

# Revista de Derecho Funcionario

ISSN: 2610-7880

## Número 29

Enero - Junio 2020





**Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)**

**Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)**

**REVISTA DE DERECHO  
FUNCIONARIAL**

Número 29  
Enero – Junio 2020

Caracas, 2024

# REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

Publicación semestral

## Director

Manuel Rojas Pérez

## Subdirector

Gabriel Sira Santana

## Secretario

Francisco Ramírez Ramos

## Comité de Redacción

Rosibel Grisanti, José Ignacio Hernández G., Jorge Kiriakidis, Iván Paredes Calderón, Antonio Silva Aranguren, José Gregorio Silva Bocaney

## Consejo Consultivo

Allan R. Brewer-Carías, Jesús Caballero Ortiz, Belén Ramírez Landaeta, Armando Rodríguez García, Jorge Luis Suárez, Gustavo Urdaneta Troconis, Daniela Urosa Maggi

## © REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

Número 29. Enero – Junio 2020

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) o el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).

ISSN: 2610-7880 (edición digital)

P.P.: MI2018000567

**Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA).** Av. Tamanaco, Urb. El Rosal, Edificio Impres, Caracas, Venezuela. Teléfono: +58 (212) 953 1995. Correo electrónico: funeda@gmail.com. Sitio web: [www.funeda.net](http://www.funeda.net)

**Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).** Av. Santos Erminy, Urb. Las Delicias, Edificio Park Side, Caracas, Venezuela. Correo electrónico: [contacto@cidep.com.ve](mailto:contacto@cidep.com.ve). Sitio web: [www.cidep.com.ve](http://www.cidep.com.ve)

## NORMAS DE LA REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

1. El artículo podrá tener hasta un máximo de tres coautores.
2. El artículo debe enviarse a la dirección electrónica [rdmf@funeda.net](mailto:rdmf@funeda.net).
3. El artículo debe remitirse en formato .doc o .docx (Microsoft Word).
4. No se establece un número mínimo o máximo de páginas por artículo.
5. El tamaño de la hoja será carta y en sentido vertical, con márgenes superiores e inferiores de 2.5 cm y laterales de 3 cm. La alineación de texto será justificada.
6. La fuente del texto general será Arial, número 12, color negro, con interlineado de 1.5 puntos y sangría de 0.7 cm al inicio de cada párrafo. El espacio entre párrafos será de 6 puntos y no se dejarán líneas en blanco.
7. La fuente de los pies de página será Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. El espacio entre párrafos será simple y no se dejarán líneas en blanco.
8. En autor podrá hacer uso de la cursiva para destacar una palabra o frase breve en el texto, absteniéndose de usar negrillas o subrayados con esta finalidad.
9. El título del artículo debe ir al inicio del archivo, en mayúsculas sostenidas y negrillas. Seguido de ello se incluirá el nombre del autor en la línea siguiente, alineado a la derecha, con un pie de página que incluya una reseña curricular que no supere las cinco líneas y en donde deben precisarse sus grados académicos, institución de adscripción y correo electrónico.
10. Los artículos incluirán un resumen en español e inglés de hasta 150 palabras y de tres a cinco palabras claves en estos idiomas.
11. Los artículos se dividirán de acuerdo con la siguiente jerarquía, empleándose negrillas para los títulos y mayúsculas tipo oración. La introducción y la conclusión no se enumeran: 1., 1.1., 1.1.1.1...
12. Toda frase extraída de una obra de terceros habrá de ser debidamente citada de acuerdo con la extensión precisada en el punto 15 de estas normas. En caso de parafraseo, el llamado a pie de página se colocará al final de la idea comentada. El autor procurará en todo caso evitar las citas de citas y, en caso de hacer llamados generales a la doctrina, foro o análogos, deberá incluir un pie de página donde precise los autores y obras donde puedan profundizarse tales planteamientos.
13. Las citas bibliográficas habrán de incluirse como pie de páginas, sin que se incorpore un apartado de bibliografía en el artículo.
14. Para el orden de las citas a pie de página se sugiere el uso del Manual de estilo Chicago-Deusto (<https://bit.ly/3BOGaxE>). En todo caso, el autor podrá optar por otros sistemas siempre que este se mantenga de forma uniforme a lo largo del artículo y permita conocer todos los elementos de valor para la consulta de la

fuente (autor; título del libro o artículo; título de la obra colectiva o publicación periódica de ser el caso; editorial; ciudad; año; número de páginas; enlace; entre otros).

15. Si la cita supera las 40 palabras deberá incluirse como párrafo aparte y con margen izquierdo de 0.7 cm, letra Arial, número 10, color negro, con interlineado simple y sin sangría. En caso de ser igual o inferior a las 40 palabras, la cita se insertará en el texto entre comillas.
16. Los autores que remitan artículos para la consideración de la Revista declaran que la obra que presentan es original e inédita, y ellos son los titulares de los derechos patrimoniales y morales sobre la misma, por lo que la Revista, FUNEDA y el CIDEP quedan exonerados de cualquier responsabilidad en cuanto a la vulneración de derechos de terceros.
17. Los autores cuyos trabajos sean aprobados para su publicación en la RDF ceden a FUNEDA y el CIDEP los derechos de explotación sobre sus artículos de forma gratuita, exclusiva, perpetua y sin limitación territorial. En virtud de la cesión efectuada, FUNEDA y el CIDEP quedará facultado para la edición, reproducción, publicación, distribución, difusión, comunicación pública y comercialización de la obra, siempre que reconozca su autoría.
18. La RDF no está en la obligación de publicar los artículos recibidos. En todo caso, la revista procurará notificar al autor de su interés o no en la obra a la brevedad posible.
19. Como parte del proceso editorial, la RDF podrá realizar comentarios, sugerencias y observaciones al autor basadas en criterios académicos y editoriales, a fin de que el autor realice los ajustes respectivos para la aprobación del texto.
20. El autor podrá solicitar gratuitamente a la RDF que prescinda de la publicación del artículo que haya enviado siempre que el mismo no haya entrado en etapa de diagramación. De encontrarse en esta etapa o una posterior, y siempre que no se haya procedido a la publicación de la obra, el autor podrá solicitar la remoción de su trabajo previo pago de los gastos en los que se haya incurrido durante el proceso editorial.

## ÍNDICE

<b>APROXIMACIÓN A UNA VISIÓN INTEGRAL DE LA REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO EN VENEZUELA, <i>Pier Paolo Pasceri Scaramuzza</i></b> .....	7
Introducción .....	8
1. Sistemas que se entrelazan entre sí .....	8
2. Régimen legal del personal con ingreso irregular por contraposición a la entrada a la carrera administrativa secundum legem .....	15
3. Régimen legal de los empleados contratados en el sector público .....	27
4. Relación colectiva funcionarial .....	30
5. Situaciones funcionariales especiales .....	38
6. Situación autonómica de los estados y municipios .....	40
7. Breve análisis de los tipos de responsabilidades de los funcionarios públicos .....	44
Aproximación conclusiva .....	45
<b>CENTRALIZACIÓN Y POLITIZACIÓN EN LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, <i>Nelson Faraco</i></b> .....	47
1. Centralización política y administrativa como iniciativa de la “Revolución” .....	47
2. La carrera administrativa y la función pública de hoy .....	49
3. Análisis comparativo y tendencias actuales de la función pública .....	53
Notas finales .....	57
<b>ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: BREVES COMENTARIOS SOBRE EL FRACASO DE UN PROYECTO DE REFORMA INSTITUCIONAL, <i>Francisco Ramírez Ramos</i></b> .....	59
1. Un sueño de reforma desde la Constitución .....	60
2. La deficiente realización formal del mandato constitucional .....	61
3. La falta de voluntad política para ejecutar la reforma .....	65
4. La situación en los tribunales .....	69
Conclusiones .....	73
<b>LA FIGURA DEL CONTRATADO: LA DEUDA PENDIENTE DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, <i>Pelayo de Pedro Robles</i></b> .....	75
Introducción .....	75
1. La tesis de la relación funcionarial encubierta .....	77
2. Breve referencia a la jurisprudencia posterior a la promulgación de la Constitución de 1999 .....	79

3. Ley del Estatuto de la Función Pública .....	83
4. De la tesis de la relación funcionarial encubierta a la tesis de la estabilidad provisional: La jurisprudencia posterior a la Ley del Estatuto de la Función Pública .....	89
A modo de corolario .....	109
<b>COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA. ENERO – JUNIO 2020, Iván D. Paredes Calderón y Mileimi Morales .....</b>	<b>113</b>
<b>NORMATIVA. ENERO – JUNIO 2020 .....</b>	<b>147</b>

# APROXIMACIÓN A UNA VISIÓN INTEGRAL DE LA REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO EN VENEZUELA

Pier Paolo Pasceri Scaramuzza\*

RDF, N° 29 (2020): 7-46

**Resumen:** Partiendo de la normativa existente, se aboga por una regulación del esfuerzo físico de los trabajadores venezolanos de una forma global e interconectada independientemente que presten sus servicios en el sector público o privado. Lamentablemente este régimen armónico no ha existido, de allí que el operador jurídico de uno de los sistemas, el estatutario o laboral, al aplicar el Derecho lo hace de manera aislada sin tomar en consideración la existencia de las particularidades del otro, lo que en no pocos caso ha conllevado a errores en su aplicación, aumentado los conflictos. Se proponen salidas hermenéuticas frente a los vacíos regulatorios y se abordan desde la visión jurisprudencial, temas referentes al ingreso irregular, los contratados en la Administración pública y la relación colectiva funcionarial. De manera puntual se trata lo referente a las responsabilidades el sector público.

