respectivas oficinas de recursos humanos (art. 41 *eiusdem*).

Pues bien, la incorporación de una persona a la condición de “funcionario” se deriva de un acto-condición de carácter administrativo, unilateral y perfecto, sin que sea posible la intervención de la voluntad del empleado, ni siquiera de la propia Administración para modificar o alterar los límites establecidos por la Ley y en virtud del principio de legalidad administrativa.

Éste ha sido uno de los aspectos no entendidos ni compartidos por la visión iuslaboralista, tanto que el profesor Marín Quijada afirma que “la incorporación unilateral del funcionario a los cuadros de la Administración y el sometimiento a un conjunto de normas de derecho público, no obliga de modo imperativo a que estas normas estén contenidas exclusivamente en leyes formales, sino que bien pudieran ser también de origen consuetudinario o convencional” (Marín Quijada, 1977: 338).

El problema está en que hay materias y actividades referidas a la actividad administrativa que están fijadas por leyes formales en virtud de que la propia Constitución dispone que, según el artículo 137 “La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen”.

El funcionario público no es libre de establecer cargos, grados, pasos, ascensos, egresos, etc., de manera “discrecional” porque ello forma parte de la actividad administrativa regulada exclusivamente por la Ley, no en sentido “místico”, ni “ideológico” como afirma el autor citado, sino por exigencias constitucionales. El autor pone como ejemplo los procedimientos de negociación colectiva para reglamentar las condiciones de trabajo en virtud del Convenio 98 de la OIT relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva, que es, efectivamente, Ley de la República, pero no hay duda, ni se niega la posibilidad de establecer por vía de negociación algunos aspectos de las “condiciones de trabajo” como ocurre con la previsión contenida en el artículo 25 de la Ley del Estatuto de aumentar la bonificación de fin de año por vía de negociación colectiva, pero en lo que respecta de la “índole de los servicios” y en virtud de la “actividad administrativa”, la legalidad debe siempre tener presente

como límite a la negociación colectiva tal como se desprende del artículo 32 *eiusdem*.

Argumentando más allá de las previsiones legales, dejar que cada organismo público pueda establecer por vía de negociación colectiva el ingreso de los funcionarios, ascensos, egresos, régimen disciplinario, actividades de fomento, planificación, incluso el servicio público mismo puede resultar francamente contraproducente en un Estado donde sus máximas autoridades tienen siempre carácter “temporal” en virtud del régimen de elecciones y la alternatividad que implica la democracia. Ello supone, y así lo demuestra nuestra historia reciente, que esas máximas autoridades no sienten ni amor ni apego por la función pública, están allí debido a la oportunidad y disfrutan el poder hasta tanto el pueblo les pase la factura correspondiente.

Reiteramos no se niega la posibilidad de regular por vía de negociación colectiva algunos derechos de los funcionarios públicos, pero no será posible regular los aspectos medulares como los señalados (y además constitucionalizados) por vía consensual. Por ello no compartimos la opinión del profesor Marín Quijada porque frente a lo convencional se encuentra el principio de legalidad que es, no sólo útil sino necesario, para mantener cierta orden y claridad en la actividad del Estado. La incorporación del funcionario, el ingreso a las filas de la función pública seguirá siendo un acto unilateral de la Administración en la medida en que se excluye del ámbito de la negociación colectiva o del establecimiento arbitrario. Acto-condición que frente a la realización del respectivo concurso público deviene en “obligación” para el ente público respectivo.

#### **2.2.3.3.4.2.1.2 Período de Prueba del Funcionario de Carrera**

Realizado el concurso, la persona seleccionada será nombrada en período de prueba. Su desempeño será evaluado dentro de un lapso que no exceda de tres meses. Superado el período de prueba, se procederá al ingreso como funcionario o funcionaria público de carrera al cargo para el cual concursó. De no superar el período de prueba, el nombramiento será revocado (art. 43). De este modo, para adquirir la condición de funcionario de carrera se exige: a) Haber sido seleccionado como ganador en el concurso público; b) recibir el nombramiento provisional para un período de prueba que no excederá de tres meses, al final del cual debe ser evaluado; c) designación como funcionario de carrera.

El *período de prueba* es una condición temporal fijada por la Ley para que el funcionario ganador de un concurso público y nombrado en un cargo de carrera pueda demostrar sus aptitudes y actitudes para el cargo, y dentro del cual será evaluado por el ente público para proceder a su designación como funcionario de carrera.

Según la norma que prevé el período de prueba resulta necesario que el ente público realice una *evaluación de desempeño* de la persona “nombrada” para proceder a su “designación” definitiva como funcionario de carrera. Conforme con ello el funcionario sólo adquiere tal condición cuando ha superado el período de prueba.

La persona que ha sido seleccionada como ganador en el concurso de ingreso a la carrera, comienza a prestar sus servicios en el cargo para el cual concursó, pero para ello recibe un “nombramiento provisional”, obviamente que ese nombramiento no lo hace ser un “funcionario de carrera”, pues para

ello será necesario que supere el período de prueba a través de la evaluación correspondiente. Se impone en este punto analizar la situación jurídica de esta persona: ¿Será un funcionario? ¿Es un funcionario de carrera provisional?

#### **2.2.3.3.4.2.1.3 Los Derechos exclusivos del Funcionario de Carrera**

Adquirida la condición de funcionario de carrera ésta no se pierde ni se extingue sino por “destitución” para lo cual se requiere la realización de un hecho o un acto prohibido por la Ley, la sustanciación de un procedimiento administrativo y la adopción de la medida disciplinaria por quien tenga atribuida la competencia. La condición de carrera hace asumir al funcionario un conjunto de situaciones favorables que constituyen el núcleo esencial y la razón de ser de esta clase de funcionarios:

- 1) La estabilidad funcional por el cual se garantiza la permanencia del funcionario en su cargo para posibilitar la carrera a través del sistema de ascensos (art. 30 LEFP);
- 2) El derecho al ascenso en los términos previstos en la Ley (art. 31) sobre el cual hemos hecho algunas consideraciones *ut infra*;
- 3) El derecho de sindicación colectiva, solución pacífica de los conflictos, negociación colectiva y huelga;
- 4) El derecho a la reincorporación en caso de que haya ocupado un cargo de alto nivel (art. 76) o de confianza.

Existen otros derechos, en cambio, que no son exclusivos sino que son “generales” en la medida en que se aplican a todos los funcionarios públicos (provisorios, temporales, contratados, de simple designación), entre ellos tenemos: 1) El derecho a la jubilación o pensión de vejez; el derecho a

los permisos y licencias en términos generales; la tutela a la maternidad y los permisos pre y postnatal; El derecho a percibir prestaciones sociales y seguridad social.

Las complejidades se presentan cuando los funcionarios inician su relación de empleo con una modalidad y luego pasan a ocupar cargos de carrera, por ejemplo, el funcionario de libre nombramiento que gane el concurso con posterioridad, o quienes han prestado servicios en virtud de un contrato y luego ingresan como funcionarios de carrera. En estos casos los derechos exclusivos de los funcionarios de carrera sólo se aplicarán desde el momento que adquieran tal cualidad, pero existen otros derechos para lo cual se aplicará la “continuidad” de la relación (p.ej. prestaciones sociales, jubilación, vacaciones, primas que tengan por base la antigüedad en el servicio, etc.). Todavía quedan dudas por resolver, como por ejemplo, si el personal contratado puede disfrutar de los beneficios de una convención colectiva de los funcionarios de carrera, o si el tiempo de servicio del personal obrero se computa en su antigüedad si pasan a ser funcionarios de carrera, entre otros.

La especulación teórica siempre será insuficiente para responder a la variedad de situaciones que se presentan en el empleo público, y sólo será posible establecer algunos lineamientos muy generales que nos permitan afrontar tales situaciones con mayor probabilidad de éxito; precisamente, a este complejo situacional que se desprende de las situaciones administrativas derivadas del «estatuto», y los derechos de los funcionarios públicos, serán abordados en los próximos dos capítulos.

#### **2.2.3.3.4.2.2 Definición Funcionarios de libre nombramiento y retiro**

La segunda categoría en importancia en el marco de la función pública administrativa está constituida por las personas que ocupan un “cargo” de Alto Nivel o de Confianza y que no pueden estar sujeta a la carrera sino que dependen directamente de la voluntad discrecional del funcionario competente para designarlo o retirarlo.

Son funcionarios de libre nombramiento y retiro aquellas personas designadas discrecionalmente por la autoridad administrativa para ocupar un cargo que requiere cualidades subjetivas especiales y que, en consecuencia, son nombrados y retirados libremente sin más limitaciones que las previstas en la Ley.

Advertimos, en primer lugar, que el funcionario de libre nombramiento se le suele distinguir como de “libre remoción” y, si bien el uso y la costumbre han impuesto esta denominación, hay que saber que estos funcionarios no se “remueven” sino que se “retiran” libremente por el ente público:

La situación de remoción que es privativa de los funcionarios de carrera, implica que se remueve al funcionario del cargo que venía ejerciendo pero aún está en servicio activo, sólo que se le coloca en situación de disponibilidad, durante un período determinado de un mes, con la finalidad que la Administración Activa lo reasigne a un cargo de similar jerarquía y requisitos de acceso que se encuentre vacante en nómina para ese momento. En virtud de lo anteriormente expuesto, a tales funcionarios llamados históricamente y por la nueva ley, con la imprecisión semántica en su denominación como funcionarios de “libre nombramiento y remoción” deberían ser llamados en realidad como funcionarios de “libre nombramiento y retiro. (Carlos Carrillo 2003: 76)

Otro aspecto que genera confusión y discusión es determinar si el carácter de “carrera” o de “libre nombramiento” es propio del *cargo* en sí mismo o si, por el contrario, sólo puede ser imputado a la *persona*, en cuyo caso no hay “cargos de carrera” sino “funcionarios de carrera”, y del mismo modo no habría “funcionarios de libre nombramiento” sino “cargos de libre nombramiento”. Esto se debe a que el artículo 146 constitucional dispone que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera, e inmediatamente dispone que “se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración”, lo cual genera inmediatamente las preguntas ¿Todos los cargos son de carrera?, pero ¿los cargos de libre nombramiento y retiro? ¿la excepción opera en relación con los “cargos”?

Hildegard Rondón de Sansó (2005: 96) comenta que nuestro ordenamiento jurídico equipara la noción de “cargo público” con la de “cargo de carrera”, lo cual es impropio, ya que no todos los cargos de la Administración Pública son de carrera, éstos son propios de las estructuras de las Administraciones en las cuales existe un sistema de carrera y, por ejemplo, los cargos de elección de naturaleza política y los propios del Poder Legislativo, no tienen tal carácter. Igualmente sostiene que la noción de “cargo de carrera” es un concepto equivocado porque *lo que es de carrera es el funcionario* y no el cargo, razón por la cual debería hablarse de cargo público de la Administración Pública y no de cargo de carrera, en contraposición con los cargos de libre nombramiento y remoción. En este sentido señala la autora:

Mayor error no ha podido ser enunciado porque en realidad la idea de cargo de carrera no existe lógicamente. Lo que existe son los *cargos* que debidamente definidos, clasificados, calificados e

incluidos en lo que se denomina un manual de cargos, indican cuáles son las tareas que le son propias; las condiciones para su desempeño; las facultades y las cargas que tiene su titular; el código que le corresponde en la clasificación general; el orden de las remuneraciones que le toca dentro de la escala de sueldos y todo lo concerniente a la identificación de una unidad operativa dentro de la estructura de la administración. Eso es lo que es un cargo. Ahora bien, dentro de esa noción de cargos hay algunos que están destinados a funcionarios de libre nombramiento y remoción. (Hildegard Rondón de Sansó, 2005: 96)

Existen cargos previstos en el Manual Descriptivos de Clases de Cargos que son ejercidos, unos por funcionarios de carrera y otros, por funcionarios de libre nombramiento y remoción, que son los llamados cargos de Alto Nivel y de Confianza, pero también existen otros cargos que no están previstos en el Manual que son ejercidos por funcionarios de elección popular, los cuales ejercen cargos públicos, pero su nombramiento depende de que dicho servidor haya pasado por un proceso especial de selección que se denomina “elección”, que no se encuentra regulado en la Ley del Estatuto, sino por normativa especial.

A nuestra manera de ver las cosas, la *ratio legis* del artículo 146 constitucional sólo indica la existencia de una “carrera” en la Administración pública a la cual sólo se accede a través del concurso, y se “exceptúan de esa carrera” otros cargos que pueden ser ejercidos como los de libre nombramiento, elección, contratados, obreros, etc. Reparemos que en el artículo 147 constitucional dispone que “para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerados es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente”. Esto nos confirma la idea de que, no se trata que *no haya otros cargos que no sean los de*

*carrera*, sino que la carrera supone unos cargos a los cuales sólo se ingresa a través del concurso público.

#### **2.2.3.3.4.2.2.1 Clasificación de los Funcionarios de libre nombramiento y retiro**

En la derogada Ley de Carrera Administrativa sólo refería a los funcionarios de libre nombramiento y remoción para incluir a los Ministros, Secretario General de la Presidencia, Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación “y los demás funcionarios de similar jerarquía designados por el Presidente de la República y los Gobernadores de los Territorios Federales”, y por otra parte se designaba con igual denominación a las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional, Directores Generales, Consultores Jurídicos “y demás funcionarios de similar jerarquía”, y sólo se refería a los funcionarios de Alto Nivel en el numeral 3º del artículo 4º al disponer: «Los demás funcionarios públicos que ocupen cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por la índole de sus funciones, el Presidente de la República mediante Decreto, excluya de la carrera administrativa, previa aprobación por el Consejo de Ministros».

Se trataba entonces de una limitación a una potestad “abierta” del Presidente de la República por lo que *sólo podría excluir de la carrera* y, en consecuencia, *crear cargos de libre nombramiento y remoción* a determinadas categorías de funciones y funcionarios que fueran de “Alto Nivel” o de “Confianza”. Veamos la nueva visión normativa de este aspecto.

El funcionario de Alto Nivel en la vigente regulación legal, determinándolo el artículo 20 quienes son los funcionarios de libre

nombramiento y remoción que “ocupan” un cargo de Alto Nivel dentro de los cuales se incluye las siguientes categorías: 1. El Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutivo; 2. Los ministros o ministras; 3. Los jefes o jefas de las oficinas nacionales o sus equivalentes; 4. Los comisionados o comisionadas presidenciales; 5. Los viceministros o viceministras; 6. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios; 7. Los miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales; 8. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía en los institutos autónomos; 9. Los registradores o registradoras y notarios o notarias públicos; 10. El Secretario o Secretaria General de Gobierno de los estados; 11. Los directores generales sectoriales de las gobernaciones, los directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía; y 12. Las máximas autoridades de los institutos autónomos estatales y municipales, así como sus directores o directoras y funcionarios o funcionarias de similar jerarquía.

El funcionario de Confianza, señalado en el artículo 21 nos ofrece una categoría de funcionarios de libre nombramiento y retiro francamente tautológica porque se refiere a los “Cargos de Confianza” que son aquellos que requieren un alto grado de confianza o confidencialidad. Esta noción dejaría de tener importancia y no pasaría de ser una nimiedad si no tuviese en su esencia una verdadera “trampa” contra la Constitución y un elemento de discrecionalidad solapada que va en contra de los derechos de los funcionarios públicos de carrera. La legislación anterior trataba de ponerle un freno a la “discrecionalidad” del Presidente de la República para que no mermara la carrera administrativa de un funcionario que, por el mero

capricho, fuera catalogado como de “confianza” con lo que perdería la estabilidad y el ascenso en su carrera.

Con la LEFP ha pasado a ser una “normalidad” por el cual pueden catalogarse como de “Confianza” a todas las personas que presten servicios en los despachos de los funcionarios de Alto Nivel; veamos la norma: «Artículo 21. Los cargos de confianza serán aquellos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros o viceministras, de los directores o directoras generales y de los directores o directoras o sus equivalentes. También se considerarán cargos de confianza aquellos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad del estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley».

Tal como está redactada la norma existirían dos modalidades de funcionarios de confianza: 1) En *sentido subjetivo* se trata de una persona que requiere un alto nivel de confianza y que presta sus servicios en los despachos de los funcionarios de Alto Nivel, esto es, las máximas autoridades de la Administración pública; 2) En *sentido objetivo* basta que las tareas de la persona se vincule con la seguridad del Estado, la fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras. Todas estas nociones son tan amplias y generales que bien pudiera pensarse que la secretaria o el archivista que trabaja en el despacho del Ministro tienen que ser “de confianza”, pero también el vigilante o la persona de la limpieza y por esa vía serían de confianza desde el portero hasta el mismo Ministro.

La segunda noción tampoco genera mayor seguridad porque las expresiones “seguridad del Estado” incluiría desde el militar de carrera como

a la secretaria y el personal de apoyo de una Comandancia; las tareas de “fiscalización” o “inspección” son tan generales que pudiera pensarse que todos los “fiscales” (incluyendo a los de tránsito terrestre) así como cualquier persona que inspeccione (los funcionarios de una Inspectoría del Trabajo) entran dentro de la calificación de “funcionarios de confianza”.

La generalización de las situaciones advertidas puede significar el fin de la carrera administrativa dejando sin efecto el mandato constitucional que eufemísticamente dispone que “los cargos en la Administración Pública son de carrera”.

El asunto está que los cargos de libre nombramiento significan que la autoridad competente puede darles ingreso sin ningún requisito adicional que no sean los generales necesarios para ejercer cargos públicos (nacionalidad, mayoría de edad, etc.), y del mismo modo también existe libertad para “retirarlos” de la Administración a la absoluta discrecionalidad de la autoridad respectiva, salvo dos situaciones muy específicas:

La primera que se trate de una funcionaria que se encuentre en estado de gravidez o en situación de maternidad, en cuyo caso la *discrecionalidad administrativa* cede ante un valor constitucional, y en consecuencia para retirarla deben existir motivos disciplinarios hasta vencer los lapsos de los reposos respectivos. Situación de muy dudosa aplicación en el supuesto de la protección por paternidad.

La segunda que se trate de un funcionario o funcionaria de carrera que haya estado ocupando el cargo de libre nombramiento, en cuyo caso se requiere la remoción del cargo y la gestión reubicatoria para poder retirarlo del servicio. Este sería propiamente el único personal de libre nombramiento

y remoción que, sin embargo, no puede ser retirado de la Administración hasta haber agotado la reubicación en otro cargo de similar jerarquía y remuneración.

Afortunadamente y al menos mediante declaración formal, los cargos de Alto Nivel y de Confianza requieren ser indicados previamente en los respectivos reglamentos orgánicos de los órganos o entes de la Administración Pública, reglamentos que debe establecer los “perfiles que se requieran para ocupar los cargos de alto nivel” (art. 53 LEFP). Tampoco hay que olvidar que esta clase de funcionarios carecen de la “permanencia”, estabilidad, derechos de sindicación, derecho al ascenso que son características del funcionario de carrera.

No hay duda que los niveles de dirección y de alta confianza en cualquier organización, sea pública o privada, excluye de la estabilidad laboral porque en ambos, la persona ocupa cargos que requieren la toma de decisiones determinantes en la actividad y comprometen seriamente el destino de las empresas o la prestación de servicios en el campo público. De allí que la aceptación de la protección por maternidad o paternidad a los funcionarios de Alto Nivel sea una situación realmente excepcional que excluiría, por ejemplo, a las Ministras o a Presidentes de Institutos Autónomos o Empresas del Estado, porque aquí el valor eficacia del ente público se superpone a una garantía relativa como es la maternidad.

Por último, reiteramos que los cargos o funcionarios de libre nombramiento y retiro, tienen carácter excepcional y restringido, a luz de las disposiciones constitucionales, pues como analizamos en el Capítulo anterior, la carrera es la “regla”, reputándose como inconstitucionales

aquellas pretensiones de “convertir” todos los cargos de la Administración en “cargos de libre nombramiento”:

Mayor contundencia en los argumentos no puede haber, pues la pretensión de las Administraciones pública y otros organismos, de considerar a todos sus funcionarios como de “libre nombramiento y retiro”, no tiene otra explicación que la alta discrecionalidad para nombrar y retirar, sobre todo cuando se exige lealtad y compromiso a una facción política.