**Palabras clave:** Estatutario; Funcionario; Laboral; Trabajador.

**Summary:** Based on the existing regulations, it is advocated a regulation of the physical effort of Venezuelan workers in a global and interconnected way regardless of whether they provide their services in the public or private sector. Unfortunately, this harmonious system has not existed, hence the legal operator of one of the systems, the statutory or labor system, when applying the law does so in isolation without taking into account the existence of the particularities of the other, which in many cases has led to errors in its application, increased conflicts. Hermeneutic solutions are proposed in the face of regulatory gaps and are addressed from a jurisprudential perspective, issues related to irregular entry, those hired in the public administration and the civil service collective relationship. The responsibilities of the public sector are dealt with in a timely manner.

**Key words:** Statutory; Public Servant; Labor; Worker.

---

\* Abogado egresado de la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). Post-Doctor en Estudios Libres de la Universidad Fermín Toro (UFT). Doctor en Gerencia (UFT). Especialista en Derecho Laboral y Derecho Administrativo (UCAB). Postgraduado en la especialidad de Derecho Tributario Universidad de Salamanca, España. Profesor Titular Universidad Centroccidental Lisandro Alvarado (UCLA). Profesor agregado (UCAB). Ex-Juez ad-hoc de la Corte Interamericana de DD.HH. Ex-Magistrado Principal de la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo. Miembro de Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Correo electrónico: pasceriabogados@gmail.com.

**Sumario: Introducción.** 1. Sistemas que se entrelazan entre sí. 2. Régimen legal del personal con ingreso irregular por contraposición a la entrada a la carrera administrativa secundum legem. 3. Régimen legal de los empleados contratados en el sector público. 4. Relación colectiva funcionarial. 5. Situaciones funcionariales especiales. 6. Situación autonómica de los estados y municipios. 7. Breve análisis de los tipos de responsabilidades de los funcionarios públicos. **Aproximación conclusiva.**

## Introducción

Considero que el tema tiene la complejidad propia de los quehaceres de la cosa pública, por cuanto hasta la fecha ha existido un entretejido normativo poco claro para regular las relaciones jurídicas de los integrantes de la Administración Pública con el Estado.

Existió una primera intención estatal en regular las relaciones con sus trabajadores, excluyéndola de toda remisión al régimen laboral ordinario, estableciéndose un régimen estatutario puro. Este régimen se vio poco a poco incidido por el régimen del cual quiso fijar distancia, y la razón de que esto sucediera fue la falta de oportuna regulación normativa frente a la dinámica sindicalista, agravada por las no pocas complacientes soluciones arbitradas con fórmulas reguladas por la ley laboral frente a estallidos conflictivos en el sector público.

La Constitución vigente optó por continuar con el régimen estatutario y de suyo la dualidad de regímenes, e impuso un conjunto de normas, ahora de rango constitucional, que no admitiría tergiversaciones otrora realizadas por fallos judiciales, los cuales aun cuando trataron de acabar con discriminaciones laborales dentro del sector público, en definitiva, establecieron una brecha abismal entre la regulación positiva contenida en las leyes y lo que irradiaban los fallos. Este fenómeno se ha repetido a través de sentencia de la máxima instancia judicial del país.

El intento constituyente parece estar perdiendo la batalla frente a las costumbres endémicas que tratan de mantener vivas viejas praxis que tienen claro sustento en el régimen laboral, pero se encuentran reñidas con las disposiciones estatutarias constitucionales y legales.

### 1. Sistemas que se entrelazan entre sí

Realizada la introducción, entendemos que la mejor manera de introducir el tema es definir de forma sencilla lo que representa el régimen estatutario y laboral.

En este sentido, se hace necesario advertir que al hablar del régimen normativo estatutario nos referimos a aquel que integra las normas propias que regulan al grupo de personas que de forma legal han cumplidos los

extremos previstos para integrar la Administración pública (salvo excepciones preconstitucionales referidas a los funcionarios de hecho que serán tratadas más adelante al momento de tocar lo atinente al ingreso irregular), específicamente a los empleados que (prestando su fuerza intelectual sobre la física) trabajan para el Estado ejerciendo funciones públicas, las cuales se encuentran contenidas en un estatuto así como en las normas reglamentarias y organizativas que se derivan de éste.

Este estatuto del funcionario está integrado por el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los funcionarios públicos, definiendo así la naturaleza de la relación existente entre la Administración y sus agentes.

Esa relación ha sido explicada de varias formas por la doctrina, dividiéndose los autores entre los que opinan que se trata de un contrato (de trabajo o de derecho administrativo) y los que señalan que existe una mera relación unilateral estatal con esos empleados.

(i) *Corriente contractualista*. La tesis del contrato de trabajo se fundamenta en la prestación de un servicio y una retribución en virtud de un contrato de obra, tesis que derivó en que la Administración no tenía frente a sus dependientes obligaciones sino sólo deberes públicos, que voluntariamente asumía con el proveimiento de designación. Más adelante, se estimó que lo esencial de la relación jurídica es su base reglamentaria, en la cual la situación del funcionario público se presenta regulada en forma unilateral por el Estado.

La importancia de esta posición es su consecuencia, que no es otra que la no inmutabilidad de los derechos que el mismo consagra, es decir, que frente a las situaciones generales no pueden alegarse derechos adquiridos cuando el estatuto sea modificado, pudiendo el legislador eliminarlos sin que se produzca la lesión de un derecho subjetivo<sup>1</sup>.

Dentro de esta corriente se ubica la posición que sostiene que en la relación contractual de derecho administrativo, la voluntad de la Administración y la del administrado –funcionario– se unen en plano de igualdad para formar un contrato, aunque de Derecho público. La voluntad del funcionario

---

<sup>1</sup> En un sentido similar sentencia del TSJ-SPA de fecha 27-11-2001 Exp. N° 0252 que señaló: “En cuanto al primero de los supuestos acotados, es necesario aclarar que el carácter de funcionario público que ostente una persona, no implica per se un derecho a la estabilidad, pues como es bien sabido, se establecen dos modalidades en ese sentido, configuradas por los funcionarios de carrera, y los de libre nombramiento y remoción. Cabe así señalar que los primeros, dado su desempeño con carácter permanente, encuentran un alto grado de estabilidad, (...). // En el segundo caso, esto es, los funcionarios de libre nombramiento y remoción, resulta clara su condición dentro de la función pública al variar su situación respecto de los funcionarios de carrera, por estar aquellos desprovistos de la garantía de la estabilidad”.

para aceptar el cargo o empleo que no puede ser forzada por la Administración, es lo que caracteriza la naturaleza contractual del vínculo como de Derecho público.

(ii) *Corriente estatutaria*. La tesis estatutaria señala que toda interpretación que deba darse a la ley debe estar orientada por criterios de Derecho Administrativo. Al efecto, en la consideración jurídica de las relaciones estatutarias como la de la función pública, no pueden utilizarse soluciones o situaciones del Derecho Laboral, por cuanto tal derecho tiene por objeto regular las relaciones contractuales que se establecen bilateralmente entre un trabajador y su patrono, las cuales son de carácter subjetivo, bilateral y personal, diferentes a las que surgen entre el Estado y el funcionario público.

Dicha tesis rechaza totalmente la aplicación analógica de las normas del Derecho Laboral. Basta con analizar los efectos de esta posición observando el texto del Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Pública, de fecha 13-11-2001 con *vacatio legis* hasta el 13-07-2002, que fue ley venezolana pero jamás entró en vigor porque fue derogada implícitamente por la Ley Estatutaria vigente.

A propósito de las tesis expuestas, cabe señalar que existió una gran corriente preconstitucional para unificar ambos sistemas (el laboral ordinario y el estatutario), a pesar de que la vigente Constitución mantuvo la separación de ambos sistemas<sup>2</sup>, como se apuntó.

En otro orden de ideas, dentro del sistema estatutario y de igual manera como lo preveía la Ley de Carrera Administrativa, la Ley del Estatuto de la Función Pública señala algunas exclusiones en su ámbito de aplicación: por ejemplo, los funcionarios públicos al servicio del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), o los funcionarios públicos a que se refiere la Ley del Servicio Exterior, o los miembros del personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las Universidades Nacionales<sup>3</sup>.

Ahora bien, debemos señalar que estas exclusiones no deben ser consideradas como absolutas, por cuanto existiendo o inexistiendo un estatuto especialísimo, frente a vacíos normativos, antes de acudir a la legislación laboral ordinaria (régimen laboral) debemos acudir a la norma más afín<sup>4</sup> que

---

<sup>2</sup> Vid. (Diario de Debates) octubre-noviembre 1999. Gaceta de fechas 30-10-1999, pp. 34 a 36; y de 01-11-1999, p. 16. Imprenta del Congreso de la República de Caracas.

<sup>3</sup> Vid. como ejemplo del tratamiento de sistemas estatutarios especiales, sentencia de la Sala Constitucional de 11-12-2003, Exp. N° 03-0013

<sup>4</sup> No obstante puede existir reenvío del régimen especialísimo al régimen estatutario, tal como lo hace la Ley de Servicio Exterior (G.O. N° 38.241 del 02-08-2005) en su disposición transitoria segunda al señalar que todo lo relacionado con las jubilaciones y pen-

no será otra que las normas recogidas por la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>5</sup>.

A la par del régimen estatutario, tenemos el régimen normativo laboral que regula a las personas que, trabajando (prestando su fuerza física o intelectual) para el Estado, les resulta aplicable la ley laboral ordinaria<sup>6</sup> (Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (DLOTTT), otrora Ley Orgánica del Trabajo (LOT), su reglamento, convenciones colectivas, entre otras) y no la ley estatutaria<sup>7</sup>.

Se ubican naturalmente dentro de este sistema normativo todas las personas que la ley cataloga como obreros<sup>8</sup>, así como a los empleados que prestan servicio para los entes descentralizados funcionalmente (sociedades mercantiles estatales, fundaciones, mancomunidades, entre otras), salvo algunas excepciones representadas por no todos los institutos autónomos (*vgr.* IPOSTEL<sup>9</sup>), los cuales de acuerdo con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (en adelante, DLOAP) se rigen por el Derecho común, esto es por el derecho laboral<sup>10</sup>.

---

siones del personal del servicio exterior se registrá por lo establecido en la 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, publicada en la G.O. N° 3.850 Extraordinario de 18-07-1986 (vigente *ratio tempore* cuando fue promulgada la ley que regula a los funcionarios al servicio exterior) y, su Reglamento, hasta tanto se promulgue la ley que regule el Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas, establecido en la Ley Orgánica de Seguridad Social.

<sup>5</sup> Vid. sentencia de la Corte Suprema de Justicia en SPA del 17-01-1983 con Ponencia de la Magistrado Dra. Josefina Calcaño De Temeltas.

<sup>6</sup> Vid. sentencia de la TSJ-SPA. 22-06-2005, Exp. N° 2004-1340, ratificada en fecha 27-06-2005 Exp. N° 2004-0892.

<sup>7</sup> Lo cual queda claro desde el punto de vista jurisprudencial con la sentencia de fecha 31-05-2005 de la Sala de Casación Social, Exp. R.C. N° AA60-S-2004-001757 se dictaminó que no aplica 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 a los trabajadores de PDVSA.

<sup>8</sup> Sentencia TSJ-SPA 01-06-2004 N° 564, Juez Natural de los Obreros del sector público, tribunales laborales. “Lo antes expuesto, en concordancia con el último aparte del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo, que dispone: ‘Los obreros al servicio de los entes públicos estarán amparados por las disposiciones de esta Ley’, determina que la normativa aplicable al caso concreto, es la prevista en la Ley Orgánica del Trabajo, quedando así establecida la jurisdicción laboral como la apropiada para la resolución de la presente causa (...), resultando así forzoso para esta Sala declarar que corresponde conocer de la presente causa al Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo y Estabilidad Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Lara”.

<sup>9</sup> Sentencia Sala de Casación Social de 09-02-2000 Exp. N° 00-001, caso IPOSTEL

<sup>10</sup> Vid. Art. 107 DLOAP por lo que respecta a las empresas del estado, Cfr. Sentencia TSJ-SPA de 18-11-2003 Exp. N° 2003-1152, caso CIED, filial de la sociedad mercantil

De igual manera, hay que hacer la salvedad que este sistema ordinario de Derecho laboral se aplicará a los funcionarios públicos por reenvío en los casos expresamente señalados en el sistema estatutario<sup>11</sup>.

Especial mención merece el supuesto de extensión del sistema laboral ordinario, no solamente a los casos no reservados expresamente al sistema estatutario por la Constitución ni aquellos en los que el sistema estatutario reenvía al sistema laboral ordinario, sino también a los casos en que aun existiendo reserva de lo estatutario, no existe regulación positiva en el sistema funcionarioal; en estos casos, se observará un reenvío hermenéutico necesario, ello en virtud que nuestro sistema normativo no admite vacíos absolutos y, por tanto, permite la aplicación de la analogía<sup>12</sup>, la cual deberá respetar siempre las especiales condiciones del sector público.

Lo anteriormente señalado es así por cuanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela constitucionalizó en gran parte la disposición otrora contenida en el artículo 8 de la LOT, hoy prevista en el artículo 6<sup>13</sup> del

---

PDVSA PETRÓLEO, S.A. Art. 114 por lo que respecta a las fundaciones del Estado. Art. 116 *in fine* por lo que respecta a las asociaciones y sociedades civiles del Estado. Vid. en este sentido sentencia de la CPCA de 08-10-2003 que señaló que las fundaciones estatales se rigen por el derecho privado, y sus empleados no pueden ser catalogados como funcionarios públicos, por lo cual el régimen aplicable es el previsto en la LOT. Exp. N° 03-2187, Sent. N° 2003-3267. De igual manera es oportuno reseñar otro caso, que por reglas propias de la transferencia de personas de la administración central estatal a una fundación pública, se siguen considerando funcionarios públicos. En este sentido Vid. Sentencia de la TSJ-SPA de 23-09-2003, Exp. N° 2003-0802, ratificada el 16-10-2003, Exp. N° 2003-0138; 29-10-2003, Exp. N° 2003-0073. En materia de fuerza laboral dentro de las Fundaciones el criterio que aquí se sostiene estuvo reñido con sentencia de la Sala Constitucional de 02-11-2004 Exp. 04-0367 (con voto salvado), la cual, pese a ubicar el asunto que la ocupó dentro de la seguridad social de personas que prestan servicios para fundaciones del Estado, pareciera concluir que estas personas se rigen por el derecho estatutario. No obstante, esta sentencia fue posteriormente superada por la misma Sala en N° 1171 en fecha 14-07-2008. Esta materia se ha laboralizado tanto que ha llegado a aceptar la eliminación de privilegios procesales que tienen algunos entes públicos o entes privados creados por el Estado. Así en lo atinente a la eliminación del privilegio procesal del antejuicio administrativo tenemos las siguientes sentencias: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/1319-111005-051127.htm>, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/abril/0487-170408-071564.htm>, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/febrero/281-260207-06-1855.htm>, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/octubre/2179-301007-07849.htm>, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/marzo/0345-270308-071419.htm>, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/1098-8708-2008-07-2100.html>, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scs/julio/1172-17708-2008-07-1785.html>

<sup>11</sup> Vid. Artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

<sup>12</sup> Segundo párrafo del artículo 5 del Código Civil Venezolano.

<sup>13</sup> Art. 6 del DLOTTT: Trabajadores y trabajadoras al servicio de la Administración Pública Los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y muni-

DLOTTT<sup>14</sup>, al prever en el artículo 144 que la ley estatutaria establecerá lo referente al ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerá su incorporación a la seguridad social.