#### **2.2.3.3.4.2.3 Funcionarios de Designación Especial**

Quienes aún sostienen que el funcionario público *es aquel que presta servicios a la Administración con carácter permanente*, sólo están mirando un aspecto del funcionariado público porque existe un universo bastante amplio de “funcionarios” que no prestan servicios a la rama “Ejecutiva” del Poder Público, y en muchos casos sus tareas tampoco son “permanentes”. Estos funcionarios presentan características que lo hacen pertenecer a una categoría en la que (i) no son de carrera y (ii) tampoco son de libre nombramiento, (iii) gozan de estabilidad en sus cargos de manera “temporal” y (iv) tienen específicas maneras de designación y egreso.

#### **2.2.3.3.4.2.4 Funcionarios por Elección Popular**

Son funcionarios por elección popular aquellas personas que hayan resultado victoriosas en un proceso comicial de carácter popular para acceder a determinados cargos que por disposición legal deben ser provistos de manera eleccionaria y en las condiciones de lugar, tiempo y modo estipulado en la ley.

Son funcionarios que pertenecen a esta categoría el Presidente de la República, Gobernadores de las Entidades Federales, Alcaldes, concejales, diputados a las Asambleas Legislativas estatales, y los diputados de la Asamblea Nacional. Lo característico de estos funcionarios puede ser resumido en los siguientes aspectos:

- i) La designación se realiza de conformidad con las respectivas leyes electorales y por los organismos competentes (Junta Nacional o Regional Electoral);
- ii) La duración de la función pública dependerá del cargo de que se trate y la posibilidad de reelección dependerá de lo que disponga la Constitución para las máximas autoridades de las Administraciones públicas, y las leyes reguladoras de los entes públicos regionales o locales;
- iii) Estos funcionarios gozan de una estabilidad especial en el ejercicio del cargo por lo cual no pueden ser removidos, destituidos ni retirados del servicio sino es mediante los mecanismos paralelos utilizados para su designación cosa que normalmente se hace a través del referendo revocatorio que la Constitución regula, aunque en casos muy excepcionales es posible el egreso de estos funcionarios por decisión judicial (anulación de las elecciones, sanción de carácter penal, inhabilitación para el desempeño del cargo, etc., que requiere siempre la intervención de los órganos jurisdiccionales);
- iv) También de manera excepcional una persona no electa popularmente puede ocupar el cargo respectivo cuando ocurra la vacancia absoluta por renuncia o cualquier otra causa de incapacidad (ello ocurre con el

Presidente de la Asamblea Nacional que puede ocupar el cargo de Presidente, o el Secretario de Gobierno para ocupar el cargo de Gobernador, o las reglas especiales que dispone la LOPPM en lo concerniente a los Alcaldes, cuya duración es de cuatro años según lo establece el artículo 82 *eiusdem* en relación con el Alcalde, los concejales y los miembros de las Juntas parroquiales.)

#### **2.2.3.3.4.2.5. Funcionarios de designación temporal**

Son funcionarios de designación temporal aquellas personas que sean nombradas o designadas por una autoridad competente previa la realización de cualquier modo de selección permitido por la Ley (concurso, sorteo, elección, simple designación) para determinados cargos públicos, pero sólo para un período predeterminado.

Dentro de esta noción se encuentran los funcionarios a nivel nacional como el Contralor, Defensor y Fiscal General de la República, pues conforme al postulado constitucional el Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano que es un órgano ejecutivo de aquel y cuya característica central es su carácter independiente con autonomía funcional, financiera y administrativa (art. 273 CRBV). Por otro lado, para la designación de los miembros del Poder Ciudadano el Consejo Moral Republicano convoca un Comité de Evaluación de Postulaciones integrado por representantes de “diversos sectores de la sociedad” y conforme al artículo 279 *eiusdem* adelantará un proceso público de selección de una terna por cada órgano del Poder Ciudadano, que será sometida a la consideración de la Asamblea Nacional. De esta terna la Asamblea Nacional mediante el voto favorable de las dos terceras partes de sus integrantes escogerá en un lapso no mayor de

treinta días continuos a los titulares de la Defensoría, Fiscalía y Contraloría General de la República, y solamente cuando no se cree el Comité de Evaluación de Postulaciones la designación la hará directamente la Asamblea Nacional aplicando el mismo quórum anterior.

Esta misma situación es predicable de los cinco miembros del Consejo Nacional Electoral que de conformidad con el artículo 296 constitucional durarán siete años en sus funciones y son designados en dos momentos diferentes: los postulados por la sociedad civil se designan al inicio de cada período de la Asamblea Nacional y los otros dos a la mitad del mismo, pero en todo caso todos los integrantes de este órgano “serán removidos o removidas por la Asamblea Nacional, previo pronunciamiento del Tribunal Supremo de Justicia”, pero curiosamente no se encuentra dentro de la enunciación de los funcionarios quienes merecen el antejucio de mérito previsto en el artículo 266.3 aludido, sin embargo la parte *in fine* del artículo 296 permite aplicar el paralelismo entre los miembros del Consejo Nacional Electoral como el Fiscal General, Defensor y Contralor de la República y en consecuencia también requerirían el antejucio de mérito señalado, tal como ha sido establecido positivamente en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de octubre de 2010 (art. 111).

Por otro lado, también encontramos a los funcionarios en el ámbito local: Síndico Procurador, Secretaria y Contralor Municipal.

## **2.2.4. La jubilación en Venezuela**

### **2.2.4.1. Precisiones conceptuales de la Jubilación**

La jubilación es una situación jurídica generada de una relación de empleo, que comporta variados efectos jurídicos en forma de un derecho fundamental para los ciudadanos y una obligación derivada de la seguridad social, y que a veces se comporta como un deber de los mismos titulares, y que consiste materialmente en una subvención económica producto de carácter contributivo, y que procura reforzar el bienestar material en el momento de la vejez.

La jubilación es una situación jurídica generada de una relación de empleo, pues que la jubilación no puede ser referida, exclusivamente, a un “derecho” de los individuos porque, a veces, tiene efectos obligatorios (jubilación de oficio); tampoco puede verse, exclusivamente, como una “obligación del Estado” porque existe la posibilidad que el obligado sea un particular. Tampoco nos podemos quedar con que se trata de un “beneficio” porque el propio titular ha “contribuido” a la conformación del fondo de donde se obtendrán las pensiones;

Destaquemos, sin embargo, que lo normal es que la jubilación se produzca como consecuencia de una relación de empleo, sea en el campo privado como en el sector público, a lo largo de cuya duración los sujetos vinculados podrán aportar a un fondo de pensiones destinadas para sufragar después las pensiones de jubilación.

La jubilación comporta variados efectos jurídicos en forma de un derecho fundamental para los ciudadanos y una obligación derivada de la

seguridad social, conforme a esto pensamos que la noción que más se acerca al núcleo esencial de la jubilación, es la “situación jurídica”, es decir, un “estado individual” que comporta una serie de “efectos” jurídicos tanto en cabeza del titular (derechos y obligaciones) como de los sujetos obligados (Estado o particulares). Al cumplir con los requisitos establecidos en una norma jurídica (ley, reglamento, contrato colectivo, etc.), nacen para cada uno de los sujetos vinculados, una serie correspondiente de deberes, obligaciones, derechos facultades y cargas;

Dentro de esos efectos, uno de los más importantes es que, la jubilación representa para su titular un “derecho fundamental”, esto es, un derecho humano positivado en la Constitución, que merece algunas consideraciones: i) el núcleo esencial sólo puede ser variado en leyes orgánicas; ii) merece una interpretación progresiva y extensiva; y iii) los operadores jurídicos están obligados a otorgarle una tutela reforzada.

En segundo lugar, la obligación que genera la jubilación, forma parte de la seguridad social, es decir, comporta uno de aquellos elementos de la “previsión” que debe tener la sociedad a través del Estado (como obligado primario), para asistir y ayudar a los ciudadanos en un momento de la vida en que requiere socorro y protección, como es la vejez.

La jubilación consiste materialmente en una subvención económica producto de carácter contributivo, y que procura reforzar el bienestar material en el momento de la vejez. La concreción de la jubilación es una prestación económica concreta que se manifiesta en una pensión periódica que proviene de un “fondo de pensiones”, que se ha formado con las contribuciones que han aportado tanto el empleador como el trabajador o funcionario, y que dependiendo de esa contribución, la pensión de jubilación

será mayor o menor. El fondo es un patrimonio separado y autónomo del capital de la empresa o del Fisco, y que debe tener su propia administración para generar mayores y mejores réditos a sus titulares;

El sistema de jubilación son esencialmente “contributivos”, no se trata de una dádiva del empleador, ni una gracia del Estado, sino un fondo que se va formando con los aportes que haga el empleador y el funcionario (o trabajador), durante la vida laboral efectiva.

#### **2.2.4.2. El régimen de jubilación en el sector público**

¿Es la jubilación un derecho? Quizás estamos tan acostumbrados a la cotidianidad que lo más frecuente es escuchar quienes hablan del «derecho a la jubilación» o el «beneficio de la jubilación». Empezando por el concepto, la institución genera dudas y complejidades.

Pues bien, una de las situaciones más fascinantes del Derecho de la función pública e incluso, en el sector privado, es determinar la naturaleza de la jubilación como institución jurídica. Unos miran a la institución como un “derecho subjetivo” de trabajadores (incluyendo a los funcionarios públicos), mientras que otros plantean que es una “obligación” del Estado a cargo de la seguridad social, e incluso hay quienes plantean que para el trabajador es un verdadero deber u obligación dado el carácter de obligatoriedad que ello comporta.

#### **2.2.4.3. Bases Constitucionales de la Jubilación**

En nuestro Derecho positivo, la previsión normativa de la jubilación encuentra en la Constitución una ubicación precisa:

Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello.

Esto evidencia que el texto constitucional de 1999 previó una protección particular a la vejez y consagró en cabeza del Estado la obligación de asegurar la efectividad de los derechos que a tal efecto se establecen, y como ha dicho la Sala Constitucional:

Consagró entre los derechos inherentes a los ancianos, el beneficio a la jubilación, con el objeto de proporcionarles un medio de vida digno a los trabajadores durante su vejez o incapacidad y así garantizarles un ingreso periódico tendiente a cubrir sus gastos de subsistencia. En este contexto, el derecho a la jubilación nace de la relación laboral entre el trabajador y el ente público o privado para quien prestó el servicio y se obtiene una vez cumplidos los requisitos de edad y tiempo de servicio en el trabajo, establecidos en las leyes que regulan la materia. Este derecho, si bien se origina en el ámbito de la relación laboral, es considerado como un derecho social enmarcado dentro de la Constitución y desarrollado por las leyes, que puede ser objeto de regulación por parte del Estado, regulación tendiente a garantizar la protección e integridad del individuo que lo ostenta.

Como bien lo dijo el maestro don Mario De la Cueva, recogidas sus palabras en las sentencias de la Sala Social:

El derecho del trabajo no puede contentarse con ofrecer al hombre una existencia digna en tanto pueda trabajar, para olvidarse después; esta actitud era propia del derecho civil, cuando el trabajo era estimado una mercancía intercambiable por dinero; el derecho del trabajo requiere resolver integralmente el problema humano, exige del hombre una labor útil y honesta y, a cambio de ella, le ofrece la seguridad de su presente y futuro. El derecho del trabajo tiene hoy un fundamento nuevo: El trabajo es un deber social, pero es fuente del derecho humano y éste consiste, en primer término, en el derecho a la existencia; por eso el derecho del trabajo tiene que asegurar la existencia del hombre, en el presente y en el futuro. (Mario De la Cueva, 1978: 183).

La jubilación tiene rango constitucional como parte de las garantías de las personas de la tercera edad, tal como se recoge en la Constitución, pues el artículo 147 ordena que «*La ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales*». En este sentido, la Sala Constitucional ha señalado que “no puede desconocer el valor social y económico que tiene la jubilación, pues ésta sólo se obtiene luego que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador, y conjugado con la edad –la cual coincide con el declive de esa vida útil– el beneficio de la jubilación se configura como un logro a la dedicación de un esfuerzo que se prestó durante años.

Así, se ha entendido que el objetivo de la jubilación es que su titular – que cesó en sus labores diarias de trabajo– mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que ahora

proviene de la pensión de jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez cónsona con los principios de dignidad que recoge el texto fundamental.

Con razón se afirma frecuentemente que la Constitución vigente desde 1999 ha instaurado una especial protección a los derechos sociales de los ciudadanos, y a tal fin dirige una serie de mandatos a los poderes públicos cuyo propósito es la protección de estos derechos y la creación de un sistema de seguridad social que tenga por objeto garantizar la salud de las personas y la protección de las mismas en contingencias sociales y laborales.

Se vincula, entonces, el régimen de jubilación con el sistema de seguridad social en cuya tarea el Estado se encuentra en mora, pero que por ahora, se encuentra regulado en la mencionada Ley del Estatuto de Pensiones y Jubilaciones, y según se colige del artículo 86 constitucional; a juicio de la misma Sala, la jubilación se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social que reconoce el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –artículo 94 y 2 de la Enmienda de la Constitución de 1961– como pensión de vejez para la persona que cumplió con los requisitos de edad y años de servicio para que sea beneficiaria de tal beneficio de orden social, pues su espíritu es, precisamente, garantizar la calidad de vida del funcionario público o trabajador privado, una vez que es jubilado. Y sobre la seguridad social apuntó:

Sala Constitucional: *Sentencia nº 3 de 25 de enero de 2005* (Luis Rodríguez Dordelly y otros en recurso de revisión, exp.04-2847) [Iván Rincón Urdaneta]: El concepto de seguridad social consagrado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe ser entendido como un sistema que abarca toda una estructura que integra entes de derecho público –

sistema de asistencia y seguridad social, configurado bajo el régimen único de seguro social entendido, en su acepción tradicional– al igual que el régimen privado, cuyo objeto común es garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los ciudadanos titulares del derecho a pensiones y jubilaciones. En consecuencia, resulta obligatoria la aplicación del artículo 80 de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive aquellos derivados de las contrataciones colectivas o laudos arbitrales, como es el caso, determinando que, según lo dispuesto en dicha norma, el monto que pagan los sistemas alternativos de jubilaciones y pensiones a sus beneficiarios no puede ser inferior al salario mínimo urbano. En este contexto cabe destacar que, el principio de la Seguridad Social es de orden público y no se puede modificar ni por convención colectiva ni por convenio entre particulares.

Esta vinculación del régimen de jubilación con el sistema de seguridad social, aplicable tanto a los trabajadores del sector privado como a los funcionarios públicos, explica el artículo 27 de la LEFP “Los funcionarios y funcionarias públicos nacionales, estatales y municipales, tendrán derecho a su protección integral a través del sistema de seguridad social en los términos y condiciones que establezca la ley y los reglamentos que regulan el Sistema de Seguridad Social”.

#### **2.2.4.4.- Convenios Internacionales**

##### **Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la norma mínima de la seguridad social**

Este convenio internacional, celebrado en Ginebra, Suiza, en 1952, fue ratificado por Venezuela en 1982; en éste se expresa lo relativo a prestaciones sociales de los trabajadores y trabajadoras de los países que lo adoptan. En la quinta parte de dicho convenio, están establecidas las prestaciones relativas a la vejez, en donde el artículo 25 del mismo indica que los miembros de la organización que estén en vigor el convenio deberá “garantizar a las personas protegidas la concesión de prestaciones de vejez” (OIT, 1952). Es así como, los artículos del 25 al 30 del mencionado convenio, establece la base internacional para la jubilación dentro de la seguridad social de los países miembros que adopten esta norma, como el caso de Venezuela, quien ratifica la misma para el año de 1982.

#### **2.2.4.5.- Bases Legales de la Jubilación**

Este se refiere al conjunto de instrumentos jurídicos que contienen principios, reglas y normas jurídicas con la finalidad de establecer un orden cierto, seguro y congruente en la relación de empleo público de los ciudadanos con los órganos y entes del Poder Público. Entre estos instrumentos jurídicos que regulan la materia concerniente a la función pública, se pueden mencionar:

##### **2.2.4.5.1.- Ley del Estatuto de la Función Pública según Gaceta Oficial nº 37.522 de fecha 6 de Septiembre de 2002**

Esta ley de acuerdo a su artículo 1 “viene a regir las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales”.

Con respecto a la jubilación, esta ley prevé en su artículo 78, numeral 4°, que la jubilación es una de las formas para la terminación de la relación laboral.

**2.2.4.5.2.- Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios según Gaceta Oficial nº 5.976, extraordinario de fecha 24 de Mayo de 2010**

La jubilación de los funcionarios, funcionarias, empleados y empleadas de la administración pública, estará regida por esta ley, la cual indica los requisitos para la misma y la caracteriza como un derecho. A continuación se señalan los artículos 2° y 3° de la mencionada ley:

Artículo 2°. Quedan sometidos a la presente Ley los siguientes órganos y entes:

1. Los Ministerios del Poder Popular y demás organismos de la Administración Central de la República.
2. La Procuraduría General de la República.
3. Los estados y sus entes descentralizados.
4. Los municipios y sus entes descentralizados.
5. Los institutos autónomos y las empresas en las cuales alguno de los organismos del sector público tenga por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de su capital.
6. Las fundaciones del Estado.

7. Las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas.

8. Los demás entes descentralizados de la Administración Pública Nacional, de los estados y de los municipios.

Artículo 3°. El derecho a la jubilación se adquiere mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Cuando el funcionario, funcionaría, empleado o empleada haya alcanzado la edad de sesenta años, si es hombre; o de cincuenta y cinco años, si es mujer, siempre que hubiere cumplido, por lo menos, veinticinco años de servicio; o

2. Cuando el funcionario, funcionaría, empleado o empleada haya cumplido treinta y cinco años de servicio, independientemente de la edad.

Parágrafo Primero. Para que nazca el derecho a la jubilación será necesario en todo caso, que el funcionario, funcionaría, empleado o empleada haya efectuado no menos de sesenta cotizaciones mensuales. De no reunir este requisito, la persona que desee gozar de la jubilación deberá contribuir con la suma única necesaria para completar el número mínimo de cotizaciones, la cual será deducible de las prestaciones sociales que reciba al término de su relación de trabajo, o deducible mensualmente de la pensión; o jubilación que reciba, en las condiciones que establezca el Reglamento de esta Ley.

Parágrafo Segundo. Los años de servicio en exceso de veinticinco serán tomados en cuenta como si fueran de años de edad, a los fines del cumplimiento del requisito establecido en el numeral 1 de este artículo, pero no para determinar el monto de la jubilación.

#### **2.2.4.6.- Modalidades de la jubilación**

Tradicionalmente se afirma que la jubilación es un “derecho” y, en otras tantas acepciones, se afirma que es un “beneficio”; mirado así el asunto, no pareciera haber mayores complicaciones. Sin embargo, el asunto

no es tan claro, porque si se trata de un “derecho subjetivo” entonces nunca podrá hablarse de “jubilación obligatoria”, es decir, si se trata de un “beneficio” ¿Cómo “obligar” a alguien a que sea “beneficiado”? ¿Será esto una muestra de “discriminación” en el empleo por razones de edad? Estas jubilaciones “obligatorias” o “de oficio”, ¿no significa una violación a la Constitución?, porque recordemos que el artículo 80 dispone “A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello”.

Sin embargo, la otra cara del prisma está en la necesidad de crear, en la función pública, una “generación de relevo”, y el ingreso de otras personas que, también, tienen un legítimo derecho a hacer carrera en los entes públicos, de esta manera dejar a la entera voluntad del funcionario o un trabajador, la decisión para acogerse o no a la jubilación, pudiera ser una traba para formar esa generación de relevo, y además que, quiérase o no, la edad avanzada hace disminuir las capacidades de respuesta, eficacia y eficiencia en algunos cargos públicos.

Esta problemática nos obliga a ofrecer algunas reflexiones sobre estas dos maneras de ver el tema de la jubilación que, no por otra razón, no hablamos de “derecho” sino de “situación” de jubilación.

#### **2.2.4.6.1.- Jubilación ordinaria o voluntaria**

La jubilación ordinaria se manifiesta como el derecho que adquiere un trabajador o funcionario público, cuando ha cumplido los requisitos exigidos en la ley en cuanto a la edad, años de servicio, y cotizaciones para que pueda percibir una pensión dineraria de carácter vitalicia e irrenunciable.