Hechas estas precisiones de rigor, se hace necesario también realizar otras representadas por las excepciones recíprocas que existen en cada sistema, tanto en el laboral *strictu sensu* para con el estatutario, como en el estatutario para con el laboral; por ejemplo, se nos ocurre dentro del primer grupo de excepciones las personas descentralizadas funcionalmente por el Estado con forma de Derecho privado (*vgr.* Sociedades mercantiles de capital público) en las cuales la mayoría de su personal se rige por el sistema laboral ordinario, no obstante ello, el titular del órgano de control fiscal de estas sociedades pareciera regularse por normas de derecho estatutario, dado que para su ingreso y egreso se requiere de ciertas formalidades *ius publicistas*<sup>15</sup>. Igual consideración la tienen quienes en una situación administrativa, como lo es la “comisión de servicios”, provengan de la administración pública central y realicen labores (en virtud de esa comisión de servicios) dentro de un ente descentralizado regido preponderantemente por

---

cipales se regirán por las normas sobre la función pública en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones, régimen jurisdiccional, y por los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos. Los funcionarios públicos y funcionarias públicas que desempeñen cargos de carrera, tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a ejercer el derecho a la huelga, de conformidad con lo previsto en esta Ley, en cuanto sea compatible con la naturaleza de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. // Los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada, se regirán por las normas contenidas en esta Ley, la de Seguridad Social y su contrato de trabajo. // Los obreros y obreras al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados, estarán amparados y amparadas por las disposiciones de esta Ley y la de Seguridad Social. // El tiempo desempeñado en la administración pública nacional, estatal y municipal, centralizada y descentralizada, será considerado para todos los efectos legales y contractuales como tiempo de servicio efectivamente prestado y computado a la antigüedad.

<sup>14</sup> Como antecedentes en este punto, se encuentran los siguientes trabajos: Hildegard Rondón de Sansó, *El funcionario público y la Ley Orgánica del Trabajo*. Editorial Jurídica Venezolana. Editorial Arte. Caracas 1991; Jesús Caballero Ortiz, *Incidencias del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*, Editorial Jurídica Venezolana. Caracas 1991. “El régimen jurídico de la función pública en Venezuela”, *Homenaje a la Doctora Hildegard Rondón de Sansó*, FUNEDA, Caracas 2003.

<sup>15</sup> Vid arts. 27 y 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. G.O. N° 6.013 del 23-10-2010

el Derecho privado (*vid.* arts. 71 al 77 de la LEFP y arts. 47, 71 y 72 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, en adelante RLCA).

Para el segundo grupo de excepciones, encontramos organismos y entes que, rigiéndose por el sistema estatutario, algunas de sus relaciones se rigen por el Derecho laboral ordinario, siendo el caso de los contratados los cuales, salvo algunas disposiciones expresas contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>16</sup>, se rigen por el DLOTTT y demás normas de idéntica naturaleza.

Por último, debemos señalar que complementando a los dos regímenes anteriores, existe de igual manera un sistema normativo cuyo ámbito de aplicación rige a los trabajadores del sector público de forma no excluyente (por cuanto también regula conductas en el sector privado), representado no solo por las disposiciones constitucionales<sup>17</sup> sino por disposiciones de rango de ley, tales como la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social<sup>18</sup>, la Ley del Seguro Social y su reglamentación<sup>19</sup>, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo<sup>20</sup>, la Ley del Régimen Prestacional de Empleo<sup>21</sup>, entre otras, que integran el Sistema de Seguridad Social venezolano<sup>22</sup>, que lógicamente integrarán ese sistema estatutario que, junto

---

<sup>16</sup> G.O. N° 37.522 del 06-09-2002.

<sup>17</sup> Irrenunciabilidad de derechos, intangibilidad y progresividad de los derechos laborales, salario justo, protección a las mujeres en estado de gravidez (el cual se encuentra especialmente referido en la LEFP en su art. 29), entre otros. En este último caso Vid. sentencia de la CPCA año 2000, Exp. N° 00-22833.

<sup>18</sup> G.O. N° 37.600 del 30-12-2002, modificada luego por el Decreto con rango, valor y fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, G.O. N° 5.891 de 31-07-2008, siendo su última reforma la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social. G.O. N° 39.912 del 30-04-2012.

<sup>19</sup> Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social. G.O. N° 39.912 del 30-04-2012. Reforma Parcial del Reglamento General de la Ley del Seguro Social. G.O. N° 39.912 del 30-04-2012. Reglamento Parcial de la Ley del Seguro Social. G.O. N° 35.385 del 20-01-1994.

<sup>20</sup> G.O. N° 38.236 del 26-07-2005.

<sup>21</sup> G.O. N° 38.281 del 27-09-2005.

<sup>22</sup> Artículo 27 de la LEFP. "Los funcionarios o 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". Normas que complementan régimen estatutario, así como al laboral: (i) *Sistema prestacional de salud*: solo existe proyecto de la Ley de Salud y Sistema Público Nacional de Salud; (ii) *Sistema prestacional de vivienda y hábitat*: Decreto N° 6.072, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Régimen Prestacional de Vivienda y Hábitat, en G.O. N° 39.945 del 15-06-2012; (iii) *Sistema prestacional de previsión social*: encargado de varios regímenes prestacionales: Servicios sociales al adulto mayor, regulado por la Ley de Servicios Sociales de 12-09-2005, G.O. N° 38.270, Empleo: Instituto Nacional de Empleo, regulado por la Ley del régimen prestacional de empleo, G.O. N° 38.281 del 27-09-2005, Pensiones y otras asignaciones, regulado por:

al régimen laboral, representarán todo el marco que regula la fuerza laboral del país.

Existen normas que orbitan a ambos regímenes (el estatutario y el laboral) que aun cuando se ubican fuera del Sistema de Seguridad Social, nutren al régimen estatutario y laboral; ubicamos dentro de estas normativas autónomas al Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y Trabajadoras<sup>23</sup>, entre otras, que –como se sabe– rige el trabajo prestado dentro del sector público y privado.

Por tanto, debemos observar que son entonces tres sistemas normativos, (el régimen laboral ordinario, el régimen estatutario y las normas de la seguridad social) que informan y regulan el empleo público en Venezuela.

## **2. Régimen legal del personal con ingreso irregular por contraposición a la entrada a la carrera administrativa secundum legem**

Bajo el imperio legal creado desde la Constitución de 1961, la jurisprudencia creó dos tesis que, aun cuando reconocían una realidad dentro de la Administración Pública, posteriormente constituyeron fundamentos para eludir el sistema de la carrera administrativa, a saber:

La primera referida a ampliar el régimen de excepción del personal de carrera administrativa. La regla general bajo la derogada Ley de Carrera Administrativa estaba representada por entender que los funcionarios y sus

---

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, G.O. N° 38.426 del 28-04-2006. Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Administración Pública Nacional, de los Estados y los Municipios. G.O. N° 38.426 del 28-04-2006, Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley del Seguro Social. G.O. N° 39.912 del 30-04-2012. Reforma Parcial del Reglamento General de la Ley del Seguro Social. G.O. N° 39.912 del 30-04-2012. Reglamento Parcial de la Ley del Seguro Social. G.O. N° 35.385 del 20-01-1994; Seguridad y salud en el trabajo: Se regula por la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, G.O. N° 38.236 de 26-07-2005. Componentes de este régimen: Prevención de la salud en el trabajo, promoción de la salud en trabajo, atención integral en caso de accidentes de trabajo y enfermedades ocupacionales, ambiente, recreación, y turismo social.

<sup>23</sup> G.O. N° 40.773 del 23-10-2015. Otro ejemplo de estas leyes que orbitan a los regímenes lo constituye la Ley de Homologación de las Pensiones del Seguro Social y de las Jubilaciones y Pensiones de la Administración Pública, al Salario Mínimo Nacional (Pensión Mínima Vital) (G.O. N° 4.920 Extraordinaria del 16-06-1995) en donde su artículo 2 hace referencia garantía que la República debe a los ciudadanos asegurados, beneficiarios de la pensión de vejez e invalidez del Seguro Social y de la Jubilación de 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.

cargos eran de carrera, siendo los de libre nombramiento y remoción la excepción; para ello véase, entre otros muchos fallos, el producido por la CPCA, del 21-06-1983, con ponencia del Magistrado Aníbal Rueda, caso *Rosa Camero Vs. ICAP*, en donde se señaló:

La regla general admitida y reiterada por la Jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, de esta Corte y del Tribunal de Carrera Administrativa, es que en principio, el cargo no incluido en el artículo 4 de la Ley de Carrera Administrativa ni en el Decreto 211 en forma específica se presume como cargo de carrera.

En el mismo orden véase otros tantos fallos del mismo tribunal, uno de fecha 30-01-1986 con ponencia de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó, caso *Guelia Hernández Vs. OCP*, otro del 08-10-1992 con ponencia de la Magistrada Belén Ramírez, caso *Aquiles Matthey Obando Vs. IAN*, y ya en una etapa post Constitución de 1999 la sentencia N° 1803 del 21-12-2000.

Dicha tesis permitió entender que no importaba si algún funcionario cumplía o no los extremos para ser catalogado como de carrera administrativa (y, por lo tanto, gozar de estabilidad absoluta) sino que dicha categorización, la de carrera, dependía de estar incluido o no en el catálogo de funcionarios exceptuados de la carrera, posición que eludía la regulación positiva al respecto y comenzaba a crear excepciones no contempladas en la ley.

La creación jurisprudencial de la tesis de la relación funcional encubierta, o modernamente llamada del ingreso simulado, por la cual si el “funcionario” hubiese ingresado por contrato, pero desempeñaba funciones inherentes a un cargo de carrera de manera permanente, cumplía el horario establecido para los demás funcionarios públicos, prestaba servicios realizados en consecutivos períodos presupuestarios, y, además disfrutaba de los beneficios de un funcionario de carrera, entre otros criterios señalados por la jurisprudencia, debía entonces entenderse que se estaba en presencia de un funcionario de carrera, aunque no de derecho por cuanto no ingresó por concurso, pero sí de facto o de hecho por cuanto se llevaba a cabo funciones idénticas a los que ingresaron por el concurso, otorgándole consecuentemente estabilidad absoluta.

Ambas tendencias permitieron el establecimiento de mecanismos ilegítimos de ingreso a la carrera administrativa, que en nada tomaron en cuenta al concurso, como mecanismo idóneo para garantizar la correcta selección del servidor público asociado directamente a la idea de eficacia de la acción administrativa.

Contrastando con estos antecedentes, resalta el cambio de paradigma pretendido positivamente a raíz de la entrada en vigencia del artículo 146 en

la Constitución de 1999. En efecto, debemos resaltar que existen tres tiempos en rigor:

(i) *El referido a los ingresos generados antes de vigencia de la actual Constitución (30-12-1999)*, los cuales se encontraron regulados no solo por la Ley de Carrera Administrativa sino además por los criterios jurisprudenciales que la desarrollaron, dentro de los cuales se encuentra –como se anotó *supra*– el establecimiento del funcionario público de hecho desde inicios de la década de los ochenta del siglo pasado, los cuales se definen como aquellas personas que, sin haber ingresado por concurso público, ejercían por un largo tiempo las mismas funciones y bajo idénticas condiciones que los funcionarios de carrera, esto es, de aquellos que habrían ingresado por concurso.

Estas personas serían catalogadas como funcionarios de hecho si de manera previa a la entrada en vigencia de la Constitución en fecha 30-12-1999, consolidaron su situación como funcionarios de hecho a la luz de los requisitos exigidos por la jurisprudencia<sup>24</sup>. En este sentido, citamos sentencias de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que, en esta línea de ideas, señala:

En la Administración pueden distinguirse otros tipos de funcionarios, cuales son, los denominados funcionarios de derecho y de hecho. Los primeros son aquellos que desempeñan su cargo con investidura plena, es decir, han ingresado y se mantienen en el ejercicio de su destino por haber cumplido con todos los requisitos que para ello pautan las leyes y reglamentos en vigor.

Los segundos, es decir, los funcionarios de hecho, están caracterizados por la existencia de elementos que enervan su investidura, elementos estos que generalmente atañen a la ilegitimidad del funcionario en la medida en que se presentan cuando el ingreso a la prestación del servicio público no se realiza conforme al estricto cumplimiento del régimen legal existente, pero que, a pesar de ello, su desempeño funcional resulta cubierto de una apariencia de legalidad. Tal categorización de funcionario público, obedece a una creación jurisprudencial y doctrinal, movida por la justa y razonable necesidad de que, concibiendo a la Administración Pública como la legítima responsable del Interés Público, su actividad administrativa quede preservada con un manto de presunción de legalidad, el cual permita que los particulares sin averiguaciones previas, admitan como regularmente investidos a los funcionarios y por lo tanto con competencia para realizar los actos propios de sus funciones. La conceptualización de esta categorización de funcionarios, ha permitido a la jurisprudencia contenciosa administrativa establecer que los actos emanados de funcionarios que luego pierden su titularidad por vicios en la designación o elección, no se ven afectados en su validez por tal circunstancia. En tal sentido esta Corte Primera de lo

---

<sup>24</sup> Vid en este sentido sentencia de la CPCA Exp. N° 02-27894 sentenciada en el año 2003 caso Raúl Alberto Peralta, contra el Instituto Nacional de Geriátrica y Gerontología.

Contencioso Administrativo en fallo de fecha 28 de febrero de 1985 (Caso: Nelly Cuenca de Ramírez Vs. Concejo Municipal del Distrito Palavecino del Estado Lara) señaló que “La validez de actos dictados por ‘funcionarios de hecho’ salva, desde luego, el vicio original de la incorporación de éstos al ejercicio de la función pública, pero no impide que sean impugnados, si fuere el caso por presentar otras irregularidades, que pueden llevar a su anulación conforme al ordenamiento vigente”. CPCA. 26 de marzo de 2003. Expediente N°: 00-24027.

De igual manera, se pudieran incluir en este grupo a quienes hayan consolidado su situación de forma previa a la Constitución y hayan continuado prestando los servicios *expost*; así, y estableciendo argumento en contrario a los supuestos previstos en la sentencia de la misma Corte, se puede concluir que pudiera darse este caso; en efecto se sentenció:

Ahora bien, en anteriores oportunidades y según jurisprudencia reiterada de esta Corte, se ha establecido que las personas que prestan servicio a la Administración en calidad de contratadas se consideran funcionarios, una vez verificadas ciertas condiciones, pues se entiende que se trata de un ingreso simulado a la misma, siendo éstas:

- 1- Prórrogas sucesivas y no interrumpidas del contrato celebrado entre el particular y la Administración.
- 2- El horario cumplido por el funcionario y las condiciones en que presta su servicio a la Administración son semejantes a las del resto de los funcionarios.
- 3- Que se encuentre desempeñando un cargo de carrera.

En relación al primero de los requisitos, esta Corte observa que no existen en autos los contratos celebrados entre las partes, pero visto que ello no fue un hecho controvertido en el curso del proceso, este Juzgador les otorga pleno valor a las fechas alegadas, así los contratos fueron suscritos, el 1 de enero de 1999 hasta el 15 de diciembre de 1999, del 1 de enero de 2000 hasta el 30 de junio de 2000 y del 30 de junio de 2000 al 31 de julio de 2000.

Ahora bien, del análisis detallado del expediente judicial se evidencia que la renovación de los contratos no se realizó de manera sucesiva e ininterrumpida, pues se observa que el primer contrato celebrado en el año 1999, estuvo vigente hasta el día 15 de diciembre de ese año, sin embargo la siguiente renovación de contrato de trabajo comenzó su vigencia el 1 de enero de 2000, es decir, no hubo relación contractual entre la recurrente y la Administración durante los últimos quince días del mes de diciembre de 1999, por lo que no existió prórrogas sucesivas y no interrumpidas del contrato celebrado entre el particular y la Administración.

En relación al segundo de los requisitos antes enunciados, esto es, que el horario cumplido por el funcionario contratado y las condiciones en que presta su servicio a la Administración sean semejantes a las del resto de los funcionarios, esta Corte observa:

De la lectura de las testimoniales cursantes en autos, se evidencia que el horario desempeñado por la accionante en el ejercicio de sus funciones era el mismo de los empleados regulares al servicio de la referida entidad, pero en relación a la remuneración obtenida, este Juzgador observa que existieron diferencias con el resto del personal, tal y como se desprende de los recibos de pagos (folio 94 y 95) en los que se observa que las cantidades pagadas no eran objeto de ningún tipo de deducciones como: seguro social, paro forzoso, ley de política habitacional o caja de ahorro, por lo cual resulta imposible afirmar que prestaba sus servicios en condiciones similares al resto de los funcionarios. Es por ello que esta Corte estima que tampoco se configura el segundo de los requisitos exigidos para que la prenombrada ciudadana pueda ser considerada una funcionaria al servicio de la Administración Pública.