Al tratarse de un “derecho” resulta evidente que debe tener carácter “voluntario”, porque resulta incongruente que a alguien se le “obligue” a ejercer un derecho o a optar a un “beneficio”. Lo cierto es que, bastará que el trabajador o funcionario cumpla con estos requisitos, previstos en el artículo 3° de la Ley del Estatuto de Pensiones, para que se “adquiera” el “derecho a la jubilación”, entendiendo que se trata de requisitos mínimos, y con la salvedad de que exista algún otro régimen, por ejemplo contractual, e incluso aquellos regímenes de jubilación que pueden dictar algunos órganos con “autonomía funcional” (Fiscalía, Contraloría o Defensor del Pueblo) puedan establecer.

El Reglamento de la Ley del Estatuto de Pensiones establece, en su artículo 7°, los requisitos que debe llenar la solicitud del funcionario o empleado que tenga derecho a la jubilación, entre otros, hacer la solicitud ante la máxima autoridad con seis meses de anticipación, y acompañar algunos documentos como la partida de nacimiento, constancia de cargos desempeñados, relación de los sueldo de los dos últimos años de servicio, etc.

#### **2.2.4.6.2.- Jubilación forzosa o de oficio**

Entendemos que la jubilación obligatoria, forzosa o de oficio es aquella que proviene de la decisión de la máxima autoridad administrativa sobre aquel funcionario o empleado que, habiendo cumplido con los requisitos de la jubilación ordinaria, no haya realizado su solicitud. Esta modalidad tiene su base jurídica en la propia Ley del Estatuto de Pensiones al establecer en el artículo 11, que «el funcionario o funcionaria, empleado o empleada no podrá continuar en el servicio activo una vez superado el límite máximo de edad establecido en el artículo 3»,

salvo que se trate de cargos de libre nombramiento y retiro previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, o en cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales.

Por otro lado, el artículo 6° del Reglamento de la Ley del Estatuto de Pensiones que establece: “La jubilación puede ser acordada a solicitud de interesado o de oficio”. Conviene, sin embargo, hacer alguna observación sobre lo previsto en el artículo 9° del mismo Reglamento: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley del Estatuto, la Oficina de Personal respectiva tramitará de oficio y someterá a la aprobación de la máxima autoridad del organismo de la máxima autoridad del organismo o ente, la jubilación del funcionario o empleado que reuniera los requisitos necesarios para su otorgamiento y que no hubiere formulado la solicitud respectiva. En el caso previsto en el párrafo 2° del artículo 3° de la Ley del Estatuto, únicamente se procederá a instancia de parte interesada”

Se deja a la Oficina de Recursos humanos, la tramitación de oficio de la jubilación de algún funcionario, y someterla a la aprobación de la máxima autoridad; además, la única limitación que se prevé para la jubilación obligatoria es que se trate de funcionarios que no hayan cumplido con el número mínimo de cotizaciones que, como vimos, es de sesenta, en cuyo caso se procederá siempre a instancia de parte interesada, y ello es así porque, las cotizaciones que falten, podrá ser deducida de las prestaciones sociales que reciba al momento de terminar la relación de empleo.

La aceptación de la jubilación obligatoria no ha sido pacífica, ni mucho menos controvertida, pues, como precisa Martín Rebollo “a pesar del origen de su nombre, la jubilación no siempre es equivalente a júbilo” (2007: 256), y es que muchos autores, plantean que, en la jubilación forzosa u obligada,

impuesta directamente por una norma legal o por un convenio colectivo, es que en realidad se elimina la libertad fundamental al trabajo, o se da pábulo al libérrimo y facultativo desistimiento empresarial, que ordinariamente debiera tener la consideración de despido libre o no causal, en cuanto que el empresario no tiene que aducir una «justa causa» para extinguir unilateralmente el contrato de trabajo.

En el caso de los convenios colectivos que prevén la jubilación forzosa del trabajador, estos «no imponen el cese ni el desistimiento empresarial, sino que, en realidad, lo que hace es atribuir al empresario una facultad extintiva en base a la mencionada causa», que además «no prescribe» pues «el ejercicio de la mencionada facultad empresarial no está sometido a plazo, por lo que, de no ejercitarse en el momento del cumplimiento de la edad de jubilación, nada impide que se haga posteriormente» (Mella Méndez, 2007: 1332).

Por otro lado, otros autores como Correa Carrasco, opinan que “el derecho de un trabajador individual a permanecer en un puesto de trabajo hasta que, voluntariamente, decida abandonarlo, debe ser amparado, pero, en buena lógica, también ha de ser susceptible de someterse a límites que, como la edad, pueden entenderse objetivos y razonables en la medida en que encuentran fundamento en la realización de otros principios y valores constitucionales” (Correa Carrasco, 2005: 57).

#### **2.2.4.6.3.- Jubilación Especial**

Otro modo de obtener la jubilación es por mecanismos “no ordinarios”, y precisamente por ello se conoce con esta designación.

Hablamos de jubilación especial aquella que otorga el Presidente de la República o la máxima autoridad que permita algún otro régimen de jubilación, bajo el supuesto de que el trabajador o funcionario tenga más de 15 años de servicio pero no cumplen con los requisitos de edad y tiempo exigido ordinariamente, en circunstancias excepcionales que los justifique.

Este modo de jubilación está previsto en el artículo 6° de la Ley del Estatuto de Pensiones y exige que se calcule igual a la jubilación ordinaria, pero que se publique en la Gaceta Oficial de la República. De conformidad con el artículo 14 del Reglamento de la Ley del Estatuto de Pensiones pareciera no admitir jubilaciones especiales con carácter obligatorio, pues al regular el trámite de las mismas establece que hay que acompañar la “solicitud”.

#### **2.2.4.6.4.- Jubilación Contractual**

No podemos pasar por alto, la circunstancia por la cual un trabajador o funcionario haya adquirido el beneficio de jubilación al amparo de una convención colectiva de trabajo, y ello antes de la Constitución que estableció la “nacionalización” y la “legalidad” de los regímenes de jubilación en el país. Sobre esto nuestro Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido posiciones encontradas y ambivalentes, pues en algunos casos le ha otorgado validez y en otros, sencillamente han decidido que los regímenes contractuales de jubilación han quedado derogados. Sobre este aspecto destacaremos dos líneas de afirmación que ha hecho nuestro Máximo Tribunal:

- 1) El nuevo régimen legal de la jubilación se aplica sobre las convenciones colectivas, aun cuando éstas sean económicamente más favorables, según la Sala Social;
- 2) Un derecho a la jubilación adquirida con anterioridad a la nacionalización y unificación de los sistemas de jubilación, debe respetarse en función de los derechos adquiridos.

#### **2.2.4.7.- Ámbito subjetivo y requisitos de la Jubilación en la función pública**

Veamos que la Ley de Pensiones prevé tanto los entes públicos sometidos a su normativa y los requisitos que deben cumplir los funcionarios que opten a ser titulares del derecho. En primer lugar, el artículo 2° de la Ley dispone el elenco de entes públicos sometidos a su regulación:

1. Los Ministerios del Poder Popular y demás organismos de la Administración Central de la República.
2. La Procuraduría General de la República.
3. Los estados y sus entes descentralizados.
4. Los municipios y sus entes descentralizados.
5. Los institutos autónomos y las empresas en las cuales alguno de los organismos del sector público tenga por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de su capital.
6. Las fundaciones del Estado.
7. Las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas.
8. Los demás entes descentralizados de la Administración Pública Nacional, de los estados y de los municipios.

Mucho se ha discutido, si los organismos no enunciados en el listado anterior, quedan excluidos de la Ley, o si pueden establecer regímenes especiales de jubilación. El cuestionamiento presenta dos aristas que deben ser superados: 1) por la universalidad del sistema de seguridad social ningún organismo público puede, legítimamente, ser excluidos de la Ley de Pensiones a pesar de que no se encuentre enumerado en el artículo 2°; y 2) por mandato constitucional, el establecimiento de regímenes especiales de jubilación sólo puede hacerse a través de una ley nacional, con lo cual devienen en “ineficaces”, tanto las leyes de los estados que establecían regímenes propios de jubilación, como las mismas convenciones colectivas de trabajo.

#### **2.2.4.7.1.- Nacionalización y universalidad de la jubilación**

Dado el principio de universalidad del sistema de la seguridad social, la jubilación como una de sus tantas manifestaciones, no puede consentir en que haya algún sector del funcionariado público, que no se encuentre, fáctica o potencialmente, amparado por la legislación especial. Esto nos lleva a pensar que la enumeración prevista en el artículo 2° de la Ley, es de carácter “enunciativa” y no limitativa de su propio ámbito subjetivo.

En segundo lugar, en cuanto a la nacionalización, la norma contenida en el artículo 147 constitucional obliga a que «La ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales». De donde se desprende que los regímenes de jubilación establecidos en leyes estatales, ordenanzas municipales, o en contratos colectivos coliden expresamente con el mandato constitucional.

La Sala Constitucional ha mantenido posiciones encontradas o, al menos diferentes, en relación con la vigencia de las leyes que hubieran establecido regímenes de jubilación, y así puede verse en la Ley de Jubilación de Pensiones del Estado Lara cuya nulidad fue declarada en *sentencia n° 359/2000, de 11 de mayo de 2000*, bajo el argumento de la «usurpación de funciones» en que incurrió la Asamblea Legislativa del Estado Lara; de igual forma, la nulidad de los artículos contenidos en la Ley Orgánica de la Contraloría del Estado Bolívar que se referían a la jubilación, y cuya nulidad fue declarada en *sentencia n° 450/2000, de 23 de mayo de 2000*; cuestión que se reiteró en la sentencia de 1° de junio de 2000 en relación con la nulidad de la Ley de Previsión Social de los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Delta Amacuro.

#### **2.2.4.7.2.- Posibilidad de Regímenes especiales reglamentarios**

A pesar de la claridad del mandato constitucional sobre la reserva legal en este tema, y con injustificado abandono de su propio criterio, la Sala Constitucional estableció la posibilidad de que los órganos con “autonomía funcional” puedan establecer regímenes de jubilación al margen de la Ley nacional de pensiones.

De manera que la Sala reconoció una supuesta potestad reglamentaria atribuida directamente por la Constitución, a los órganos con autonomía funcional (por ejemplo la Contraloría General de la República), supuestamente también con base en el artículo 287 de la Constitución; sin embargo, la norma donde está atribuida directamente esa potestad, establece “La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de

autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control”.

El argumento es tan débil como insustentable, no existe ninguna norma donde directamente se le otorgue la posibilidad que la Contraloría General de la República legisle en materia de jubilaciones, al contrario una interpretación conforme con el artículo 147 estaría en pensar en que, si la Constitución le quitó la competencia a entes, verdaderamente autónomos, como los Estados y Municipios, y esa era su voluntad constitucional, entonces no pudiera el intérprete pensar una cosa diferente. Tampoco es cierto que en tal artículo 147 se refiera sólo a la Administración pública y excluya a la Contraloría General de la República, y si así fuere, tampoco era una necesidad, porque en muchas otras disposiciones la Constitución utiliza la expresión «Administración pública» cuando, en verdad, se refiere al «Estado» como un todo, y sólo a manera de ejemplo tenemos el artículo 140 en materia de responsabilidad. El mismo criterio, lo utiliza tres años más tarde en relación con la Fiscalía General de la República.

Con respecto de la invocada “autonomía funcional”, se refiere a la independencia que respecto a los demás poderes se le ha conferido, en virtud de las importantes funciones de control que debe ejercer. En otras palabras, tal independencia implica la ausencia de subordinación jerárquica, mas en modo alguno su no sujeción a las leyes emanadas de la Asamblea Nacional.

No sólo la Contraloría y la Fiscalía violan el mandato constitucional previsto en el artículo 147, sino también la propia Sala Constitucional. No se trata de que no pueda existir regímenes de jubilación diferentes del previsto

en la Ley nacional de Pensiones, sino que tal posibilidad debe ser obra del legislador nacional, tal como se colige también del artículo 4 de la Ley nacional de pensiones, y si atendemos que la jubilación forma parte del Estatuto de la función pública, también el artículo 1° ordena que «Sólo por leyes especiales podrán dictarse estatutos para determinadas categorías de funcionarios y funcionarias públicos o para aquellos que presten servicio en determinados órganos o entes de la Administración Pública».

Reparemos que la Sala Constitucional afirma que el mismo legislador dentro del marco de la Constitución de 1999, ha previsto la existencia de regímenes especiales de pensiones y jubilaciones a los órganos que constitucionalmente tienen autonomía funcional, al facultarlos mediante ley para que dicten sus propias normas, en verdad, no hay ninguna “ley” que prevea lo que está señalando la Sala, y si se refiere a que tales regímenes deban ser regulados “por ley”, entonces los Reglamentos internos son inconstitucionales cuando versen sobre regímenes de jubilación diferentes del establecido en la Ley del Estatuto de Pensiones y Jubilaciones.

#### **2.2.4.7.3.- Establecimiento de las pensiones, revisión y actualización**

La pensión de jubilación es un producto de una operación matemática cuyas variables son: a) el salario base de cálculo; b) años de servicio; y c) la contribución efectuada por el titular beneficiario (60 cotizaciones al fondo de pensiones). Para ser acreedor o titular del derecho debe cumplirse con los extremos exigidos por la Ley, en su artículo 3°, según el cual el derecho a la jubilación se adquiere mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Cuando el funcionario, funcionaria, empleado o empleada haya alcanzado la edad de sesenta (60) años si es hombre, o de cincuenta y cinco (55) años si es mujer, siempre que hubiere cumplido, por lo menos, veinticinco (25)

años de servicios; ó 2. Cuando el funcionario, funcionaria, empleado o empleada haya cumplido treinta y cinco (35) años de servicio, independientemente de la edad.

#### **2.2.4.7.4.- Fijación del salario a los efectos de la pensión**

En cuanto al salario que debe tomarse en cuenta para realizar el cálculo de la pensión, está previsto en el artículo 9° de la Ley, al disponer que «El monto de la jubilación que corresponda al funcionario, funcionaria, empleado o empleada será el resultado de aplicar al sueldo base, el porcentaje que resulte de multiplicar los años de servicio por un coeficiente de 2.5. La jubilación no podrá exceder del ochenta por ciento (80%) del sueldo base»; y en cuanto al sueldo, se establece que «Artículo 8°. El sueldo base para el cálculo de la jubilación está definido en el artículo 7° donde se dispone “A los efectos de la presente Ley, se entiende por sueldo mensual del funcionario, funcionaria, empleado o empleada, el integrado por *el sueldo básico y las compensaciones por antigüedad y servicio eficiente*. En el Reglamento de esta Ley se podrán establecer otros elementos de sueldo, según las características del organismo o del empleo”.

De igual manera, el artículo 15 del Reglamento de la Ley del Estatuto de Pensiones, establece que: «La remuneración a los fines del cálculo de la jubilación estará integrada por el sueldo básico mensual, por las compensaciones por antigüedad y servicio eficiente y por las primas que respondan a estos conceptos. Quedan exceptuados los viáticos, las primas por hijos, así como cualquier otra cuyo reconocimiento no se base en los factores de antigüedad y servicio eficiente, aunque tengan carácter permanente»

Siempre resultará complicado saber si una prima determinada tiene «su base» en la “antigüedad” o “servicio eficiente”, porque los entes públicos son muy creativos para inventar “primas” -y ello sin vínculo de consanguinidad- sin aumentar el sueldo básico de los funcionarios públicos. De esta manera, en algunos organismos se cancela el “bono por antigüedad” que, a no dudar, la misma denominación hace pensar que es parte integrante del salario a los efectos, tanto del pago de las prestaciones sociales, como para la estimación de la pensión de jubilación; pero, en otros casos, la situación no es nada clara.

En un caso resuelto por un Juzgado Regional de lo Contencioso Administrativo, la querellante solicitaba el reajuste de la pensión con base en que «(...) se obviaron las cantidades percibidas como bono quincenal de confianza (29% del sueldo integral) y bono quincenal de ajuste de alto nivel (7,1% del sueldo integral) (...)». Sin embargo, el tribunal decidió:

Juzgado Superior Sexto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital: *Sentencia de 30 de octubre de 2007* (María Mercedes Quintero de Pérez vs Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales): Debe indicar este Tribunal, que ciertamente, la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios establece en su artículo 7 y en el artículo 15 de su Reglamento cuales son los elementos para el cálculo de la Pensión de Jubilación, siendo estos el sueldo básico mensual, las compensaciones por antigüedad y el servicio eficiente, así como las primas que correspondan por estos conceptos, mientras que los bonos y prima en los que pretende soportar su pretensión la parte actora, como lo son ‘Bono Quincenal de Confianza; Bono Quincenal de Ajuste de Alto Nivel y Prima de Profesionalización Quincenal’, son ajenos y distintos y no están contenidos dentro de los elementos

a considerar para calcular el sueldo base, el cual debe ser fijado por la administración conforme a una escala que debe ser previamente fijada por el Ministerio del ramo, debiendo entender que cualquier incremento en las remuneraciones de los funcionarios, que no constituyan los conceptos de sueldo base y compensación por antigüedad y servicio eficiente, no podrán ser computados, ni para el cálculo de la pensión de jubilación, ni para su posterior homologación.

En este mismo orden de ideas, la segunda parte del artículo 147 Constitucional establece que: 'Las escalas de salarios en la Administración Pública se establecerán reglamentariamente conforme a la Ley', y el artículo 55 de la Ley del Estatuto de la Función Pública señala que el sistema de remuneraciones que deberá aprobar mediante Decreto el Presidente de la República, previo informe favorable del Ministerio de Planificación y Desarrollo, establecerán las normas para la fijación, administración y pago de sueldos iniciales; aumentos por servicios eficientes y antigüedad dentro de la escala; viáticos y otros beneficios y asignaciones que por razones de servicios deban otorgarse a los funcionarios públicos. En tal sentido, mientras que no sea debidamente aprobado dentro de las escalas de sueldos, como sueldo base, aún cuando un bono o compensación sea permanente, el mismo no formará parte o servirá para computar el sueldo básico, pues tales conceptos forman parte del sueldo integral. *En consecuencia dichos bonos y primas deben considerarse como parte del denominado 'salario integral' conforme las nociones laborales, y no puede considerarse como parte del sueldo base, toda vez que el mismo no ha cubierto las condiciones que por mandato constitucional, impone la Ley. (...) si bien pueden ser beneficios laborales del empleado, no pueden contravenir la expresa reserva legal a que está sometida, y en consecuencia, no pueden formar parte del cómputo a los efectos de la jubilación, por cuanto no forman parte del sueldo básico y así se decide.*

Esta decisión fue recurrida en revisión por ante la Sala Constitucional quien en *sentencia n° 456/2010, de 20 de mayo de 2010* (María Mercedes

Quintero de Pérez en recurso de revisión, exp. 10-0205) (Luisa Estella Morales), concluyó que no había vulnerado ninguna norma constitucional. Sólo advertiremos a la solución dada que, el problema no es si un determinado bono o prima, forma parte del “sueldo base” del funcionario, pues aquí tiene razón la sentencia al afirmar que el aumento que se haga del mismo debe emanar del Presidente de la República; el punto es saber si una prima o bono tiene vinculación o no, con la “antigüedad” o la “eficiencia”, pues en este caso sí debe ser tomado en cuenta no como parte del sueldo base sino como los complementos que deben tomarse en cuenta para fijar el monto de la pensión de jubilación.