Ahora bien, con relación al último de los requisitos, luego de un análisis detallado de las pruebas y documentos cursantes en el expediente judicial se evidencia que el cargo desempeñado por la accionante no era el de Administrador Asesor –tal y como lo establecían los contratos señalados ut supra– sino el de Jefe de Unidad o Departamento de Administración, lo cual se constata no sólo de las testimoniales evacuadas por la accionante, (folios 185 y 192) sino también de su propio escrito de informes en el que reconoce expresamente tal situación (folio 199 y 200), cargo este que de acuerdo al artículo 4 literal “a” de la Ordenanza sobre Administración de Personal al Servicio del Municipio Baruta del Estado Miranda (folios 61 al 86), es considerado como libre nombramiento y remoción, lo que evidencia para este Juzgador que la accionante no ocupaba un cargo de carrera.

Así las cosas y de acuerdo a las condiciones anteriormente señaladas, las cuales no son excluyentes sino concurrentes, es decir, deben configurarse todas para que pueda entenderse que, efectivamente, se estableció un ingreso simulado a la Administración Pública, debe esta Corte afirmar que no se está en presencia de una verdadera relación de empleo público entre la recurrente y el Ente querellado, existiendo simplemente una relación de tipo convencional, por lo cual, siendo ello el fundamento de su acción principal se declara IMPROCEDENTE, y así se decide. CPCA. 2003. Expediente N°: 02002114.

Esta categoría de funcionarios *sui generis* podían ubicarse en cualquier sector, rama del Poder Público o ente descentralizado regido preponderantemente por el Derecho público, donde existieran sistemas especiales de carrera administrativa o estatutos especiales. Igual consideración cabría respecto a los sistemas de carrera administrativa establecidos en el Congreso de la República (hoy Asamblea Nacional), Consejo Supremo Electoral<sup>25</sup> (hoy Consejo Nacional Electoral), Contraloría General de la República<sup>26</sup>, entre

---

<sup>25</sup> Vid. Ley Orgánica del Poder Electoral, art. 33 numeral 39. G.O. N° 37.573 de 19-11-2002.

<sup>26</sup> Vid. Estatuto de Personal de la Contraloría General de la República (G.O. N° 37.088 del 29-11-2000).

otros<sup>27</sup>, cuyas denominaciones hoy pueden ser otras pero mantienen estatutos funcionariales separados y distintos a los establecidos en la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública, aun cuando esta última esta llamada, en primer lugar, a llenar cualquier vacío normativo como se anotó anteriormente, antes de acudir a cubrirlo con normas laborales.

(ii) *Un segundo periodo, representado por los ingresos de personal realizados después de la entrada en vigencia de la Constitución (30-12-1999), pero antes de la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública (11-7-2002); ingresos éstos que podemos identificar como no ajustados a la Constitución y de suyo irregulares. Estas personas jamás serán catalogados como funcionarios de carrera<sup>28</sup> ya que por esta vía no podrán ingresar a la carrera adminis-*

---

<sup>27</sup> Vgr. Estatuto Funcionario de la Asamblea Nacional (G.O. 37.598 del 26-12-2002); Ley Orgánica del Ministerio Público (G.O. N° 38.647 del 19-03-2007) y el estatuto del Ministerio Público del 04-03-1999 (G.O. N° 36.654); de igual manera lo hacen la Ley Orgánica del Poder Electoral en sus artículos 33 y la disp. trans. 5ta.; Ley Orgánica del Poder Judicial (G.O. N° 5.262 Extraordinario del 11-09-1998) en sus arts. 33 y 49 en concordancia con el art. 16 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la Ley de Carrera Judicial (G.O. N° 5.262 Extraordinario del 11-09-1998) art. 52; Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (G.O. N° 6.013 Extraordinario del 23-12-2010) en sus arts. 14, 19, 20, 22; la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (G.O. N° 37.995 del 05-08-2004) arts. 29, 49, 50, 53 y disp. trans. primera y segunda; Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (G.O. N° 6.220 Extraordinario del 15-03-2016) arts. 32, 48, 53; Ley de Geografía, Cartografía y Catastro Nacional (G.O. N° 37.002 del 28-07-2000) respecto a los funcionarios del Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar, art. 52; Ley de la Cinematografía Nacional (G.O. N° 38.281 del 27-09-2005) respecto del personal del Centro Nacional Autónomo de Cinematografía (CNAC); Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (G.O. N° 5.551 Extraordinario del 09-11-2001) en sus arts. 40, 45 y 46; disp. trans. segunda de la Ley de Servicios Sociales (G.O. N° 38.270 del 12-09-2005) la cual señala que mientras se dicte la Ley que regula el Estatuto Especial de Carrera, del Funcionario del Sistema de Seguridad Social, los funcionarios o empleados públicos del Régimen Prestacional de Servicios Sociales al Adulto Mayor y Otras Categorías de Personas, se regirán por lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública; normas sobre los beneficios y planes de jubilación especiales para los jueces, defensores públicos, empleados y obreros del Poder Judicial G.O. N° 37.388 del 20-02-2002.

<sup>28</sup> Art. 146 de la CRBV. “Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. 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 Pública y los demás que determine la Ley. // 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. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro será de acuerdo con su desempeño”.

trativa. Así lo avala el derecho positivo y un conjunto de jurisprudencia de nuestros tribunales<sup>29</sup>.

No obstante este criterio inicial, es oportuno señalar que la tendencia jurisprudencial establecida respecto a los funcionarios de hecho se vio alterada por sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de fecha 14-08-2008 Exp. N° AP42-R-2007-000731<sup>30</sup> y sentencia de la misma Corte de fecha 06-11-2011, N° 2011-1903, ratificada por la Sala Constitucional en fecha 16-07-2013 en sentencia N° 967, regresando prácticamente a esa situación previa a la Constitución actual.

Dentro de esta categoría de funcionarios, existen varias subcategorías: empleados contratados por tiempo determinado, cuya contratación por diversos factores haya devenido en varios contratos de trabajo, y aquellos que ingresaron por designación o nombramiento formal contenida en Resolución o cualquier otro acto administrativo sin la realización de concurso público<sup>31</sup>; grupo de personas éstos respecto de los cuales aún sostenemos que, pese a las circunstancias que han rodeado su permanencia en el cargo público, no pueden ser considerados como ingresados a la carrera administrativa por simple interpretación y mandato del artículo 146 constitucional.

En este sentido, se ha pronunciado la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en varias oportunidades, señalando que:

Estos ingresos irregulares se admitieron no sólo respecto de la función pública (que como sabemos comprende a diversos tipos de funcionarios), además, llegó a admitírseles como una forma de ingreso a la Carrera Administrativa.

Estos ingresos irregulares fueron duramente criticados por la doctrina, pues, a su entender, constituían una evasión a las previsiones contenidas en la propia Ley de Carrera Administrativa, que exigía –para el ingreso a la carrera adminis-

---

<sup>29</sup> <http://nueva-esparta.tsj.gob.ve/decisiones/2008/noviembre/1478-20-AP42-R-2003-002670-2008-2142.html>, <http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2009/enero/527-28-06703-07.html>, <http://zulia.tsj.gob.ve/decisiones/2008/mayo/527-22-8722-43.html>, <http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/2006/junio/1478-27-AP42-R-2005-001886-2006-2038.html>, <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/spa/junio/01154-28607-2007-2007-0592.html>, <http://caracas.tsj.gob.ve/decisiones/2008/noviembre/2112-14-2138-08-.html>, <http://anzoategui.tsj.gob.ve/decisiones/2008/diciembre/1037-12-BP02-N-2007-000212-.html>, <http://apure.tsj.gob.ve/decisiones/2006/febrero/442-8-1229-.html>

<sup>30</sup> <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/1478-14-AP42-R-2007-000731-2008-1596.html>

<sup>31</sup> Esta asimilación entre contratados a tiempo indeterminados y los designados a través de actos írritos por carecer de sustento en concurso no es compartida por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en la resaltante sentencia citada *supra* de fecha 14-08-2008 así como en sentencia de la misma Corte de 20-11-2008 expediente AP42-R-2003-002670.

trativa– un acto de nombramiento producido como resultado de un procedimiento especial: el concurso (artículos 3 y 35 de la Ley de Carrera).

No obstante, el anterior criterio siempre se dejó de lado, en el entendido de que la Ley preveía al nombramiento y el concurso como formas ordinarias de ingreso, pero que, en ningún momento, ni la ley ni la Constitución, prohibían formas irregulares de ingreso. A lo que se unía el firme propósito de evitar que se concretara y prevaleciera una práctica a la que acudían las autoridades con la finalidad de burlar la carrera administrativa, y negar a sus servidores los derechos que la carrera administrativa otorgaba a los funcionarios de carrera.