Y en fin, la pensión se obtiene dividiendo entre veinticuatro (24) la suma de los sueldos mensuales devengados por el funcionario, funcionaria, empleado o empleada durante los dos últimos años de servicio activo. Recordemos que la pensión de jubilación tiene naturaleza alimentaria porque, se entiende que, con ella, se podrá sufragar las necesidades básicas del jubilado y su núcleo familiar; la Sala Constitucional en *decisión n° 3.476/2003, de 11 de diciembre de 2003*, dejó establecido que la pensión de jubilación, por definición, «debe ser calculada sobre la base de los últimos sueldos que percibió el beneficiario de la misma, invocándose la concepción de naturaleza alimentaria con que está investida la pensión de jubilación, advirtiéndose inclusive que constitucionalmente está garantizada su equiparación al salario mínimo, toda vez que la misma permite al trabajador pensionado, por lo menos, la satisfacción de sus necesidades fundamentales y las de su núcleo familiar, dentro del principio de justicia social que informan al derecho del trabajo y a la seguridad social». Y concluye señalando que dicha pensión debe estar en sintonía con los principios esenciales que informan la noción de salario, y en tal sentido, su base de cálculo debe sustentarse al menos, con la remuneración que le permite al

trabajador y a su familia una existencia humana y digna, es decir, aquella que recibe de manera regular y permanente por la prestación de sus servicios, por lo que, más allá de la intención de las partes (individual o colectiva), debe atenderse a esta particular naturaleza jurídica de la pensión de jubilación.

Por otro lado, ha sido complicado saber si, el bono vacacional y la bonificación de fin de año, deben ser considerados dentro de la noción de sueldo que se maneja en la Ley. La Sala Político-Administrativa, tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la manera de entender esta norma:

Sala Político-Administrativa: *Sentencia n° 781 8 de julio de 2008* (Antonio Suárez y otros, en recurso de interpretación, exp. 2006-1246) [Evelyn Marrero Ortiz]: Ahora bien, respecto a la interpretación solicitada, se observa que la duda de los recurrentes radica en determinar si los elementos salariales, tales como la bonificación de fin de año y el bono vacacional, pueden ser incorporados en el sueldo mensual para el cálculo de la pensión de jubilación del funcionario público, establecido en el artículo 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. (...) De esta manera, considera la Sala que a los fines de la interpretación solicitada debe atenderse a la noción de sueldo establecida en el artículo 7 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios y no al concepto de salario previsto en el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues, como bien se señaló, la primera es la ley especial que regula el beneficio de jubilación y pensión de los funcionarios de la Administración Pública. (...)

La primera separación importante que hace la Sala es el sueldo a los efectos de la jubilación y la noción de salario que utiliza la Ley especial de pensiones y jubilaciones, y parte de una afirmación de fe, y es afirmar que se trata de nociones diferentes solamente basado en que la ley de pensiones es una “ley especial”. Criterio que es rebatible si se piensa que, en materia de salario, la “especialidad” recae en la Ley Orgánica del Trabajo.

Conforme al criterio de la Sala, la compensación por antigüedad y la compensación por servicio eficiente, forman parte del “sueldo” a los efectos del cálculo de la pensión. Con respecto del bono vacacional que según la Sala “es considerado como una compensación otorgada a los funcionarios que hayan prestado sus servicios por un año ininterrumpido”, sin embargo, afirmó:

El bono vacacional coadyuva al disfrute del período de descanso que le corresponde al trabajador, por lo cual es pagado anualmente al funcionario en la oportunidad en que efectivamente hace uso de dicho tiempo. Ahora bien, los recurrentes pretenden se incluya el monto correspondiente al bono vacacional en la suma de los sueldos utilizados como base para el cálculo de la pensión de jubilación, lo cual hace necesario atender a lo previsto en el artículo 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. En este sentido, se aprecia que dicha norma dispone que el sueldo base para el cálculo de la jubilación «se obtendrá dividiendo entre veinticuatro (24) la suma de los sueldos mensuales devengados por el funcionario o funcionaria, empleado o empleada durante los dos (2) últimos años de servicio activo». (Resaltado de la Sala).

Como se observa, la intención del Legislador no fue incorporar las bonificaciones pagadas anualmente a los efectos del cálculo de la pensión jubilatoria, pues la

norma es clara al establecer que el sueldo base para el cálculo de dicha pensión de jubilación es el devengado por el funcionario o funcionaria, empleado o empleada, mes a mes en sus últimos dos años de servicio activo. De esta manera, concluye la Sala que al ser el bono vacacional una compensación pagada una sola vez al año, queda excluida de los elementos integrantes del sueldo base para el cálculo de la pensión de jubilación.

En relación con la bonificación de fin de año, se trata de una cantidad de dinero recibida por todo funcionario anualmente, independientemente de que sean activos o jubilados, calculada sobre la base de su sueldo mensual, siendo susceptible de aumentar o disminuir de un año a otro, y según lo dispuesto en el artículo 25 de la LERPJ, a los jubilados se les calculará en la misma forma en que se haga a los funcionarios o empleados activos. Según la Sala, en la sentencia transcrita “Dicha bonificación no es tomada en cuenta para el cálculo de la pensión de jubilación, sí es pagada a los jubilados de la misma forma en que se cancela a los funcionarios o funcionarias o empleados o empleadas activos o activas, en la oportunidad en que lo determine el Ejecutivo Nacional. Así pues, se trata de un beneficio del cual ya gozan los funcionarios jubilados, razón por la cual no puede pretenderse su inclusión dentro del sueldo base para el cómputo de dicha pensión”.

También la Sala de Casación Social, en su *sentencia n° 1.463/2006*, de 29 de septiembre de 2006, ha concluido que «la inclusión en el caso *in commento* de la alícuota de utilidades y de bono vacacional ordenado por el *ad quem*, excede los límites volitivos establecidos por las partes al suscribir la convención colectiva, no obstante, la remuneración que debe fungir como base de cálculo de la pensión de jubilación debe adecuarse a la noción de salario normal, ello, en el marco de las consideraciones precedentemente

esbozadas. (...) Como corolario de los razonamientos anteriormente indicados, y a los efectos de resolver la situación sub análisis, se concluye que el salario base para el establecimiento de la pensión de jubilación no incluye la alícuota de utilidades ni la de bono vacacional».

#### **2.2.4.7.5.- Ajuste de la pensión al salario mínimo**

Por mandato constitucional, la pensión de jubilación nunca puede ser inferior al salario mínimo nacional que fije el Presidente de la República en cada ejercicio fiscal; en efecto, el artículo 80 establece que «Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano».

De manera que, cualquier aumento del salario mínimo, por vía de intervención del Presidente de la República, o a través de la negociación colectiva, se traslada de manera inmediata a los pensionados y jubilados.

#### **2.2.4.7.6.- Reajuste de la pensión por aumento de salario**

Además de la situación anterior que sólo se refiere al monto de la pensión (igual al salario mínimo) nos topamos con dos situaciones no menos interesante: el recálculo de la pensión con motivo del reingreso del funcionario, y el reajuste de la pensión por efecto del aumento del salario correspondiente al cargo que ocupaba el jubilado.

Con respecto de la primera situación, la misma está contemplada en el artículo 13 del Reglamento de la Ley del Estatuto de Pensiones, incorporado en la reforma que se le hiciera a este instrumento en 1999, a cuyo tenor “El organismo o ente a cuyo servicio reingrese el jubilado, lo notificará al

organismo o ente que le otorgó la jubilación a los efectos de la suspensión del pago de la pensión. Al producirse el egreso se restituirá el pago de la pensión que recibirá en lo adelante el funcionario jubilado, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado”.

Como veremos un poco más adelante, el personal jubilado puede “reingresar” a prestar servicios de conformidad con la Ley, momento en el cual se le suspende la pensión de jubilación, pero al egresar debe reactivarse el pago de su pensión con la salvedad de que el monto debe “reajustarse” o “recalcularse” conforme al nuevo tiempo de servicios y al nuevo salario que hubiere percibido.

La otra situación, se produce en el supuesto en el que el “último cargo” desempeñado por el personal jubilado, haya tenido algún aumento, pues en ese caso, el funcionario tiene derecho a que se le “reajuste” su pensión, no al salario mínimo, sino al salario que le corresponda al cargo del cual ese funcionario fue jubilado. En efecto, la situación está prevista en el artículo 13 de la Ley del Estatuto de Pensiones, al establecer: “ El monto de la jubilación podrá ser revisado periódicamente, tomando en cuenta el nivel de remuneración que para el momento de la revisión tenga el último cargo que desempeñó el jubilado o jubilada. Los ajustes que resulten de esta revisión se publicarán en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela”.

Uno de los aspectos más complejos es saber si, el reajuste de la pensión, es una obligación que debe hacer el órgano público de oficio, o si se requiere instancia y petición del particular jubilado. Esto tendrá importantes consecuencias a la hora de determinar, por ejemplo, la caducidad de la pretensión o la prescripción del derecho a cobro, como tendremos ocasión

de analizar más adelante. En este sentido, el Reglamento de la Ley del Estatuto de Pensiones vigente establece:

Artículo 16. El monto de las jubilaciones podrá ser revisado en los casos en que se produzcan modificaciones en el régimen de remuneraciones de los funcionarios y empleados sujetos a la Ley de Estatuto. La revisión del monto de la jubilación procede, en cada caso, respecto del sueldo correspondiente al cargo que ejercía el funcionario o empleado para el momento de ser jubilado. Los ajustes que resulten de esta revisión se publicarán en el órgano oficial respectivo.

El pronunciamiento a que se refiere este artículo deberá emanar de la máxima autoridad del organismo o ente respectivo y se agregará al expediente del funcionario o empleado.

El reajuste de la pensión por efecto del aumento del sueldo aplicado al cargo que ocupaba el jubilado, no opera de oficio sino que debe ser instado por el funcionario jubilado; quizás, lo más problemático está cuando el cargo ha sido sustituido o ha desaparecido del organigrama respectivo, para ello la máxima autoridad deberá determinar cuál es el cargo equivalente para realizar el reajuste señalado.

En conclusión, la jubilación tiene carácter de “derecho fundamental” que encuentra sus raíces en el artículo 80 de la Constitución de la República, cuyo artículo 80 postula el “derecho a la jubilación”, como una consecuencia del derecho al trabajo; así, el trabajador que ha prestado servicios para un ente público o privado, adquiere el derecho a ser jubilado y que, además, el salario que percibía siendo activo, sea recibido por el mismo por medio de una pensión que le permita la satisfacción de sus necesidades y la de su familia. De acuerdo con el artículo 3° de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y

Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estado y de los Municipios, la jubilación es un derecho que se adquiere:

1. Cuando el funcionario, funcionaria, empleado o empleada haya alcanzado la edad de sesenta años, si es hombre o de cincuenta y cinco años, si es mujer;
2. Que haya cumplido, por lo menos, con veinticinco años de servicios en la Administración Pública;
3. Si el funcionario, funcionaria, empleado o empleada, haya cumplido treinta y cinco años de servicio, sin importar la edad que tenga, cuenta con el derecho a la jubilación;
4. El funcionario, funcionaria, empleado o empleada, debe haber realizado no menos de sesenta cotizaciones mensuales para que pueda nacer el derecho a la jubilación. Sin no cumple con este requisito, la persona que desee el derecho, debe contribuir con la suma única necesaria para completar el número mínimo de cotizaciones, que será deducible de las prestaciones sociales que reciba al término de su relación laboral o, de forma mensual por medio de la pensión o jubilación que reciba.

## **2.2.5. Problemática Asociada a la Jubilación en Venezuela**

### **2.2.5.1. Reingreso del jubilado a la Administración pública**

El que un funcionario público que haya sido jubilado reingrese a cargos funcionariales, es algo frecuente en los diferentes órganos de la Administración Pública, en la cual se utiliza personal de este tipo para cargos

tanto de libre nombramiento (por ejemplo, para contar con personal con experiencia que pueden ser de gran utilidad en cargos de alto nivel o confianza) como cargos de carácter permanente.

Esta posibilidad no sólo viene a atender un mandato constitucional, de acuerdo al artículo 80 del texto fundamental, que señala: “El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías (...) se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello”; sino también porque, habiendo obtenido el beneficio de jubilación que se otorga luego de por lo menos veinticinco años de servicio, el funcionario público debe ser un baluarte de experiencia y conocimiento que deben ser reconocidas y que, además, puede contribuir en la formación de otros laborando en el área académica. También es de gran importancia en la investigación y asesoramiento, entre muchas otras.

La Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (G. O. Nro. 38.501, del 16/08/2006), establece en su artículo 12 establece que el “jubilado o jubilada no podrá reingresar al servicio de ninguno de los órganos y entes a los que se refiere el artículo 2 de esta Ley, salvo cuando se trate de los cargos mencionados en el artículo anterior”.

Los cargos a los que se refiere el artículo 2° de la mencionada ley son los siguientes:

1. Los Ministerios del Poder Popular y demás organismos de la Administración Central de la República.
2. La Procuraduría General de la República.

3. Los estados y sus entes descentralizados.
4. Los municipios y sus entes descentralizados.
5. Los institutos autónomos y las empresas en las cuales alguno de los organismos del sector público tenga por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de su capital.
6. Las fundaciones del Estado.
7. Las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas.
8. Los demás entes descentralizados de la Administración Pública Nacional, de los estados y de los municipios.

No obstante, señala la misma ley, de acuerdo a lo que establece el artículo 11 que, existe la posibilidad de reingreso a cargos funcionariales, mientras sean los que establecen los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, los cuales se enumeran a continuación:

- 1.- Cargos de libre nombramiento y remoción
- 2.- Cargos de alto nivel o confianza: Vicepresidente o Vicepresidenta de la República; Ministros o Ministras; Jefes o Jefas de las oficinas nacionales o sus equivalentes; Comisionados o Comisionadas presidenciales; Viceministros y Viceministras; Directores o Directoras Generales, y demás funcionarios de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios; Miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales; Directores o Directoras Generales y demás funcionarios de similar jerarquía en los institutos autónomos; Registradores y Registradoras; Notarios y Notarias; Directores generales sectoriales de las gobernaciones, directivos de las alcaldías y otros cargos de similar jerarquía; Las máximas autoridades de los institutos autónomos estatales y municipales, así como sus directores y funcionarios de igual jerarquía

Con respecto al reingreso del funcionario jubilado a la Administración Pública, existen diversos aspectos de interés que de acuerdo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, dicho reingreso debe generar beneficios que le permitan al personal ya jubilado, dejar su pensión de jubilación para volver a ser parte de la Administración en cumplimiento de funciones públicas acorde con su experiencia. De esta forma, la Sentencia n° 165 del 2 de marzo de 2005, expresa que “la posibilidad que los funcionarios jubilados vuelvan a desempeñar funciones públicas, debe contemplarse como una manifestación del mandato constitucional de no limitar la voluntad de todo ciudadano que desee trabajar y que se encuentre apto para ello, (...) el Estado debe procurar algún beneficio o estímulo a los funcionarios jubilados que reingresen a la Administración con el objeto de continuar prestando labores, ya que de lo contrario, muy pocos se atreverían a abandonar sus beneficios de jubilación y el tiempo de disfrute que ello comporta sin que a cambio (...) no se les reconozca el nuevo tiempo de servicio y la homologación del beneficio de pensión conforme al último salario devengado...”

Cabe destacar que los beneficios correspondientes a la jubilación deben ser disfrutados en el momento en el que se reactive la misma. además, la misma Sala expresa ciertos aspectos que deben ser tomados en cuenta para este tipo de personal dentro de la función pública; es decir estos aspectos se deben cumplir para quienes habiendo sido jubilados dentro de la Administración, regresen a cumplir funciones en la misma, los cuales serían los siguientes:

El derecho del trabajador de percibir las prestaciones correspondientes por concepto de antigüedad, corresponde satisfacerla al órgano en el cual prestó sus servicios y no en aquél en el cual se le otorgó la jubilación; en

términos generales, el recálculo sobre la base del último sueldo procede, siempre y cuando la participación como trabajador activo no sea consecuencia de la ocupación de un cargo como contratado en la Administración; es decir, el recálculo se producirá si se verifica efectivamente el reingreso del funcionario a la Administración Pública.

En caso que el estatuto del órgano en el que se produce el reingreso del funcionario jubilado se encuentre una prohibición de asumir los complementos o la totalidad de la jubilación previamente acordada, el órgano que otorgó la jubilación, necesariamente debe asumir la correspondiente variación que se produzca como resultado del reingreso del funcionario a la Administración Pública.

En el supuesto en el que ambos órganos: en el que se produce el reingreso y el que originalmente otorgó la jubilación, se excluya la posibilidad de asumir cualquier variación como resultado del reingreso, dicha normativa debe considerarse contraria al ordenamiento jurídico constitucional referente al derecho a la seguridad social, por lo que obligatoriamente deberá asumir la correspondiente variación el organismo que otorgó la jubilación.

#### **2.2.5.2. Prescripción de la pretensión de la Jubilación**

No establece el régimen estatutario ninguna norma que regule el tema de la prescripción de la pretensión en materia de jubilaciones, por lo que tradicionalmente se ha acudido a la legislación laboral, y en este sentido la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras ha establecido:

### Prescripción de las acciones

Artículo 51. Las acciones provenientes de los reclamos por prestaciones sociales prescribirán al cumplirse diez años contados desde la fecha de terminación de la prestación de los servicios de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El resto de las acciones provenientes de la relación de trabajo prescribirán al cumplirse cinco años, contados a partir de la fecha de terminación de la prestación de los servicios. En los casos de accidente de trabajo o de enfermedad ocupacional, el lapso de prescripción de cinco años se aplicará conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

La prescripción es un instituto del Derecho civil sustantivo que explica un modo de adquirir un derecho (prescripción adquisitiva) o de liberarse de una obligación (prescripción extintiva) por el transcurso del tiempo con algunas condiciones adicionales necesarias para la adquisición del derecho o la liberación de una obligación. Para Maduro Luyando, la prescripción, en materia civil, es un derecho adquirido por el transcurso del tiempo, esto es, el transcurso de un determinado tiempo es la característica general de la prescripción. Existen dos modalidades: a) la prescripción adquisitiva o usucapión, y b) la prescripción extintiva o liberatoria. El mismo autor define:

La *prescripción extintiva* o liberatoria es un medio o recurso mediante el cual una persona se libera del cumplimiento de una obligación, recuperando su libertad natural por el transcurso de un determinado tiempo y bajo las demás circunstancias señaladas en la ley; no supone la posesión de una cosa, sino la inercia, negligencia, inacción o abandono del acreedor en hacer efectivo su crédito durante ese determinado tiempo. (Maduro Luyando, 1995: 357)

Cuando se dice que el deudor se libera de la obligación significa que el acreedor no podrá exigirlo compulsivamente, no implica que no exista o deje de tener validez. La prescripción mata la *eficacia de la obligación*, pero la *validez* queda incólume. Realmente no se trata de una “extinción” de la obligación, sino la ausencia de “posibilidad jurídica” para ser exigida compulsivamente. No nos olvidemos que cuando una obligación real o personal está prescrita, continúa existiendo bajo la forma de *obligaciones naturales*; y que la exigencia de una obligación *no es tarea de la acción* sino de la pretensión; en efecto, la única misión de la acción es elevar un interés sustancial bajo la forma de la pretensión jurídica, para lograr que la *exigencia* que la pretensión comporta se logre con la ayuda del Estado.

Esto implica que la prescripción extintiva o liberatoria significa que un determinado interés sustancial no puede ser acogido por el juez para ser actuado en Derecho, pero, en modo alguno, afecta a la acción procesal, la cual siempre permanece en la esfera jurídica de cualquier ciudadano para acudir ante los órganos jurisdiccionales. Si la obligación cuya exigencia se pide, está prescrita entonces lo que se produce es una improcedencia de la pretensión. Esta es la razón por la cual la prescripción es un problema de mérito o de fondo y no una causal de inadmisibilidad lo que se analiza, para constatar la prescripción, es la *pretensión misma* y una condición de existencia, cual es la posibilidad jurídica de otorgar la tutela prometida por el ordenamiento jurídico.

En el campo laboral, la prescripción que sancionan las normas es del tipo “liberatoria”, es decir, supone para el empleador que no está obligado con respecto de una determinada obligación laboral, y el trabajador carece de la legitimidad para exigirlo compulsivamente. A pesar de que la obligación esté prescrita, esta existe y es válida, de manera que

si el patrono realiza un “reconocimiento” de la deuda entonces reabre el lapso de prescripción porque esta es esencialmente “renunciable”; y si el empleador cumple con la obligación prescrita, entonces “paga bien” y no tiene derecho a repetición, esto es, no hay *pago de la indebido* y no puede pedir el reintegro.

Seguramente se van a generar muchas dudas en torno a la prescripción para pretender el beneficio de la jubilación, pues el criterio reiterado, hasta ahora, es que *no tiene naturaleza laboral sino civil* y que, en consecuencia, las normas aplicables resultarían las disposiciones del Código Civil, todo ello para justificar que la prescripción correspondiente será de tres años en aplicación del artículo 1980 del Código Civil. Una cosa es que uno pueda convencerse por razones de justicia, pero el argumento jurídico es infeliz, porque no es cierto que la jubilación tenga carácter civil y no laboral:

SALA DE CASACIÓN SOCIAL: *Sentencia n° 1.133 de 25 de octubre de 2011* (Rafael Vicenti Berti y otro vs Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico, exp. 10-1120) [Alfonso Valbuena]: Esta Sala de Casación Social se ha pronunciado de manera pacífica y reiterada en innumerables decisiones respecto a la prescripción del derecho a la jubilación, entre otras, en sentencia N° 0346 de fecha 1° de abril del año 2008 (caso: Andoni Ugalde Fernández contra Compañía Anónima de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE)), en la cual señaló que: Alegada la prescripción del derecho de jubilación, es de precisar que según doctrina de esta Sala, *las acciones para reclamar el cumplimiento del beneficio de jubilación* están sujetas a la prescripción breve que establece el artículo 1.980 del Código Civil, ya que, por una parte, la relación entre el ex patrono y el jubilado no es de naturaleza laboral, sino civil –lo que determina la aplicabilidad de las normas de Derecho Común–, y además, por tratarse de pensiones que deben pagarse por plazos periódicos menores a un (1) año, el régimen

de la prescripción para estas acciones es el de la prescripción breve de tres (3) años –contados desde la fecha de terminación del vínculo–, y no la prescripción decenal establecida, en general, para las acciones personales. De la lectura del criterio jurisprudencial parcialmente expuesto, se observa claramente que la prescripción del derecho a la jubilación, está sujeta a la prescripción breve contenida en el artículo 1.980 del Código Civil, esto es, por el transcurso de tres (3) años contados a partir de la fecha de la terminación de la relación de trabajo.

La exigencia para reclamar el cumplimiento del beneficio de jubilación están sujetas a la prescripción breve que establece el artículo 1.980 del Código Civil, ya que, por una parte, la relación entre el ex patrono y el jubilado no es de naturaleza laboral, sino civil. La forzada interpretación de la Sala sólo se justifica en un afán de beneficiar a los trabajadores, para lo cual no tenía norma alguna que autorizara a extender el lapso de prescripción de un año establecido en la legislación anterior. Afirmar que la jubilación no deriva de la prestación de servicio, o que el vínculo entre el jubilado y el empleador no es de carácter laboral, dejaría de explicar, por ejemplo, que se permita la constitución de sindicatos por parte de trabajadores jubilados. La nueva previsión legal contenida en el primer aparte de la norma: «El resto de las acciones provenientes de la relación de trabajo prescribirán al cumplirse cinco años, contados a partir de la fecha de terminación de la prestación de los servicios», y en aplicación del principio de favor o de la norma más favorable, deberá abandonarse aquella idea y establecer el nuevo lapso de prescripción establecido en el artículo 51 LOTTT.

### **2.2.5.3-. Caducidad de la pretensión de la Jubilación**

La caducidad de la pretensión es una sanción que se le impone al titular de un derecho o un interés material, por haber dejado transcurrir el lapso establecido por el legislador, sin someter una específica pretensión jurídica al conocimiento de los órganos jurisdiccionales. Se trata de una “conjugación” del tiempo establecido por la Ley, y la inactividad del titular de una pretensión, generando como consecuencia la imposibilidad jurídica de que tal pretensión sea conocida y decidida por un Tribunal.

El empleo de la expresión “caducidad de la acción” por el legislador es incorrecto, pues la acción procesal no caduca, no prescribe, no se pierde, no muere, no se extingue. La acción es la posibilidad jurídico-constitucional de acceso a los órganos jurisdiccionales para plantear intereses y pretensiones, aunque estos intereses, o esas pretensiones sean falsas, inmorales, caducas, prescritas, etc.

El efecto de la caducidad es que la pretensión jurídica pierde la posibilidad de ser actuada por los Tribunales, es decir, se pierde la eficacia de que la pretensión sea conocida y decidida en el mérito, pero los derechos involucrados y la pretensión material están “vivos” que “si el demandado paga, paga bien”, y no se configura nunca un pago de lo indebido. Eso muestra que el Derecho no se extingue, que la pretensión material no muere, pero la “pretensión jurídica” no puede ser conocida por los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, la Ley del Estatuto de la Función Pública redujo el lapso de caducidad de seis meses (como se preveía en la derogada Ley de Carrera Administrativa) a tres meses, según se establece en este artículo 94. Bien es

cierto que el artículo 32 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa sigue manteniendo ciento ochenta días hábiles como lapso común de caducidad para las pretensiones del contencioso-administrativo general, pero la parte *in fine* de la norma, no deja espacio a la duda: «las leyes especiales podrán establecer otros lapsos de caducidad», en consecuencia, para el contencioso funcional, priva el lapso de tres meses para que los funcionarios puedan interponer su respectiva querrela.

No hay justificación para la reducción tan drástica del lapso de caducidad, pues la Administración no es ese modelo de efectividad y eficacia que sería de desear, para pensar que en escasos tres meses podrá cumplir, por ejemplo, con sus obligaciones pecuniarias derivadas de la terminación de la relación de empleo; y, por otro lado, someter al funcionario al estrés de que, en tres meses, deberá buscar abogados para que definan la estrategia y preparen la demanda, tampoco es lo más deseable.

La experiencia muestra que, cuando un funcionario tiene una pretensión insatisfecha (no pensemos tan sólo que la querrela de anulación de un acto administrativo), sino una vía de hecho, pago de prestaciones sociales, actuaciones en perjuicio del cargo, otorgamiento o actualización de pensiones de jubilación, o concesión de la jubilación, etc., prefiere esperar el mayor tiempo posible para que su problema sea resuelto por la Administración, antes de acudir a la querrela funcional. Un lapso más breve, obliga al funcionario a tener que demandar judicialmente en menor tiempo, y ello generará una mayor litigiosidad en el campo del funcionariado público.

Ahora bien, en materia de jubilaciones el instituto de caducidad no se aplica cuando se refiere al reclamo de la concesión de la jubilación, aun

cuando se ha aceptado en materia de reclamo de las pensiones. Uno de los aspectos que sustentan la afirmación conforme con la cual la jubilación es un derecho adquirido está, precisamente, en que no tiene un tiempo establecido para su reclamo, pues como institución de previsión social la concesión debe realizarse en cuanto se cumplan los requisitos sin estar sujeto a ninguna otra condición.

## **CAPITULO III**

### **MARCO METODOLÓGICO**

En este capítulo, se trataron los procedimientos metodológicos que guiaron el análisis de la jubilación en la función pública como derecho adquirido con el propósito de discernir y profundizar los principios fundamentales que lo sostienen así como las evidencias arrojadas por la jurisprudencia.

Para responder a los objetivos planteados, se requirió la utilización de técnicas legales y conceptuales relacionadas con la problemática planteada, para ello fueron definidos el tipo de investigación, el diseño de la misma, técnicas e instrumentos de recolección de información y su tratamiento.

#### **3.1.- Modelo de investigación**

El modelo de investigación se refiere a una abstracción selectiva de la realidad, definiéndose como una función objetiva y restricciones que se expresan en términos de las variables y decisión del problema. Por otro lado, es la tipología que adopta un estudio y está dado por los objetivos que se trace el investigador para dar solución, explicación o, simplemente, ampliar conocimientos con respecto a un problema.

Desde el punto de vista metodológico, este trabajo quedo definido como una investigación de naturaleza descriptiva, ya que se describe la información de una determinada situación o problema, como es el caso de la jubilación en la función pública como derecho adquirido, con el propósito de discernir y profundizar los principios fundamentales que lo sostienen así como las evidencias arrojadas en la jurisprudencia patria.

### **3.2.- Tipo y diseño de investigación**

Una investigación es “un proceso metódico y sistemático dirigido a la resolución de problemas, mediante la producción de nuevos conocimientos” (Arias, 2006); de esta forma, los tipos de investigación van a depender del nivel, diseño y propósito de la misma.

Es así como, de acuerdo al nivel de la investigación, es decir, en base al grado de profundidad con la cual se aborda el fenómeno de estudio en la presente investigación, se puede decir que la misma es descriptiva, dado que no se limita a la recolección de datos, sino que busca la predicción e identificación de las relaciones existentes entre diversas variables; se expone y resume la información obtenida en la recolección de datos de manera cuidadosa para luego analizar los resultados y, así extraer generalizaciones significativas que contribuyan al saber científico (Van Dalen y Mayer, 2010).

El diseño de la investigación se refiere a la “estrategia general que adopta el investigador para responder al problema planteado (Arias, 2006). Es por esto que el diseño de investigación la presente es de diseño documental, que es un “proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de datos secundarios” (Arias, 2006).

### **3.3.- Técnicas e instrumentos**

La técnica se refiere al procedimiento o forma particular de obtener datos o información y, un instrumento de recolección de datos, está definido como los recursos utilizados para “obtener, registrar o almacenar información” (Arias, 2006).

Las técnicas están definidas por el tipo y diseño de la investigación y, los instrumentos, por la técnica a utilizar. Es por esto que, por ser este estudio un diseño de investigación documental, las técnicas a usar son: el análisis documental y el análisis de contenido. Así mismo, los instrumentos son los relacionados al almacenaje y producción de datos: equipos de computación e impresoras, unidades de almacenamiento como memorias USB y fichas que permitió el ordenamiento del material documental a utilizar para la investigación a realizar.

### **3.4.- Procedimiento**

La estructuración fue la siguiente: Recolección de material bibliográfico con contenido de acuerdo al tema escogido, así como de vigencia actual para el análisis posterior, revisión de la bibliografía recolectada, análisis de las fuentes bibliográficas y por último, se realizó la redacción del documento final, el cual parte del análisis documental y de contenido, para llegar a las conclusiones que dio lugar al nuevo conocimiento realizado sobre la base de los objetivos propuestos en la investigación.

## **CAPÍTULO IV**

### **ANÁLISIS DE RESULTADOS**

#### **4.1. La terminación de la relación de empleo en la función pública**

Si el inicio de la relación de empleo es importante y, de hecho, la doctrina se fija más en ello, la terminación de ese vínculo adquiere para los funcionarios, en muchos casos, signos de catástrofe. En nuestro país, la fuerza laboral económicamente activa no se sitúa más allá del 30 por ciento, con un alto porcentaje de desempleo, y más del 50 por ciento dedicado a la buhonería que, en el argot eufemístico, se llama “economía informal”, por ello es evidente que la obtención y el mantenimiento de un empleo se constituyen en un duro anhelo. Mucho más si se piensa que el Estado se ha convertido en el máximo empleador, empleos éstos que cada día se ve más mediatizado por los avatares políticos y el favoritismo de los detentadores del Poder Público.

Lo normal o, al menos, lo deseable es que la terminación de esta especial vinculación de sujeción especial, se produzca por jubilación pues cuando las personas ingresan a la carrera pública existe implícitamente la idea de permanecer toda la vida activa realizando esa “carrera” y, luego de haber servido al país, obtener los medios para una vejez digna. Lo que marca el fin de la relación de empleo público es el “retiro” que, por disposición constitucional y legal, se encuentra en el campo del “Estatuto”, esto es, se trata de un acto jurídico regulado por el Derecho público.

#### **4.1.1.- La relación estatutaria del empleo público**

En general se afirma que la relación de empleo público está regida por el Derecho administrativo con su nota característica de Derecho público, lo cual significa que la autonomía de voluntad de las partes cede ante el principio de legalidad administrativa, y en consecuencia no puede traducirse en un “contrato”.

En cambio, el trabajador privado está ligado con su empleador por una relación contractual que, si bien crea un vínculo de subordinación, carece de los elementos estatutarios propios de los funcionarios públicos. De manera que el elemento central de la diferenciación se encuentra en la autonomía de voluntad que puede imperar en un momento dado en cada uno de los modos de empleo, pues el ingreso a la carrera sólo puede realizarse por concurso y una vez realizado ese concurso es “obligatorio” para el Estado proceder a la contratación, de hecho la Administración pudiera ser obligada jurisdiccionalmente a la convocatoria del concurso si algún particular así lo exigiese.

Muy pocos son los aspectos que pudieran ser “negociados” contractualmente, y aún así, como señala Brewer-Carías estaríamos en el ámbito del derecho administrativo con interdisciplinariedad del régimen común. Así, el autor mencionado señala que “en este campo, como hemos señalado, el núcleo del régimen de derecho administrativo de la función pública, previsto en la Constitución permanece intacto e incluso, en relación al derecho de huelga que conforme a la Constitución, en los servicios públicos sólo puede ejercerse en los casos expresamente establecidos por la ley” (Brewer-Carías, 1996: 37). Se trata de un régimen de Derecho público

con aplicación transversal del Derecho privado pero respetando el núcleo esencial estatutario que se rige plenamente por la legalidad administrativa.

Esta legalidad administrativa vinculada con el empleo público se pone de manifiesto en los organismos responsables de la planificación del desarrollo de la función pública en la Administración pública nacional que será competencia del Ministerio de Planificación y Desarrollo (art. 7 LEFP), y en el establecimiento de los “planes de personal” que son “los instrumentos que integran los programas y actividades que desarrollarán los órganos y entes de la Administración pública para la óptima utilización del recurso humano, tomando en consideración los objetivos institucionales, la disponibilidad presupuestaria y las directrices que emanen de los órganos de gestión de la función pública” (art. 12 *eiusdem*), y en la fijación del objeto de la ley especial:

Artículo 1. La presente Ley regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales, lo que comprende:

1º. El sistema de dirección y de gestión de la función pública y la articulación de las carreras públicas.

2. El sistema de administración de personal, el cual incluye la planificación de recursos humanos, procesos de reclutamiento, selección, ingreso, inducción, capacitación y desarrollo, planificación de las carreras, evaluación de méritos, ascensos, traslados, transferencia, valoración y clasificación de cargos, escalas de sueldos, permisos y licencias, régimen disciplinario y normas para el retiro.

De modo que tanto el sistema de dirección y gestión de la función pública así como el sistema de administración de personal son los cometidos más importantes de la legislación funcionarial en nuestro país.

Quizás una de las notas más característica de la función pública sea el hecho de que la persona no obtiene un simple “empleo” para satisfacer sus necesidades sino una “carrera”, un “proyecto de vida” y una profesión de empleo público. La idea es, según el mismo autor citado precedentemente, dotar a la Administración de un personal calificado y con interés por su trabajo, a quien se garantiza en cambio el ingreso, el ascenso y la estabilidad en el empleo, de acuerdo con sus méritos, sin ninguna consideración discriminatoria; a quien se garantiza además, la jubilación, para el final de su vida activa. Así es en efecto: la carrera (sea administrativa, judicial, militar, diplomática o docente) implica que la persona acude al llamado no sólo porque es un medio de obtener ingresos puntuales para su manutención sino y fundamentalmente porque el empleo público es para toda la vida, se asume que la meritocracia será el medio para el ascenso y la permanencia hasta llegar a ocupar los cargos más elevados y mejor remunerados con vista al retiro por jubilación.

Esta “profesionalización” del empleo público y la llamada “carrera pública” constituye el desideratum que signa el sistema de planificación de recursos humanos y el núcleo esencial del sistema de administración de personal.

#### **4.1.2.- Unificación de regímenes desde el Estado Social**

##### **4.1.2.1.- Reorbitación de las funciones públicas**

Por sorprendente que parezca, uno de los aspectos más difíciles de abstraer y concretar es, precisamente, el régimen jurídico de los funcionarios públicos y, sobretodo, sus implicaciones. Es un lugar común afirmar que se trata de un régimen estatutario para diferenciarlo del régimen contractual de

los trabajadores del sector privado. Sin embargo, en no pocas ocasiones, se habla de una huida del Derecho administrativo al Derecho común, y en ello no se diferencia con respecto del estatuto de la función pública donde se utilizan “figuras” del Derecho común (como el contrato de trabajo), y se da cabida a la “negociación colectiva” en el sector público “como si” se tratara de un régimen colectivo del sector privado.

La distinción entre los *empleadores privados* y el *Estado-empleador* han sufrido, en los últimos años, una atenuación en la rigidez con que se miraba, y ello se debe a un impulso expansivo del Estado que busca desarrollar actividades cada vez más numerosas y semejantes de las cumplidas por los particulares, pues como dice Plá Rodríguez en la medida en que el Estado empieza a desempeñar actividades comerciales e industriales, resulta difícil explicar por qué dos personas que ejecutan tareas absolutamente idénticas y en el mismo ramo deben regirse por sistemas jurídicos distintos por el sólo hecho que el titular de la empresa sea una persona pública o una persona privada (Plá Rodríguez, 1977:329).

Esa expansión ha hecho que, al menos en nuestro país, el Estado sea dueño de empresas de petróleo, mineras, servicios, hoteles, areperas, líneas aéreas, ferrocarriles, etc., pero en lo que respecta a las relaciones entre el *derecho social del trabajo* y el *derecho público funcional* se tienden puentes cada vez más estrechos:

La función pública y el régimen laboral son materias movedizas y fluctuantes en donde lo que hoy es un elemento diferencial entre una y otra, mañana puede dejar de serlo o estar en trance de desaparición. Así, en muchos países la seguridad y estabilidad en el empleo va siendo, cada vez más, un elemento natural en las relaciones laborales; de éstas, a su vez, los

funcionarios han tomado modos de comportamiento y derechos que hace sólo medio siglo hubieran escandalizado a los teóricos del Estado y de la Administración, como la sindicación y la huelga (Parada, 2004: 398).

La salida que ha ofrecido el Derecho administrativo es la de considerar que las personas que prestan servicios en tales empresas están regidas por la legislación laboral ordinaria y no por el Derecho administrativo funcional, sin embargo quedan algunos vínculos insoslayables como lo son (i) el hecho de que los miembros de las directivas son considerados “funcionarios públicos” (como ocurre en el caso de Petróleos de Venezuela), y b) los trabajadores están sujetos al “control fiscal y administrativo”, y en consecuencia son pasibles de ilícitos administrativos sancionados por el sistema nacional de control a cuya cabeza está la Contraloría General de la República. Por otro lado, queda en el limbo aquellas situaciones de algunos institutos autónomos de carácter empresarial o comercial cuyos empleados siguen teniendo la característica de la relación estatutaria cuando, en la realidad, efectúan las mismas tareas que cualquier empresa privada.

Lo cierto es que se ha producido una simbiosis extraña en la cual los trabajadores privados han anhelado algunas condiciones de los funcionarios públicos (como el régimen de estabilidad especial o los aumentos salariales del Ejecutivo Nacional), y los funcionarios han exigido el mismo tratamiento que reciben los trabajadores privados en torno, fundamentalmente, a la “inamovilidad laboral”. Con el actual régimen de la función pública en Venezuela conviven diversas situaciones que ha desorbitado el control del Estado en la planificación de sus recursos humanos porque conviven en un mismo centro de actividad los (i) funcionarios públicos tradicionales (de carrera o de libre nombramiento y retiro), (ii) los contratados al servicio de la

Administración (sujetos sustantivamente al Derecho del trabajo) igual que (iii) los obreros al servicio de los entes públicos, y (iv) los funcionarios simplemente designados que, para algunos, no son “funcionarios” en el estricto sentido del término pero tampoco “trabajadores contratados”.

#### **4.1.2.2.- Huida hacia la laboralización de la Función Pública**

Ha operado en este punto una *huida del Derecho administrativo hacia el Derecho común*, y algunas legislaciones lo han hecho de manera expresa, así los empleados del Instituto Postal Telegráfico no son considerados “funcionarios públicos”, así como los empleados del Banco Central de Venezuela; mientras que la Ley Orgánica de Educación dispone que los docentes al servicio del Estado se regirán por la legislación laboral lo cual ha dado lugar a una discusión interesante entre la Sala de Casación Social y la Sala Político-Administrativa sobre el carácter público o privado de los docentes de las escuelas públicas.

En este sentido para hacer menos “injustificada” la diferenciación del trabajador público, algunos autores han introducido una nueva distinción entre funcionario público y trabajador de servicio público, y eso lo observamos claramente en el Derecho colombiano y en el Derecho español.