Sin embargo, la situación del derecho positivo vigente cambió a partir de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –y ese cambio se acentuó de modo rotundo con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública– con lo que la mencionada tesis de los ingresos irregulares debe ser objeto de una revisión y ajustes, a la luz de esta nueva realidad normativa.

En efecto, el artículo 146 de la Constitución establece expresamente lo siguiente:

(...)

Así, después de diciembre de 1999, y por mandato expreso de la Constitución, no es posible considerar a los contratos como modos de ingreso a la carrera administrativa, y por esta razón, resulta imposible considerar a los contratados como funcionarios de carrera. No obstante, aún podría considerarse que los contratos podían constituir medios irregulares de ingreso a la función pública, en una categoría diferente a los funcionarios de carrera: los funcionarios contratados, que sin gozar de los derechos exclusivos de los funcionarios de carrera, no obstante disfrutarían de aquellos dirigidos de modo general a los funcionarios.

Pero luego de que entrara en vigencia la Ley del Estatuto de la Función Pública (publicada en la GO. N° 37.482 del 11 de julio de 2002), esta posibilidad, la de aplicar a los contratados que han recibido tratamiento de funcionarios (por sus responsabilidades, trabajo, remuneración, horario, etc.) el régimen general de los funcionarios (y no el especial de los funcionarios de carrera), parece haber sido cerrada. En efecto, la propia Ley del Estatuto establece, en su artículo 39, que de ningún modo se considerará el contrato como una forma de ingreso a la Administración Pública.

Así, el artículo 39, del referido texto normativo, es del tenor siguiente: “Artículo 39. En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingresos a la Administración Pública”.

Ahora bien, el asunto a resolver ahora es identificar cual es la solución jurídica a ser aplicada al caso concreto (la anterior a la Constitución de 1999, la de la Constitución de 1999, o la prevista en la Ley del Estatuto de la Función Pública), dado que el derecho aplicable ha sufrido cambios a lo largo del tiempo, ya que la solución de este asunto será diferente, según sea la norma aplicable.

(...)

Establecido esto, se observa que para esa fecha –agosto de 1997– aún no se encontraba vigente la Constitución de 1999, y tampoco se encontraba vigente la Ley del Estatuto de la Función Pública, por lo tanto, para esa fecha era lícito –según lo reconocía la jurisprudencia de modo pacífico– que se produjese un ingreso a la carrera administrativa por vías distintas al nombramiento, y específicamente, a través de contratos de servicios, siempre y cuando se cumplieran una serie de supuestos. Y por esa misma razón, era lícito considerar competentes a los tribunales especializados en la carrera administrativa para conocer de los asuntos derivados de estas formas irregulares de ingreso.

No obstante, quiere esta Corte aclarar, que todos aquellos funcionarios que hayan ingresado a la Administración mediante nombramiento, sin efectuar el concurso a que hace alusión la Constitución y la Ley, o que estén prestando servicios en calidad de contratados en cargos de carrera, tendrán derecho a percibir los beneficios económicos de su efectiva prestación de servicios, en las mismas condiciones que los funcionarios que hayan sido designados mediante concurso público, es decir, a la remuneración correspondiente al cargo desempeñado, así como el pago de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, pero en lo que atañe a su estabilidad y a los derechos derivados de ésta, no pueden asimilarse a un funcionario de derecho, en directa aplicación de lo preceptuado en las normas constitucionales y legales antes indicadas, y así se decide.

Asimismo los reconocimientos efectuados por la Administración y por los órganos jurisdiccionales, que acrediten como funcionarios de carrera a aquellos que no hayan cumplido con los requisitos para el ingreso a la carrera y que sean anteriores a la publicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la presente decisión, serán considerados válidos y por tanto tales funcionario gozarán de estabilidad y de los mismos beneficios socioeconómicos que los funcionarios que hayan ingresado mediante el cumplimiento de los requisitos previstos en la Carta Fundamental y la Ley del Estatuto de la Función Pública, puesto que tales actos y hechos jurídicos funcionariales se consolidaron bajo la aplicación de la derogada Constitución Nacional de 1961, la cual –de conformidad con la interpretación dada por esta Corte y la antigua Corte Suprema de Justicia– permitía tales consecuencias.

Por otra parte, los funcionarios que se encuentren en el desempeño de un cargo de carrera en situación irregular –bien como contratados o bien siendo funcionario de hecho–, tendrán derecho a concursar para optar a la condición o “status” de carrera y el tiempo de servicio prestado por ellos, así como las condiciones en las cuales haya desempeñado sus servicios, deberán ser estimados por la Administración en el baremo o método de evaluación que a los efectos del concurso se establezca. CPCA. 26-03-2003. Expediente N°: 00-24027.

De esta manera, entendemos que el tratamiento legal que habría que dárseles a las personas que se encuentren en la condición de haber ingresado

por actos sin sustento en concurso, no es otra que la de contratados por tiempo determinado (situación que se analizará y justificará al momento de tratar el punto de los contratados), regidos por el DLOTTT y demás disposiciones similares, esto por cuanto no pueden carecer de norma que regule su permanencia en sus puestos de trabajo.

Especial mención merece quien, habiendo ingresado después de la entrada en vigencia de la Constitución, haya permanecido contractualmente aun después de la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto. En este sentido, la jurisprudencia ha sido pacífica y reiterada al señalar que quien se encuentre en esta situación queda excluido de la aplicación del régimen de carrera administrativa, siendo su juez natural el juez laboral.

Así, la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 10-08-2005, Exp. N° 2004-2545 señaló que:

En el caso bajo análisis, se ha interpuesto una demanda por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales contra el Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía. Por tanto, a los fines de verificar el Tribunal competente para conocer del mismo, considera la Sala necesario examinar el régimen legal que regula la relación de empleo entre la demandante y el mencionado Instituto.

En este sentido, la Sala observa que, según lo expuesto en el libelo, la demandante comenzó a prestar sus servicios para el Instituto..., “mediante contrato desde el primero de febrero de 2001 hasta el 31 de diciembre del mismo año y le renovaron la convención hasta el 31 de diciembre de 2002 cuando le informaron que por dificultades presupuestarias no podían renovarlo”, de allí, que resulte necesario señalar el criterio sostenido por la Sala, respecto a este tipo de relaciones laborales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece lo siguiente:

...

La referida disposición constitucional ha sido desarrollada, a su vez, por la Ley del Estatuto de la Función Pública, de la manera siguiente:

“Artículo 38. (...)”

“Artículo 39. (...)”.

Por tanto, visto que en el presente caso se constató, luego de analizado el escrito libelar, que la relación de empleo sostenida por la demandante con el Instituto Autónomo..., se inició y culminó bajo las normas consensuales bilaterales de un contrato de trabajo, de conformidad con las normas antes transcritas, queda excluida de la aplicación del régimen de los funcionarios de carrera administrativa. Así se declara.

En consecuencia, resulta evidente que la normativa aplicable al presente caso es la prevista en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, quedando así establecida la jurisdicción laboral como la apropiada para la resolución de la presente causa.

Ahora bien, encontrándose el presente caso en estado de sentencia, a los fines de determinar a cuál tribunal dentro de la jurisdicción laboral corresponde en específico el conocimiento de la demanda, se impone atender a lo establecido en el último aparte del artículo 17 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, que dispone:

“Artículo 17. Los Jueces de primera instancia conocerán de las fases del proceso laboral, de conformidad con lo establecido en esta Ley”.

...

De conformidad con lo anteriormente expuesto, la presente acción, por encontrarse en estado de sentencia sobre el fondo del asunto, corresponde ser decidida por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas. Así se declara.

*(iii) Por último, un tercer periodo, representado por aquellos funcionarios cuyo ingreso irregular se materializó después de la entrada en vigencia de la Constitución y posteriores a la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública (11-07-2002, con posterior publicación en fecha 06-9-2002 para corregir algunos errores de impresión); funcionarios que, además de ser catalogados como ingresos irregulares, expresamente esta última ley los cataloga como de ingresos viciados de nulidad absoluta<sup>32</sup>.*

Lo determinante en estos casos es la ausencia de celebración de un concurso público, el cual se traduce en una oposición de méritos entre los aspirantes a ocupar un cargo bajo condiciones uniformes que garanticen la objetividad<sup>33</sup>, y convocado en uno de los diarios de mayor circulación en la localidad, sin perjuicio de que pueda hacerse por otros medios de comunicación social, aunque cabe la duda si quedarían incluidos o no como ingreso irregular algunas formas pseudo públicas como realizar la convocatoria en alguna página web o en medios impresos de circulación trimestral o semestral. Nos inclinamos por la inclusión y por tanto considerarlos como ingresos irregulares.