Los primeros se ajustarían al concepto clásico de funcionario público y no estarían sometidos al Derecho del trabajo, pero los segundos, en cambio, estarían empleados con base en un contrato privado de empleo y puesto que prestan trabajo al servicio de la corporación pública, cumplen todos los presupuestos del concepto de trabajador y son, por ello, auténticos trabajadores en el sentido del Derecho del trabajo. Es lo que ocurre en nuestro país con los obreros al servicio del Estado y los contratados al

servicio de cualquier ente público quienes son considerados, sin más, trabajadores sometidos al régimen de Derecho del trabajo ordinario.

La tendencia –sin embargo– es hacia la “unificación” de los regímenes de empleo público con el empleo privado, pues como dice el mismo autor citado, el “desenlace natural de esta evolución será equiparar ambas situaciones, abarcando a los funcionarios públicos dentro del derecho del trabajo y admitiendo, a lo sumo, que el funcionario público tenga un estatuto especial, como lo tienen distintos grupos de trabajadores”.

El problema está en que la visión estrictamente laboralista que no tome en cuenta las especiales circunstancias de la función pública y la actividad administrativa, está destinada a cometer serios y costosos fracasos al orden jurídico; así como, también corre ese mismo riesgo quien analiza el asunto desde el ángulo estrictamente administrativista con total olvido de una concepción de Estado de Derecho que reconoce, en el Derecho social del trabajo, su más concreta manifestación. En nuestro país, por ejemplo, cuando se implementó el nuevo régimen procesal del trabajo se “contrató” a los jueces de los recién creados tribunales de sustanciación, de juicio y los superiores del trabajo, y cuando se dice que se contrató nos referimos a que su vinculación con el Estado era a través de un “contrato de trabajo a tiempo determinado”, con lo cual los Magistrados de la Sala de Casación Social podían “prescindir” de los servicios de los jueces con una llamada telefónica o un fax enviado al tribunal del juez respectivo. Teníamos entonces una “justicia contratada” y al juez que “no se portara bien” con el régimen de turno, sencillamente se le despedía sin la menor consideración.

Hablar de “unificación” de regímenes público y privado puede sonar sugestivo y hasta “justo”, pero cuando se olvidan las fronteras entonces devienen los excesos.

De manera que no se trata de categorías jurídicas estáticas e inmóviles, sino que, muy por el contrario, se trata de *fenómenos sociales* en donde la *juridificación* se ha hecho, a veces, apresuradamente y, en otras tantas, sin analizar o aceptar sus implicaciones. Así, por ejemplo, a pesar de la existencia de un “estatuto” de Derecho público-administrativo, sin embargo, los convenios colectivos del sector público aceptan la existencia de una “inamovilidad laboral”, la huelga de los funcionarios y la tramitación de pliegos conflictivos.

Sin embargo, al menos en nuestro país, ese “cruce mágico” entre ambas disciplinas no se ha dado, máxime cuando la opción del constituyente venezolano ha sido siempre por contar con un cuerpo de funcionarios profesionalizados en el tiempo, diferenciado en su tratamiento, y con poca intervención de los factores sociales del trabajo.

#### **4.1.2.3.- Visión desde el Estado Social**

La idea de la “unificación” se torna más compleja por las nuevas disposiciones constitucionales que han consagrado la “inamovilidad” en los siguientes términos:

Artículo 95 CRBV. Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa, tienen derecho a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como a afiliarse o no a ellas, de conformidad con la Ley.

Estas organizaciones no están sujetas a intervención, suspensión o disolución administrativa. Los trabajadores y trabajadoras están protegidos y protegidas contra todo acto de discriminación o de injerencia contrario al ejercicio de este derecho. *Los promotores o promotoras y los o las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral* durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones. (...)

Reparemos en dos aspectos de la norma transcrita: a) “Los trabajadores y las trabajadoras, sin distinción alguna”, y b) “Los promotores o promotoras y los o las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral”. ¿Quiere decir esto que un funcionario público que sea integrante de la directiva o promotor de un sindicato del sector público, goza de inamovilidad? No podemos olvidar una línea de interpretación fijada por la Sala Constitucional, en el sentido de concebir el Estado social con referencia a “los trabajadores” sin hacer distinción del régimen jurídico que los regule o de la condición subjetiva de su patrono o empleador.

Quizás el aspecto más importante en este apartado sea la afirmación de la Sala Constitucional en sentencia nro. 790 de fecha 11 de abril de 2002, en el sentido de que la “intención manifiesta en la Constitución de (1999) es la de consagrar una serie de principios y derechos (arts. 87 al 97), que procuran resguardar un ámbito de seguridad para los trabajadores, indistintamente del régimen al cual estén sometidos, por cuanto no establece distinción alguna”, y más concretamente cuando señala que “en el caso del derecho a la negociación colectiva o del derecho a la huelga (Artículos 96 y 97), se niega expresamente la posibilidad de tratamientos diferenciales, al

precisar, reforzando lo obvio, que todos los trabajadores y las trabajadoras del sector público y del privado gozan de los mismos derechos”.

#### **4.1.2.4.- Los obstáculos de los cometidos públicos**

La unificación de regímenes, público y privado, en uno sólo, por supuesto bajo la concepción del Derecho del trabajo tiene, sin embargo, algunas aristas que obstaculizan cualquier intento, esto es, la laboralización de la función pública debe enfrentar con “la índole de la Actividad administrativa” que ha sido el paradigma que, a su vez, frena – jurídicamente– los intentos señalados. Por más que se quiera lo contrario la índole de la Administración pública, su actividad, el régimen de sus competencias, y los fines que debe perseguir el Poder Público le “barruntan” al régimen de Administración de personal una perspectiva que debe ser tomada en cuenta.

Quizás los dos aspectos más importantes en este marco de reflexión está en (i) que el Estado no es “exactamente” un “patrono”, ni un simple empleador, su existencia como organización jurídico-política no está en función de aumentar niveles de ocupación o empleos, sino para satisfacer necesidades generales y lograr el cumplimiento de los fines del Estado; y, (ii) el hecho de que el funcionario tiene (al menos “debe tener”) una indubitable vocación de servicio.

#### **4.1.2.5.- El Estado no es un patrono sino un servidor**

Es muy probable que este primer aspecto sea difícil de entender si pensamos simplemente que el patrono es quien ocupa empleados o trabajadores, pero en el campo público éste deja de ser el elemento

cualificante. El Estado, antes que nada, es un ente al servicio de los ciudadanos, encargado *primariamente* de la tutela de los supremos intereses de la nación y la sociedad, y el modo organizado de cumplir con los fines del Estado.

Existe opiniones diferentes para quienes dentro de las condiciones objetivas en que se desenvuelve el trabajo subordinado en la Administración, el Estado adopta la figura de un patrono, de un empleador, y como tal proporciona empleo, ejerce autoridad y remunera los servicios de sus trabajadores, sin que la ausencia de lucro ni la finalidad social sean suficientes para desvirtuar ese papel. Sin embargo, bien pudiera afirmarse exactamente lo contrario: la índole de la actividad administrativa y la finalidad de su existencia al servicio de los intereses generales hace que su figura como patrono se vea desdibujada, pues su tratamiento no puede medirse en los mismos términos laborales. Es como quien piense que los sacerdotes de la Iglesia Católica consideraran a la Iglesia como “patrono” y a estos presbíteros como “trabajadores”, cuando lo que signa la diferencia es la finalidad perseguida.

#### **4.1.2.6.- Vocación de servicio del Funcionario Público**

Como dijimos anteriormente: el Estado no ofrece un “empleo” o un “trabajo” sino una “carrera”, una “vocación de vida” y un “proyecto de largo plazo” realizable en el marco del servicio a los demás, lo cual no impide que algunos aspectos de la función pública pueda dejarse dentro el marco del Derecho del trabajo sobre todo lo concerniente a los derechos de los funcionarios, y el establecimiento de algunas condiciones dentro del cual se deberá prestar el servicio, pero sin modificar el régimen de competencias de dirección de los planes de recursos humanos y su respectiva administración.

En otras palabras: no nos oponemos a una “unificación de regímenes de empleo”, siempre y cuando pueda “armonizarse” tanto los supremos intereses que el Estado necesariamente tiende, el principio de legalidad que limita y restringe el ingreso, ascenso, egreso, sistemas de jubilación, régimen disciplinario, etc., con los derechos de los funcionarios que pudieran derivar de un eventual aplicación de la legislación laboral.

El ingreso y el egreso de un funcionario, por ejemplo, nunca pueden ser actos “discrecionales” o “consensuales”, al contrario cuando una persona se inserta en una relación de empleo público se coloca en una *situación de sujeción especial* donde desaparece la consensualidad y la discrecionalidad lo cual se corresponde con el “sistema cerrado” o estatutario de la función pública.

Hildegard Rondón señala que “el nombramiento de los funcionarios de carrera no tiene el carácter de un acto discrecional de la Administración Pública, sino que, por el contrario, el mismo debe efectuarse en base al resultado de un procedimiento que es el concurso” (1986: 21).

En este mismo sentido Lares Martínez apunta que “todo acto de designación de un funcionario, es desde el punto de vista material, un acto atributivo de una situación general e impersonal preexistente, esto es, un *acto-condición*. El funcionario o empleado público ingresa, en virtud de una elección o nombramiento, en una situación general preexistente, creada por la Constitución, la ley o el reglamento. La designación es un *acto-condición*, es decir, un acto mediante el cual se coloca a un individuo en una situación general previamente creada”. (Lares Martínez ,1999: 374)

Una vez ingresado se supone que el funcionario hace una “carrera” a la par del discurrir de su vida activa para terminar con un sistema de jubilación que le permita un retiro digno y acorde con las nobles funciones cumplidas al país. Quizás pueda parecer afirmaciones sin apego a la realidad pero, en la medida en que sepamos hacia donde debemos ir, podemos intervenir la realidad para modificarla y adecuarla.

#### **4.1.3.- Retiro de la función pública. Definición**

Entendemos por retiro de la función pública al acto jurídico mediante el cual, la autoridad pública competente, pone fin a la vinculación de empleo público con un empleado, en virtud del acaecimiento de algunas de las circunstancias calificadas por la ley, como título legítimo y justificado para la cesación del mismo.

Repárese que este acto jurídico que hemos llamado “retiro” no está relacionado exclusivamente con la Administración pública puesto que la Administración es apenas un elemento dentro de la estructura del Estado. El retiro es un fenómeno común a todos los estatutos de función pública, tanto el Estatuto general previsto en la LEFP como en los estatutos especiales como los docentes, diplomáticos, judicial o militar. Sin embargo y, como quiera, que es una característica común de cualquier estatuto de función pública, las circunstancias que se consideran *eficientes y suficientes* para dar por terminada la relación jurídica están previamente establecidas por la Ley, de modo que ante la vigencia del *principio de legalidad*, no existe manera que los entes públicos puedan disponer de una terminación sin apego a las causas que se dispongan, cede aquí en gruesa medida la autonomía de voluntad estatal para ello.

Siendo la terminación de empleo público un acto reglado, se inserta dentro de las potestades que tienen los entes públicos de organizar su personal y ejercer sobre ello la dirección y decisión pertinente para el logro de los cometidos oficiales; sin embargo, frente al ejercicio de tal potestad se opone el derecho de los funcionarios de que su estabilidad y el derecho al cargo no se vean truncados por elementos extraños a la buena fe, racionalidad y proporcionalidad que son principios que animan el ejercicio de cualquier potestad pública. De hecho, el artículo 14 de la Ley contra la Corrupción dispone que “El nombramiento y remoción o destitución de los funcionarios y empleados públicos no podrá estar determinado por afiliación u orientación política alguna y se realizará de conformidad con lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes”.

De tal modo que toda la administración de los recursos humanos en el sector público debe ser realizada de la manera que mejor desarrolle el núcleo esencial de la estabilidad de los funcionarios, razón por la cual el legislador ha enfatizado las garantías sustantivas y procedimentales de los funcionarios frente a las decisiones de su empleador. El artículo 1º de la Ley del Estatuto de la Función Pública al establecer su objeto dispone también el diseño de un “sistema de gestión pública”:

Artículo 1. La presente Ley regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales, lo que comprende:

1. El *sistema de dirección y de gestión de la función pública* y la articulación de las carreras públicas.
2. El sistema de administración de personal, el cual incluye la planificación de recursos humanos, procesos de reclutamiento, selección, ingreso, inducción, capacitación y desarrollo, planificación de las carreras, evaluación de méritos, ascensos, traslados, transferencia, valoración y clasificación de cargos,

escalas de sueldos, permisos y licencias, *régimen disciplinario y normas para el retiro*.

La norma diferencia el “sistema de dirección” con respecto del “sistema de gestión” cuestión que adquirirá importancia a la hora de establecer la competencia y ubicar la llamada “norma de reconocimiento” con referencia de las personas que son titulares de la potestad pública de administración de personal. El término “retiro” tiene, en el campo público, connotaciones que difieren sensiblemente en relación con otros campos jurídicos como el laboral, por ejemplo.

En la legislación laboral las formas clásicas de terminación de la relación de trabajo son a) la renuncia o retiro justificado, y b) el despido, los cuales responden respectivamente a la *voluntad unilateral del trabajador* y la *voluntad, también unilateral del empleador*. Esta asimilación de la “renuncia” al “retiro” en el Derecho del trabajo, no se da en el campo público porque en la legislación funcionarial cualquier causa de terminación de la relación de empleo público comporta un «retiro» del empleo público, una de cuyas causas puede ser la renuncia del funcionario, pero también hay retiro cuando se produce una destitución o la jubilación. Analicemos brevemente los elementos centrales de la definición que acabamos de proponer:

El retiro es un “acto jurídico”, conforme a la diferencia que se hace en el marco de la ciencia jurídica entre “hechos” y “actos” jurídicos, puede afirmarse que el retiro es un *acto jurídico formal*, es decir, supone la manifestación de voluntad expresamente exteriorizada del ente competente, cuyo efecto jurídico será la terminación de la relación de empleo público.

No hay en el campo público los supuestos de retiros “tácitos” y, mucho menos, de “retiro indirecto” como, en cambio, existe en el Derecho del trabajo. En caso de que el empleador público incurra en los hechos que calificarían como “despido indirecto”, se configuraría una *vía de hecho* que puede ser controlada jurisdiccionalmente a través de la querrela funcional. No puede el funcionario darse por “retirado” (como el trabajador puede darse por “despedido injustificadamente”) porque, a diferencia de la legislación laboral, no hay retiro “justificado” o “injustificado”, un acto de retiro es siempre un acto de carácter formal, directo, intencionalmente dirigido a poner fin a la relación de empleo público con todas las consecuencias de orden patrimonial y personal que ello implica.

En el campo público el «retiro», como acto jurídico-formal, emana siempre de la voluntad del ente público empleador y no de la voluntad del funcionario aun cuando éste manifieste su voluntad de renuncia.

Supone la competencia de alguna “autoridad pública competente”, precisamente por tratarse de un acto “formal” de potestad “reglada”, el retiro del empleo público supone que quien lo manifieste o quien exprese esa voluntad, deba tener la competencia para ello.

El principio de legalidad supone un Estado que sea de “Derecho”, esto es, sometido al imperio de la Ley en virtud de la cual se establecen las funciones y atribuciones de todos los entes y órganos del Poder Público. Esta legalidad va unida a la “formalidad” una de las cuales es la norma atributiva de competencia que, en el sistema de administración de personal de los recursos humanos públicos, le corresponde a la máxima autoridad. Este aspecto será analizado con más detenimiento al establecer las características generales de la terminación del empleo público.

El retiro implica la cesación de la “vinculación de empleo público”, como todo acto tiene un “efecto jurídico” que le es propio y característico que, además, le imprime la condición de “juridicidad”, el acto de retiro tiene como efecto la terminación de la relación de empleo público.

Por último, el retiro debe responder expresa y taxativamente a lo que disponga el respectivo estatuto público de que se trata. Es decir, tanto en el Estatuto general de la carrera administrativa (artículo 78 LEFP) como los estatutos especiales debe regular pormenorizadamente las causales por las cuales se puede poner fin a la respectiva relación de empleo. En caso de que no hubiera norma expresa entonces deberá aplicarse, por interpretación supletoria, las disposiciones de la LEFP.

Debe indicarse que no es necesario que las causas de desvinculación funcional consten en un mismo y único instrumento normativo, al contrario, es posible y hasta necesario, que las normas relativas a la función pública puedan disponer motivos o causas determinadas de destitución, por ejemplo, que es una de las maneras de manifestar el retiro. En el campo de la función pública administrativa las causas de terminación están previstas en el señalado artículo 78 de la LEFP pero nada obsta para que la Constitución o la Ley, disponga otras causales de destitución, por ejemplo, la infracción al deber de oportuna respuesta que tienen los ciudadanos cuando ejercen el derecho de petición previsto en el artículo 5°; pero además, la Ley contra la Corrupción (G.O. nº 5637, Ext., 7/4/2003), la derogada Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, etc., pueden disponer situaciones que impliquen la finalización de la relación de empleo.

Con respecto de los estatutos especiales (docente, militar, diplomático, universitario, etc.) pueden disponer modos y maneras diferentes e, incluso,

es posible que la Ley le delegue a los titulares de algunos órganos públicos el establecimiento en sus Reglamentos internos o Estatutos de Personal, de normas sobre el egreso del funcionario como ocurrió con la Contraloría General de la República, Fiscalía, Procuraduría, SENIAT, etc. Así, por ejemplo la Ley Orgánica Procesal del Trabajo sanciona con destitución a los jueces que no dicten sentencia dentro de los lapsos que establece la Ley (Parágrafo único, art. 158, y art. 192), o aquellos funcionarios públicos que no cumplieren con la obligación que le impone su nombramiento como perito o expertos (art. 95).

#### **4.1.3.1.- Características generales del Acto de Retiro en la Función Pública**

Los estatutos especiales enfocan las causas de retiro en función de cada actividad en particular; por ejemplo, no será lo mismo algunas fallas en el servicio docente que en el militar. El error formal o material en los actos jurídicos que emanan de un funcionario administrativo será muy diferente si los comete un juez de la carrera judicial (por ejemplo, el llamado “error jurídico inexcusable” tendrá mayor incidencia si se trata de un “error judicial” que un “error de la Administración”) y en fin, la desatención o negligencia en la carrera diplomática tiene una gravedad diferente de su comisión por parte de un Fiscal de carrera del Ministerio público o de un contralor.

No obstante, más allá de las peculiaridades que pueda tener cada estatuto especial existen unos rasgos que son comunes o generales de toda relación de empleo público y que deberá tomarse muy en cuenta a la hora de legislar y, mucho más, a la hora de materializar los respectivos actos jurídicos de retiro. Hemos creído encontrar estos rasgos comunes en los aspectos de formalidad, publicidad, obligatoriedad y el régimen de

competencia del respectivo órgano de dirección de la administración del sistema de recursos humanos, y sobre estas características pondremos algunas breves atenciones.

#### **4.1.3.1.1.- Formalidad del Acto de Retiro en la Función Pública**

En primer lugar nos referiremos a la cualidad que debe revestir el acto de retiro: su apariencia externa y su contenido necesario. En efecto, el acto de retiro no es un simple trámite, no puede presumirse, ni expresarse de manera oral o verbal. El acto de retiro pasa por reunir, desde el punto de vista de la forma, su expresión escrita con indicación precisa del órgano del cual emana y la identificación del funcionario de que se trate. Desde el punto de vista material, el acto de retiro debe ser “motivado”, es decir, debe contener el señalamiento de la causa por la cual se produce el egreso del funcionario y no los elementos que dieron lugar, por ejemplo, a la destitución.

En efecto, no puede confundirse el acto de retiro con el “acto de destitución”, éste supone la imposición de una sanción disciplinaria precedido de la tramitación de un procedimiento previo, en cambio el acto de retiro es la manifestación formal por parte del ente público de la terminación de la relación de empleo. De esta manera, la “motivación” del acto de retiro se refiere a la causa que sustenta la terminación, y esto es diferente a la motivación del acto de destitución que debe contar con las circunstancias fácticas y jurídicas, y la indicación de la base legal que legitima la sanción impuesta.

#### **4.1.3.1.2.- Publicidad del Acto de Retiro en la Función Pública**

La segunda característica, en importancia, se centra en la necesidad de que el acto de retiro deba ser comunicado a sus destinatarios para poder desplegar los efectos jurídicos que la Ley le imputa. Así como no puede haber destitución o jubilación “tácita” debe afirmarse que no existirá retiro alguno, si éste no existe por escrito no producirá su eficacia si no se notifica a la persona que deba padecer sus efectos.

De este principio no puede predicarse un carácter “absoluto” porque va a depender de la causa concreta del retiro; así, por ejemplo, no será posible la notificación personal si la causa del retiro es la muerte del funcionario, o la extinción del ente público de que se trate. Sin embargo siempre subsistirá la necesidad de que el acto se notifique a los sucesores del funcionario fallecido, y el ente que se extinga por acto de imperio del Estado debe nombrar una Junta Liquidadora para administrar los efectos del retiro. Esta publicidad se logra mediante la notificación personal del acto de retiro, y sólo si éste no es posible, se procederá a la notificación indirecta de conformidad con los mecanismos establecidos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

#### **4.1.3.1.3.- Obligatoriedad del Acto de Retiro en la Función Pública**

El acto de retiro no es una concesión graciosa de la autoridad competente como podría ocurrir con la jubilación, tampoco es una “facultad” que el ente público pueda decidirlo según su criterio, muy por el contrario, al verificarse la causa o el motivo de terminación de la relación de empleo, el ente público se encuentra obligado de emitir el acto de retiro que será el elemento causal del conjunto de obligaciones pecuniarias que se derivan de

ello. Así como se afirma que la “destitución” no es discrecional, también puede afirmarse que el acto de retiro constituye una obligación cada vez que se produzca la “causa” de que se trate.

#### **4.1.3.2.- Clasificación del Acto de Retiro en la Función Pública**

Siguiendo a García Trevijano “el retiro envuelve la separación del funcionario del servicio y, por ende, la finalización de la relación de empleo público, pero puede obedecer a hechos jurídicos ajenos a la voluntad humana o independientes de ella; a actos voluntarios y constitutivos de la voluntad administrativa o del propio funcionario aunque, en este último caso, intervenga también la Administración” (García Trevijano, 1971: 763),

Aun cuando el retiro es uno sólo, si se miran las “causas”, entonces es susceptible de alguna diferenciación. Las clasificaciones sólo nos sirven para tener un panorama general y aéreo del sistema, y son útiles en la medida en que nos permiten diferenciar los “conjuntos” que agrupan instituciones jurídicas diferentes aunque cercanas; así, por ejemplo, debe diferenciarse el retiro de la destitución porque ésta no es más que una manifestación de aquélla, de donde el “conjunto” del retiro incluye al de la “destitución” aun cuando ésta, a su vez, pueda presentar otros subconjuntos o subniveles. Cada clasificación, por otro lado, debe tener un elemento que le sirva de núcleo esencial identificador, y para nuestros efectos identificaremos dos núcleos posibles: el primero cuando miramos la intervención de la “voluntad” de las partes; y el segundo cuando se enfoca la cualidad objetiva o subjetiva de la decisión del retiro del funcionario.

En principio, la mirada panorámica e introductoria a los detalles posteriores, debe posarse en el Título V de la LEFP el cual se denomina

“Sistema de Administración de Personal” y el Capítulo VIII “Retiro y Reingreso”, constituido por un solo artículo a cuyo tenor:

Artículo 78. El retiro de la Administración Pública procederá en los siguientes casos:

1. Por renuncia escrita del funcionario o funcionaria público debidamente aceptada.
2. Por pérdida de la nacionalidad.
3. Por interdicción civil.
4. Por jubilación y por invalidez de conformidad con la ley.
5. Por reducción de personal debido a limitaciones financieras, cambios en la organización administrativa, razones técnicas o la supresión de una dirección, división o unidad administrativa del órgano o ente. La reducción de personal será autorizada por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, por los consejos legislativos en los estados, o por los concejos municipales en los municipios.
6. Por estar incurso en causal de destitución.
7. Por cualquier otra causa prevista en la presente Ley.

Los cargos que quedaren vacantes conforme al numeral 5 de este artículo no podrán ser provistos durante el resto del ejercicio fiscal.

Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera que sean objeto de alguna medida de reducción de personal, conforme al numeral 5 de este artículo, antes de ser retirados podrán ser reubicados. A tal fin, gozarán de un mes de disponibilidad a los efectos de su reubicación. En caso de no ser ésta posible, el funcionario o funcionaria público será retirado e incorporado al registro de elegibles.

La norma recoge lo previsto en el artículo 53 de la derogada Ley de Carrera Administrativa pero se le agrega, por ejemplo, la pérdida de la nacionalidad o la interdicción civil. Por otro lado, algunas causas que antes sólo daban lugar a la amonestación fueron elevadas a causas legítimas para la destitución de los funcionarios como se desprende del artículo 86 que analizaremos *in extenso* en un epígrafe especial.

#### **4.1.4.- La Jubilación como forma de terminación del empleo público**

De las causas de retiro y destitución, formas por las cuales termina la relación de trabajo dentro de la función pública, llama la atención que la *jubilación*, se encuentre entre las formas de retiro de los funcionarios públicos de la Administración Pública. De acuerdo al numeral 4 del artículo 78 de la LEFP, se establece como una de las formas de retiro de la Administración “la jubilación e invalidez de conformidad con la ley”.

De acuerdo a lo anterior cabe la interrogante de si un funcionario público que cumple con las premisas de edad y tiempo de trabajo puede acogerse a la jubilación para dar término a su relación laboral con la Administración Pública y, de esta forma evitar una sanción disciplinaria.

Con respecto a este punto existen varios aspectos que deben ser tomados en cuenta antes de llegar a una conclusión. En primer lugar es importante señalar que todo ser humano presenta, de acuerdo a su desarrollo evolutivo, una época de maduración (establecida hasta el final de la adolescencia), una época productiva, en donde las funciones cognitivas del mismo se encuentran en plenitud y una época de declive, en la cual todos los procesos cognitivos van sufriendo las consecuencias del desgaste natural del órgano contentivo de los mismos como es el cerebro, así como el sistema nervioso central.

Es por esto que todas las personas cuentan con un momento que se considera como vida útil, en la cual puede llevar a cabo de manera efectiva sus obligaciones laborales. Luego de esta etapa del desarrollo evolutivo normal, comienza un declive de funciones cognitivas que van mermando las capacidades de respuesta normales de todo ser humano. de allí que,

después que una persona ha entregado una cantidad de años de servicio, en este caso, para ejecutar las diversas funciones de la Administración Pública, es menester que el Estado se encargue de sus seguridad social, permitiéndole, con unos ingresos dignos, su subsistencia hasta que llegue el momento de la finitud.

Una de las premisas para acogerse a la jubilación es precisamente la edad; además, esto garantiza que otras personas en edad productiva ingresen a la Administración en su derecho fundamental al trabajo. Sin embargo, existen muchas personas que aun cuando hayan cumplido la edad establecida para acceder a su jubilación, presentan condiciones físicas y mentales acordes a la ejecución de sus tareas dentro de su unidad de trabajo, por lo cual continúan laborando sin mayores dificultades alargando así su ingreso a la denominación de jubilados que muchas veces trae consigo otros trastornos como puede ser hasta la misma depresión, por encontrarse como un ser sin utilidad alguna para sí mismo, su familia y la sociedad.

De esta forma, dentro de la Administración Pública, pueden verse personas que sobrepasan la edad para ser jubilados y el tiempo de trabajo, y sin embargo continúan laborando sin dificultad. Ahora bien, es cierto que si una persona se jubila, es retirada de la nómina como funcionario público, por lo cual puede considerarse dicha jubilación como una forma de retiro de la Administración; pero, qué sucede con los funcionarios que se encuentran en condiciones de jubilación y antes de hacer efectiva la misma, se ven envueltos en procedimientos administrativos disciplinarios, por alguna de las causales establecidas en el artículo 86 de la LEFP.

Al inicio de este capítulo se indicó que un funcionario público no sólo es aquel que presta servicio en la Administración Pública, dado que también son funcionarios los que laboran en el Sistema Judicial, Contraloría, Ministerio Público, entre otros organismos o entes públicos.

De acuerdo a lo anterior, cabe mencionar que la Ley de Carrera Judicial, de acuerdo a su artículo 41, negaba el derecho a la jubilación a los jueces que hubieren sido destituidos o que hubieren renunciado para eludir un procedimiento disciplinario en su contra. Esta previsión fue anulada por considerarse inconstitucional por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia N° 238/2003, del 20 de febrero de 2003. Sin embargo, esta misma Sala del máximo tribunal del país, en el año 2002 había abonado el terreno, iniciando el camino hacia la consecución del entendimiento de la jubilación como un derecho fundamental establecido en la Constitución Nacional.

Es así que, en la sentencia N° 184/2002, esta Sala del máximo tribunal admitió una pretensión que se fundamentaba en la “violación de su derecho social a la jubilación aduciendo reunir los requisitos para ello, y haber hecho la solicitud a ese fin. Tratándose de un derecho social que no le debe ser vulnerado a la accionante, la Sala ordena se tramite dicha solicitud”.

Como explicación a esto, la Sala Constitucional invoca el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que señala que “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia...” por lo cual el Estado Venezolano debe orientar el refuerzo de la protección jurídico-constitucional de las personas o grupos de tales que se consideren como débiles ante otras fuerzas sociales o económicas, lo que repercutiría en aminorar la protección de los más fuertes, por lo tanto, el

Estado Venezolano está obligado a proteger a los más débiles y a tutelar sus intereses y derechos amparados por la Constitución. Es por esto que, continua la sentencia invocada en los siguientes términos:

El derecho a la jubilación debe privar sobre la remoción, el retiro o la destitución de los funcionarios públicos, por lo que, constituye un deber de la Administración previo al dictamen de uno de los precitados actos verificar aun de oficio si el funcionario público puede ser acreedor del derecho a la jubilación y, por ende ser tramitado éste derecho a la jubilación.

En consecuencia, visto que del escrito de revisión el solicitante alega haber laborado en la Administración por un período que excede del necesario para acordar el beneficio de la jubilación, se ordena a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura del Tribunal Supremo de Justicia, verificar conforme a sus antecedentes de servicio si el referido ciudadano puede ser beneficiario de dicho derecho y, de ser procedente sea acordada la jubilación al mismo. Así se decide.

No obstante, en el año 2007, con la sentencia de n° 1.518, de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se asume que el derecho a la jubilación está por encima de la potestad sancionatoria, por lo cual se debe asumir este derecho aun cuan existan razones para la destitución de un funcionario público, si concurren las premisas necesarias para que sea efectiva tal jubilación; es decir que debe privar la jubilación por encima de una destitución señalando lo siguiente: “No obstante lo anterior, ciertamente aprecia esta Sala del escrito de revisión interpuesto, que el solicitante alegó haber prestado servicios a la Administración Pública por casi veintiocho años, en atención a lo expuesto, se observa que el derecho a la jubilación es un beneficio o pensión que se le otorga a los funcionarios públicos, previa la constatación de los requisitos en la ley, como lo son la edad y un determinado tiempo de servicio dentro de la Administración Pública”

A tal efecto, la Sala Constitucional, invoca el artículo 147 de la Constitución Nacional, que en su último aparte señala que la “Ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales”; haciendo énfasis en la ley nacional para señalar a la jubilación como un derecho que se erige como un deber del Estado para garantizar a todos los funcionarios públicos el beneficio que se obtiene por medio de la prenombrada jubilación. Más adelante, la misma sentencia determina lo que sigue: “Visto el contenido y la intención del legislador en dicha norma, es que esta Sala ha entendido que el derecho a la jubilación debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución, aun cuando éstos sean en ejercicio de potestades disciplinarias, ya que debe la Administración proceder a verificar si el funcionario ha invocado su derecho a la jubilación o éste puede ser acreedor de aquél, razón por la cual, priva dicho derecho aun sobre los actos de retiro de la Administración Pública”

Cabe destacar que, la sentencia anteriormente citada tuvo, en su momento, carácter vinculante, por lo que si un funcionario contaba con los requisitos para acceder al beneficio de la jubilación y se encontraba inmerso en un procedimiento disciplinario, podía quedar dicho procedimiento sin lugar al invocar su derecho al beneficio de la jubilación y salir de la Administración por esta vía, tal como lo señala el numeral 4 del artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP). No obstante, el criterio adoptado por la Sala Constitucional en la prenombrada sentencia (1518/2007), no resultó ser pacífico, dado que la Magistrada Carmen Zulueta de Merchán, presentó un voto concurrente, con apariencia de voto salvado, en donde señala:

En primer lugar, señala que mayoría sentenciadora ha extendido efectos a la jubilación que no contempla ni el texto constitucional, ni la Ley del Estatuto de la Función

Pública, ni la legislación del Trabajo vigente. No cabe dudas que la jubilación goza de rango constitucional de acuerdo a lo que se desprende de los artículos 80 y 86 de la Carta Magna, pero la decisión concurrida por la Sala ha extendido los efectos jurídicos de la jubilación más allá del texto constitucional y la legislación del trabajo común y funcionarial; la jubilación es un beneficio de la seguridad social, pero la legislación del trabajo no la contempla como un derecho y en la legislación funcionarial aparece como una causa de retiro. Es por esto que se hace necesario desarrollar por vía legislativa y /o contractual la jubilación como un beneficio laboral frente al patrono y, las consecuencias jurídicas del mismo en la relación laboral, en cuanto a que falta determinar en la legislación si la jubilación es un derecho adquirido, si el trabajador jubilado puede permanecer en la empresa, si puede invocarse la condición de jubilado frente al acto de despido, como otras interrogantes que surjan con respecto a este tema, por la falta de incorporación de la jubilación al derecho sustantivo laboral.

En segundo lugar, establece (la magistrada Zulueta de Merchán) que no existen dudas que la jubilación es un derecho de la seguridad social, por lo que al cumplir con los requisitos previos para obtenerla, esto no puede desconocerse; pero debe considerarse de forma independiente del estatuto del trabajo contemplado en el Convenio Nro. 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por Venezuela y publicado en la Gaceta Oficial Nro. 2.848 Extraordinario del 27 de agosto de 1981.

Por último, señala la prenombrada magistrada que en el régimen estatutario del funcionario público el derecho a la jubilación por sí mismo, no goza del alcance que la mayoría sentenciadora le ha otorgado, dado que el constituyente le encomendó al legislador que debe clarificar los intereses de la Administración Pública frente a la procedencia o no de la jubilación, para que precisamente no ocurra que un funcionario busque eludir un

procedimiento disciplinario acogiéndose a su condición de jubilable, es decir que no pueda ser objeto de una sanción disciplinaria porque cuente con los requisitos para que le sea otorgada la jubilación.

Sin ánimo de perjudicar al funcionario público en su derecho a que se le otorgue el beneficio de la jubilación, tanto ésta como el procedimiento disciplinario deben ser tomados como dos aspectos diferenciados; es decir que aun cuando el funcionario deba gozar de su beneficio como jubilado, no se permita la evasión del mismo si se le ha abierto un expediente por un procedimiento disciplinario, ante el cual debería proceder con igual responsabilidad. Se deben separar ambos procedimientos.

Es tanto así que, la Magistrada Zulueta de Merchán señala que el “precedente impide que los funcionarios jubilables puedan ser objeto de sanciones administrativas mientras que el resto de los funcionarios sí...” Esto estaría en contradicción con el artículo 21 de la Carta Magna que señala la no discriminación, pues unos funcionarios tendrían mayores posibilidades que otros a la hora de salir ilesos de un procedimiento administrativo, además que si el jubilable realmente es responsable de actos contrarios a la Administración y las leyes, se les estaría otorgando una impunidad no acorde con la legislación nacional.

Aun cuando el voto concurrente de la prenombrada Magistrada del Tribunal Supremo de Justicia fue impecable, la Sala Constitucional continuó manteniendo el criterio generado de la sentencia Nro. 1518/2007, ya citada. Sin embargo, en el año 2010, se cambia dicho criterio disponiéndose que la jubilación no debiera detener la imposición de la sanción de destitución. Esto ocurre con la sentencia Nro. 2109 del año 2010, emanada por la Sala

Político-Administrativa del Máximo Tribunal de la nación, que señala lo que sigue a continuación:

Previo análisis del fondo del asunto debatido, debe esta Sala pronunciarse con respecto a la petición formulada por el Ministerio Público, referida a que se declare con lugar el recurso de nulidad interpuesto, en virtud de que la parte recurrente había solicitado el beneficio de jubilación especial antes de que se diera por concluido el procedimiento disciplinario. En tal sentido, la representación fiscal solicitó se declarara la nulidad del acto administrativo recurrido y se oficiara a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura a fin de que proceda a la tramitación definitiva del referido beneficio.

Al respecto, la Sala observa: En el presente caso, se evidencia que a través de la decisión publicada el 26 de febrero de 2008, objeto de impugnación, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, impuso a la recurrente la sanción de destitución, por encontrarla responsable de la falta disciplinaria prevista en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley de Carrera Judicial. Por otra parte, de la revisión del expediente administrativo se constata que la recurrente solicitó se le concediera el beneficio de la jubilación especial el 29 de septiembre de 2005, es decir, antes de la admisión de la acusación formulada en su contra por la Inspectoría General de Tribunales, esto es el 17 de febrero de 2006. Tomando en cuenta lo previamente señalado, debe precisar esta Máxima Instancia que para la fecha en que fue dictada la decisión recurrida, la hoy recurrente había manifestado su intención de acogerse al beneficio de jubilación especial, por considerar que había cumplido los requisitos establecidos para tal fin.

Cabe destacar que de acuerdo a la sentencia 1518/2007, la Sala Constitucional, había establecido como criterio que el beneficio de la jubilación debía privar por encima de cualquier procedimiento disciplinario que conllevara a actos administrativos de remoción, retiro o destitución del

funcionario inmerso en los mismos; no obstante con la sentencia 2109/2010, emanada de la Sala Político Administrativo se debe tomar en cuenta para tomar una decisión acorde:

1. Si la jubilación se concede antes que la destitución, el retiro del funcionario público de sus funciones procede en base a la jubilación, cesando el procedimiento sancionatorio;
2. Si la destitución se impuso antes que se efectuara la jubilación del funcionario público, debe procederse aun sea de oficio, a la revisión de los requisitos para verificar que al mismo le sea concedida o no dicho beneficio;
3. Si el procedimiento de destitución determina la ilegalidad del tal acto administrativo, el tiempo del mismo debe ser tomado en cuenta para el pago de los sueldos dejados de percibir por el funcionario público y para que le sea otorgado el beneficio de la jubilación.

Entonces, es criterio reiterado que la jubilación prive por encima de los procedimientos disciplinarios que puedan conllevar a una destitución; sin embargo, esto es posible sólo si antes de tal procedimiento se hubiere solicitado y otorgado dicho beneficio. No obstante, en sentencia Nro. 859/2009, emanada de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, señala lo que se ha venido mencionando acerca que la jubilación debe privar por encima de los actos de destitución, pero incluye lo que sigue: “No obstante, no existen en el expediente judicial ni administrativo, elementos probatorios suficientes que permitan desvirtuar la responsabilidad disciplinaria del accionante declarada por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, por lo que –aun cuando esté separado del cargo– todos los efectos del acto impugnado sólo en lo atinente a la

declaratoria de responsabilidad disciplinaria del recurrente forman parte de sus antecedentes administrativos y como tal deben constar en su expediente personal”,

Es decir que, aun cuando le sea concedido el beneficio de jubilación a un funcionario público, de igual forma, si el mismo estuviere en curso de un procedimiento disciplinario que sea declarado con lugar, aunque no se le niegue el pnombrado beneficio por ser un derecho emanado de la seguridad social, dicho funcionario contará en su expediente personal el mencionado acto que conlleve a una responsabilidad disciplinaria, con la respectiva decisión acerca del mismo.

De todo lo anterior, cabe destacar que la jubilación efectivamente es considerada como una causal de retiro de la Administración Pública, y también ha sido considerada como un medio para salir de procedimientos disciplinarios que conlleven a destitución de un funcionario jubilable. Sin embargo, si el funcionario objeto de una sanción disciplinaria es realmente jubilable, no se le puede negar este derecho a percibir el beneficio de la jubilación, consagrado en la Constitución Nacional, pero tampoco puede tomar dicha jubilación como una especie de comodín para salir airoso de una responsabilidad por actos contrarios a la Administración Pública que acarreen sanciones disciplinarias, porque, como se verá a continuación, los funcionarios jubilados pueden ser objeto de reingreso a la función pública, por lo que sería muy delicado para la Administración reingresar a un funcionario en cuyo expediente no haya quedado constancia de procedimiento disciplinario alguno, por haberse acogido a la jubilación con la finalidad de evadir sus responsabilidades.

## CONCLUSIONES

El tema de la jubilación y la función pública, a pesar de ser muy interesante como parte del Derecho del Trabajo, constituye un área poco tocada como investigación y como aspecto único en fuentes bibliográficas, donde hablan a cerca de él de una manera general y dentro de bibliografías que tratan sobre el Derecho del Trabajo y de la Función pública, no como aspecto primordial en las mismas.

No obstante, resulta ser un aspecto muy interesante dentro de la gama que se manejan dentro del Derecho del Trabajo. Es así que, la jubilación es definida como un derecho fundamental, que resulta del hecho social trabajo, dado que luego de laborar durante un tiempo determinado por las leyes y cumpliendo con una edad estimada dentro de la adultez mayor, el trabajador o funcionario público gozaría de los beneficios monetarios de una pensión que le cubriría sus gastos en el momento en el que se sobreviene el declive de la vida y no le es posible realizar actividades laborales, siendo que había dedicado su vida útil a tales actividades dentro de un ente u organismo público o privado.

Ahora bien, dentro de este amplio tema existen dos figuras jurídicas de suma importancia para los funcionarios y funcionaras públicos que cumplen con los requisitos de edad y tiempo laborado para ser objeto de jubilación. Estas figuras son la caducidad y la prescripción, dado que aun cuando la jubilación sea un derecho fundamental, cuya garantía proviene de la carta magna venezolana, puede perderse tal derecho de no solicitar que la misma se haga efectiva dentro de lapsos establecidos jurídicamente. Así, la prescripción realmente está referida a la materia civil y la caducidad a la funcionarial. Por lo tanto, cuando se trata de funcionarios públicos, lo que

puede pasar es que, de no accionarse la solicitud o cualquier aspecto como el reajuste de pensiones dentro de los tres meses siguientes al ser adquirido el derecho, entonces la acción estará caduca. Esto, porque la Ley del Estatuto de la Función Pública establece un lapso de tres meses para que curse la caducidad.

Cabe mencionar en este punto que, la Ley de Carrera Administrativa establecía un lapso para la caducidad de seis meses, por lo cual se considera que se viola el principio de progresividad en las leyes, el cual se encuentra establecido por mandato constitucional. Sin embargo, es letra reiterada por los tribunales que manejan la materia el lapso establecido por la ley, del cual existe una sentencia emanada del Tribunal Supremo de Justicia que así lo confirma.

Por otro lado, la presente investigación se planteó la disyuntiva de la jubilación como derecho adquirido o beneficio de la seguridad social. De esto puede decirse que, efectivamente la jubilación es un derecho fundamental establecido dentro de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como tal, para garantizar a las personas que han dedicado su vida útil a prestar actividades laborales para un empleador, que durante el declive de su vida puedan contar con recursos que les permita garantizar su dignidad humana. Por otro lado, al ser el trabajo un hecho social establecido como un derecho fundamental, lo que se derive de él, como el caso de la jubilación, también puede ser considerado derecho fundamental.

De igual forma, es importante mencionar que, tal como se indicó la jubilación es un derecho fundamental, sin embargo la pensión es lo que se considera como un beneficio de la seguridad social. Es así que, la jubilación, no puede considerarse sólo como una de las formas que establece la Ley del

Estatuto de la Función Pública para dar por término al trabajo dentro de los organismos o entes públicos, sino que es un derecho adquirido de las personas que laboran por veinticinco o más años dentro de la Administración Pública y han cumplido una edad establecida como mínima para hacer uso de tal derecho.

Esto es importante mencionarlo por que pudiera tomarse la jubilación como una forma de deshacerse de investigaciones administrativas por incumplimiento del deber funcional de algunos funcionarios que incurran en faltas, pero que contando con los requisitos de edad y tiempo laborado decidan dar por terminada su relación laboral con la Administración Pública, con la solicitud de la jubilación, tal como ocurrió en casos en los cuales se recurría a estas acciones para evitar sanciones administrativas. Sin embargo, el máximo tribunal del país ha señalado en sentencias vinculantes que, aun cuando existan los requisitos indicados por ley para que se otorgue la jubilación a un funcionario público, si el mismo está incurso en una investigación administrativa, no puede evitar la misma, por lo cual no se le niega su derecho a la jubilación, pero de ameritar sanciones administrativas tampoco podrá evitar que las resultas queden en su expediente.

Finalmente, esto es así, puesto que los funcionarios públicos luego de ser jubilados, por su experiencia y probada competencia, podría ser reingresado a la Administración Pública, pero que de haber sido encontrado con evidencias de acciones que quedaron establecidas como faltas que ameritaban algún tipo de sanción, entonces no podría acceder a un reingreso o, por lo menos, la Administración estaría en conocimiento del expediente abierto y sancionado de tal funcionario.

## RECOMENDACIONES

Luego de haber revisado una amplia gama de fuentes bibliográficas referidas al tema planteado, cabe destacar la necesidad de ampliar el mismo por medio de investigaciones que puedan permitir un mejor entendimiento del mismo, dado que aun cuando sea un tema que abarca a los funcionarios públicos, como parte del Derecho del Trabajo, es posible verificar entonces un *derecho funcional* dentro del primero, para así observar todo lo que concierne a estos trabajadores de la Administración Pública, desde un aspecto jurídico particular, en el cual existe una gran gama de instrumentos jurídicos que así lo definen.

Por otro lado, se recomienda realizar investigaciones de campo que permitan tomar de primera fuente datos que amplíen el conocimiento del aspecto funcional dentro del ambiente jurídico que le rodea.

También, es de acotar que sería interesante observar investigaciones referidas al tema de la caducidad y los efectos de la misma para quienes han tenido que sufrir las consecuencias de no poder acceder a su derecho por haberse encontrado caduco, puesto que en muchas ocasiones esto podría deberse a la ignorancia de dicha figura jurídica y pensarse que porque la jubilación sea un derecho adquirido, debe ser otorgado per se, por lo que no sólo se trataría de investigaciones sino que también se abarque la información, sea por la vía de fuentes bibliográficas o por jornadas informativas, donde los funcionarios puedan conocer de estos aspectos que les compete e interesa para su propio futuro.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acosta Romero (1995), Miguel: **Derecho burocrático mexicano**. Ed. Porrúa. México.
- Alfonzo, R. (2006). **Nueva didáctica del derecho del trabajo** (14a ed.). Venezuela: Melvin, C. A.
- Álvarez, C. (2004). **La profesionalización en la nueva gestión pública venezolana y en el derecho comparado**. (Documento en línea). Disponible en: <http://servicio.bc. Uc.edu.ve/derecho/revista/idc27/27-7.pdf>
- Araujo-Juárez (2007), José: **Derecho administrativo**. Parte general. Ed. Paredes. Caracas.
- Arias, F. (2006). **El proyecto de investigación** (15a ed.). Venezuela: Episteme
- Árraga, M. (2010). **Seguridad social para adultos mayores en Venezuela: características, bondades y limitaciones del régimen prestacional de servicios sociales al adulto mayor y otras categorías de personas**. (Resumen en línea). Tesis doctoral no publicada. Universidad del Zulia. Disponible en: <http://www.revistas.luz.edu.ve/index.php/gl/article/viewFile/9221/8882>
- Arroyo Herrera (2000), Juan Francisco: **Régimen jurídico del servidor público**. Ed. Porrúa. México.
- Barrios, L. y Camejo A. (2004). **El proceso de reforma de la seguridad social en Venezuela: una visión desde el movimiento sindical venezolano (CTV). Trabajo especial no publicado**. (Documento en línea). Disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/article/view/NOMA06022275A/5A/26641>
- Brewer Carías (1996), Allan: **La actividad administrativa y su régimen jurídico. Sentido de la interaplicación del Derecho Público y el Derecho privado, en II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carías”**. Ed. Funeda. Caracas.
- Buitrago C. (2006), Luis A.: **Régimen jurídico de los empleados oficiales**. Ed. Temis. Bogotá.
- Caballero (2008), Jesús: **El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público**. Ediciones Paredes. Caracas.
- Cabeza Pereiro (2009), Jaime: **El régimen de los funcionarios públicos. ¿Derecho del trabajo o Derecho administrativo?**, en Revista Derecho del Trabajo, nº 7, 2009. Fundación Universitas. Barquisimeto-Venezuela.
- Camba, N. y Flores, R. (2010). **Protección social al adulto mayor: un análisis del ordenamiento jurídico venezolano. Trabajo especial de grado no publicado**. (Documento en línea). Disponible en: [http://www.scielo.org.ve/scielo.php?scrip=sci\\_arttext&pid=S1315-85972010000100004&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ve/scielo.php?scrip=sci_arttext&pid=S1315-85972010000100004&lng=es&nrm=iso). ISSN 1315-8597

- Carrillo, C. (2003). **El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela**. Caracas.
- Carrillo A. (2003), Carlos: «**La reorbitación de los deberes y derechos de los funcionarios públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública**», en El régimen jurídico de la función pública en Venezuela. Caracas.
- Correa Carrasco (2005), M.: «**La jubilación forzosa y las fuentes del Derecho del Trabajo**», en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 126. abril-junio 2005.
- Degen (1987), J.: **El sistema de carrera en la República Federal alemana, en Documentación Administrativa**. Madrid.
- De Buen Unna (2009), Carlos: **Régimen laboral del funcionario público**, en Revista Derecho del Trabajo, nº 7, 2009. Fundación Universitas. Barquisimeto-Venezuela.
- De la Cueva (1978), Mario: **El nuevo Derecho mexicano del trabajo**. Ed. Porrúa. México.
- De Pedro (2003), Antonio: **El proceso de laborización de la función pública venezolana, en Estudios sobre Derecho del trabajo**. Libro Homenaje a José Román Duque Sánchez. Tribunal Supremo de Justicia, colección Libros homenajes nº 9. Caracas.
- Díaz, L. (2001). **Despliegue estatal y fondo de pensiones en Venezuela**. (Artículo en línea). Disponible en: [http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/12\\_2/12210206.pdf](http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/12_2/12210206.pdf)
- Díaz, L. (2000). **Capitalización individual privada y el rol del Estado en la seguridad social**. (Artículo en línea). Disponible en: [http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/12\\_2/12210206.pdf](http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/12_2/12210206.pdf)
- Domador, A. y Fleitas, D. (2002). **Ley sobre el Estatuto de la Función Pública. Análisis entre el nuevo y el viejo régimen laboral**. Trabajo especial de grado no publicado. Disponible en: <http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAP8062.pdf>
- Duque Corredor (1997), Román J.: «**Prólogo (algo más que un introito)**», a la obra de De Pedro (1997), Antonio: Régimen funcional de la Ley de Carrera Administrativa. Ed. Vadell Hermanos. Caracas.
- Fernández, M. (2002). **La reforma de la seguridad social en Venezuela. Trabajo especial no publicado**. (Documento en línea) disponible en: [http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1012\\_25082002000300009&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ve/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1012_25082002000300009&lng=es&nrm=iso)
- Flores, Gilberto y Nef, Jorge (1983): **Nuevos enfoques en Administración pública**: Elementos para la discusión, en Revista Centroamericana de Administración Pública, año 1983, pp. 57-70. Costa Roca.
- García Trevijano (1971), J.A.: **Tratado de Derecho administrativo**. Ed. Técno. Madrid.
- Gazier (1972), François.: **La fonction publique dans le monde**. Ed. Cujas. Paris.

- Godínez, A. (2009). **El régimen jurídico de la seguridad social en Costa Rica y el Convenio núm. 102 de la Organización Internacional del Trabajo. Trabajo especial no publicado.** (Documento en línea). Disponible en: <http://revistas.unam.mx/index.php/rlds/article/view/18596>
- González, E. (2010). **Situación del régimen de carrera administrativa en Colombia.** (Resumen en línea). Trabajo especial no publicado. Disponible en: <http://redalcy.uaemex.mx/redalcy/pdf/976/8767271009.pdf>
- Grimaldo Lorente, Jaime: **Consideración de principios organizacionales para Administración Pública. Bases teóricas para una reforma administrativa en Venezuela,** en [http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/15773/1/orgadm\\_publica\\_jaime\\_grimaldo.pdf](http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/15773/1/orgadm_publica_jaime_grimaldo.pdf)
- Harmon, M y Mayer, R. (1999). **Teoría de la Organización para la administración Pública.** México. Fondo de Cultura Económica. México.
- Hernández (2005), José Ignacio: «**El concepto de funcionario público en la nueva Ley contra la Corrupción**», en AA.VV(2005): El régimen jurídico de la función pública en Venezuela, homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas.
- Iturraspe (2006), Francisco: **Fuero sindical y protección sindical en Venezuela, en Grupo de Estudio de Derecho Social,** en <http://www.derechosocial.com/doctrina/d-140.htm>, Argentina [consulta 15/9/2006.]
- Jiménez, R. (2006). **Reforma al régimen de jubilaciones y pensiones en el Instituto Mexicano del Seguro Social.** Trabajo especial no publicado. Disponible en: <http://148.206.53.231/UAMI13249.PDF>.
- Lares Martínez (2001), Eloy: **Manual de Derecho administrativo.** Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Maduro Luyando (1995), Eloy: **Curso de obligaciones.** Derecho civil III. Ed. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.
- Martín Rebollo (2007), L.: «**Catorce «estaciones» normativas en la jubilación del funcionario**», en López Cumbre (2007), L(Coord.): Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación. Ed. Iustel. Madrid.
- Mella Méndez (2007), L.: «**La extinción del contrato de trabajo por jubilación del trabajador: Notas sobre su naturaleza jurídica**», en López Cumbre (2007), L(Coord.): Tratado de jubilación. Homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación. Ed. Iustel. Madrid.
- Mella, L. (2002). **La extinción de la relación laboral por jubilación del trabajador.** (Libro en línea). Editorial Lex Nova. Disponible en: [http://www.mtin.es/es/publica/pub\\_electronicas/destacadas/revista/números/49/Recen01.pdf](http://www.mtin.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/números/49/Recen01.pdf)

- Méndez, A. (2003). **El zigzagueante camino de la reforma securista en Venezuela**. Trabajo especial de grado no publicado. (Documento en línea). Disponible en: <http://redalcyc.uaemex.mx/redalcyc/pdf/177/17709307.pdf>
- Montero, G. (2007). **La Administración Pública en el Marco Constitucional (Libro en línea). La Función Pública en la Constitución dominicana**. Oficina Nacional de administración de Personal. Disponible en: <http://www.seap.gob.do/ContentManager/Archivos/Documentos/Revista%201%20ONAP%20v3%20FINAL.pdf#page=49>
- Moreno, J. (2010). **Reestructuración del régimen de pensiones**. Documento no publicado. (Documento en línea). Disponible en: <http://rad.unam.mx/ojs/index.php/rlds/article/view/18652/17704>.
- Mujica Petit (2010), Javier: «**La justiciabilidad del derecho a la seguridad social en el ámbito nacional y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos**», en [http://www.idrc.ca/en/ev-107495-201-1-DO\\_TOPIC.html](http://www.idrc.ca/en/ev-107495-201-1-DO_TOPIC.html). [Consulta 2010, 16 de octubre].
- Organización Internacional del Trabajo (1052). C 102 Convenio Sobre la Seguridad Social (norma mínima). (Documento en línea). Disponible en: [http://www.ilo.org/ilolex/cgi\\_lex/cgvds.pl?C102](http://www.ilo.org/ilolex/cgi_lex/cgvds.pl?C102).
- Parada (2000), Ramón: **Derecho Administrativo. II**. Organización y empleo público. Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona (España)
- Pellegrino Pacera (2002), Cosimina G.: «**Algunas consideraciones sobre las categorías de funcionarios públicos a la luz de la Ley del Estatuto de la Función Pública**», en Temas de Derecho Administrativo-Libro Homenaje a Gonzalo Pérez Luciani. Colección Libros Homenaje, nº 7. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas.
- Plá Rodríguez (1977), Américo: **A propósito de las fronteras del Derecho del trabajo, en Estudios sobre derecho laboral, homenaje a Rafael Caldera**. Ed. UCAB. Caracas.
- Ramió, Carles. (1999). **Teoría de la Organización y Administración Pública**. Ed. Técnos. Universidad Pompeu Fabra. Barcelona (España).
- República Bolivariana de Venezuela. **Constitución de la República Bolivariana de Venezuela**, Gaceta Oficial Nro. 5.453 Extraordinario, de fecha 24 de marzo de 2000.
- República Bolivariana de Venezuela. **Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios**, Gaceta Oficial Nro. 38.501, de fecha 16 de agosto de 2006
- República Bolivariana de Venezuela. **Ley del Estatuto de la Función Pública**, Gaceta Oficial Nro. 37.522, de fecha 06 de septiembre de 2002

- República Bolivariana de Venezuela. **Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público**, Gaceta Oficial Nro. 39.592, de fecha 12 de enero de 2011
- República Bolivariana de Venezuela. **Ley Orgánica del Poder Público Municipal**, Gaceta Oficial Nro. 5.806, Extraordinario, de fecha 10 de abril de 2006
- República Bolivariana de Venezuela. **Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social**, Gaceta Oficial Nro. 37.600, de fecha 30 de diciembre de 2002
- República Bolivariana de Venezuela. **Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social**, Gaceta Oficial Nro. 39.912, de fecha 30 de abril de 2012.
- Rondón de Sansó(2005), Hildegard: «Palabras de agradecimiento», en la obra AA.VV(2005): **El régimen jurídico de la función pública en Venezuela**, homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Caracas.
- Rondón de Sansó (1971), Hildegard: **El sistema contencioso administrativo de la carrera administrativa**. Ed. Magon. Caracas.
- Rondón de Sansó (1986), Hildegard: **Teoría de la actividad administrativa**. Ed. Jurídica Venezolana. Caracas.
- Royo-Villanova (1984), A.: **Elementos de Derecho administrativo**. S.e., Valladolid. (España)
- Sánchez Morón (2001), Miguel: **Derecho de la función pública**. Ed. Tecnos. Madrid.
- Santamaría Pastor (2001), Juan Alfonso: **Principios de Derecho administrativo**. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid.
- Van Dalen, D. y Meyer, W. (2010). **Manual de técnica de la investigación educacional**. (Documento en línea). Disponible en: [http://noemagico.blogia.com/2006/091301\\_la\\_investigacion\\_descriptiva.php](http://noemagico.blogia.com/2006/091301_la_investigacion_descriptiva.php)
- Vega, M. (2005). **La reforma laboral en América Latina: 15 años después**. Editora Copyright © Organización Internacional del Trabajo. Disponible en: [http://64.76.30.70/WDMS/bib/publ/libros/reflaboral\\_15despues\\_mlv.pdf](http://64.76.30.70/WDMS/bib/publ/libros/reflaboral_15despues_mlv.pdf)
- Villarroel (2005), Amalia: Situación actual comparada de las relaciones laborales en el sector público de nueve países de América Latina (Argentina, Brasil y Chile; Colombia, Ecuador y Perú; Costa Rica, El Salvador y Panamá). Lima, OIT/Oficina Regional de la OIT para América Latina y el Caribe, 2005. (Serie: Documentos de Trabajo).
- UCV (2007). **Normativa Internacional del Trabajo**. (2da ed.) Caracas: Panapo.
- Urosa Maggi (2003), Daniela: **Régimen estatutario del funcionario público en la Constitución de 1999, en Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela**, libro Homenaje a la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, tomo I. Ed. Funeda. Caracas.
- Universidad Pedagógica Experimental Libertador (2011). **Manual de trabajos de grado de especialización y maestrías y tesis doctorales** (4ª ed.). Venezuela: Fedupe