---

<sup>32</sup> Art. 40 de la LEFP. “El proceso de selección (...). Serán absolutamente nulos 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”.

<sup>33</sup> La regulación de los concursos se encuentra en los art. 121 y siguientes del reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, vigente en todo lo que no contradiga la LEFP y hasta que el Ejecutivo Nacional dicte uno adaptándolo a la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En este caso sostenemos que se le debe dar igual tratamiento que el señalado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el último extracto citado, con la agravante de que a partir de esta fecha la normativa estatutaria sanciona de nulidad absoluta todos estos actos administrativos contentivos de nombramientos. Como hemos señalado, este grupo de personas, pese a las circunstancias que han rodeado su permanencia en el cargo público, no podrán ser considerados como ingresados a la carrera administrativa por disposición del artículo 146 constitucional en concordancia con el artículo 39 de la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>34</sup>.

Pese a lo anterior, pensamos que aún en estos casos, estas personas de ingreso irregular postconstitucional, les asisten los derechos a la seguridad social contemplados para todos los trabajadores, por cuanto aun conociendo los efectos de la nulidad absoluta de su ingreso, no es posible borrar de la realidad la entrega del esfuerzo físico hecho a favor del Estado por estos trabajadores, por constituirse en relaciones de tracto sucesivo o de ejecución continuada donde la resolución o nulidad no puede operar con efectos retroactivos. En igual sentido los derechos o prestación social de antigüedad, fideicomiso, entre otros.

De tal manera, no hay menor duda que a estos trabajadores les resulta aplicable los beneficios establecidos en la Ley del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y su reglamentación, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, Ley del Régimen Prestacional de Empleo, Ley de Alimentación para los Trabajadores, entre otras.

Por otra parte, y como lo analizaremos *infra*, pensamos que estas personas de ingreso irregular no se hacen beneficiarias del derecho colectivo funcionario (convención colectiva, huelga, entre otros), salvo los referentes al disfrute de los beneficios económicos, los cuales –como vimos en la sentencia parcialmente transcrita– tienen derecho estos trabajadores<sup>35</sup>.

Esta afirmación la fundamentamos en el artículo 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública cuando preceptúa que solo los funcionarios o funcionarias públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley del Trabajo y su Reglamento.

---

<sup>34</sup> Artículo 39. “En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública”.

<sup>35</sup> En este sentido se puede consultar nuestro trabajo: Algunas notas sobre la actividad sindical en el sector público. pp. 339. *Revista Derecho del Trabajo*, N° 3 (extraordinaria). Fundación Universitas 2007.

### 3. Régimen legal de los empleados contratados en el sector público

La posibilidad de que hoy existan contratados en el sector público está expresamente reconocida en la Constitución; en efecto el artículo 146 pauta que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera, de los cuales se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley.

Como antecedentes a esta norma constitucional tenemos que la posibilidad de contratar personal en el sector público se encontraba prevista en la derogada Ley Orgánica de Administración Central, la que establecía en su artículo 16 una prohibición genérica referente a que nadie que esté al servicio de la República podría negociar o celebrar contrato alguno con ella, ni por sí ni por interpuesta persona ni en representación de otra, salvo las excepciones que establezcan las leyes<sup>36</sup>.

Entonces fue la propia ley la que dejó abierta la posibilidad de que se realizaran contratos. Así, el artículo 37 numerales 22 y 23 establecía disposiciones comunes a todos los Ministros y dentro de éstas la de otorgar, previo cumplimiento de las formalidades de la ley, los contratos relacionados con asuntos propios del Ministerio, y en concatenación con esta facultad, la de contratar para el Ministerio los servicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para una obra determinada.

Esta disposición fue reinsertada en la ley que sustituyó a la ley orgánica *in comento*, y mantenida en el DLOAP<sup>37</sup>, en los numerales 15 y 23 del artículo 76, y numeral 9 del artículo 83.

En ejecución evidente de la Constitución, y por supuesto de las anteriores disposiciones previstas en la modificada Ley Orgánica de la Administración Pública, la Ley del Estatuto de la Función Pública regula la figura de los contratados en el sector público. De las disposiciones de esta última ley, debemos distinguir los siguientes principios:

(i) *El régimen legal aplicable al personal contratado será aquel previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral*<sup>38</sup>. Coexisten regulaciones del con-

---

<sup>36</sup> Y antes de las reformas que sufriera la LOAC, se encontraban en el art. 20 n° 22.

<sup>37</sup> Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, art. 78- Competencias comunes de los ministros o ministras con despacho. “Son atribuciones comunes de los ministros o ministras con despacho: 16. Otorgar, previo cumplimiento de las formalidades de ley, los contratos relacionados con asuntos propios del ministerio. 24. Contratar para el ministerio los servicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para obra determinada”.

trato y la ley, pero lógicamente las convenciones ínter partes no pueden contrariar los principios de orden público que inspiran el DLOTTT y mucho menos las previstas en la Ley del Estatuto de la Función Pública que constituye su marco primario de regulación.

(ii) *Sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas.* Es decir, la actividad a realizar por el contratado debe diferir de la propia y la ordinaria que se lleva a cabo en el organismo o entidad, por no permitirse la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la ley estatutaria. Esto tiene una explicación lógica cual es que, de requerirse la presencia permanente de personas para realizar las mismas actividades llevadas a cabo por otros funcionarios, deberá crearse el cargo, presupuestarse y convocarse el concurso respectivo.

(iii) *La contratación siempre será por tiempo determinado por expreso mandato de esta ley.* Esta disposición –a nuestro juicio– evita la permanencia en los términos establecidos en la legislación laboral ordinaria. Este lapso de contratación no podrá superar el periodo de un año por no poderse comprometer recursos más allá del ejercicio fiscal.

Creemos que esto es así por cuanto la ley estatutaria limita las contrataciones de personal en el sector público por lo que estas personas no podrían considerarse como contratadas a tiempo indeterminado, ni aun cuando se les mantengan en nómina en virtud de varias renovaciones contractuales o simplemente varias contrataciones. Esta afirmación la fundamentamos en las disposiciones de la DLOTTT, en el sentido de entenderse no transformado el contrato de trabajo a tiempo indeterminado por cuanto la naturaleza del servicio y la intención de las partes lo impiden. Así, el artículo 62 señala:

El contrato celebrado por tiempo determinado concluirá por la expiración del término convenido y no perderá su condición específica cuando fuese objeto de

---

<sup>38</sup> Sentencia de la Sala de Casación Social de 05-04-2001 (caso: Edimson José Vivas Perras contra la Alcaldía del Municipio Barinas) que señaló: “El criterio utilizado por el primero de los Tribunales mencionado supra, se basa en el carácter público del accionante, lo cual, a juicio de esta Sala, constituye un error, pues si bien algunos de los que trabajan en la Administración Pública se rigen por las normas especiales sobre carrera administrativa, éstos no conforman la totalidad del personal al servicio de la Administración, pues hay quienes están expresamente excluidos de las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales, como es el caso de los que prestan servicios bajo contrato por tiempo determinado por necesidades especiales de la Administración(...) // A tal efecto, atendiendo a la naturaleza de trabajador ordinario del demandante, es criterio de esta Sala que los tribunales de la jurisdicción laboral son los competentes para conocer del presente proceso y, específicamente, para conocer de la apelación interpuesta contra la sentencia que declaró con lugar el reenganche y pago de salarios caídos”.

una prórroga. En caso de dos prórrogas, el contrato se considerará por tiempo indeterminado, a no ser que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación (...).

Creemos que la previsión contenida en el artículo 37 de la ley estatutaria encuadra perfectamente en el supuesto del artículo 62 de la ley laboral, por cuanto aquella señala que sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y siempre por tiempo determinado. Como se observa, esa disposición expresa “siempre por tiempo determinado”, por lo que es la razón especial que justifica las prórrogas que pudieron haber sucedido, y excluyen la intención presunta de continuar la relación contractual a la que hace referencia la DLOTTT en su artículo 62. De allí que a nuestro juicio estas contrataciones múltiples deben ser consideradas siempre a tiempo determinado.

Por tanto, al establecer que este imperativo sobre que el contrato siempre será por tiempo determinado, se ratifica que en las contrataciones múltiples jamás nos encontraremos frente a una relación laboral a tiempo indeterminado; por el contrario, insistimos que deberá ser entendida como determinada y anual. Ésta última cualidad del contrato es así por cuanto es forzoso seguir el principio de anualidad presupuestaria y de suyo la imposibilidad que tiene el poder público de comprometer gasto más allá del período anual, período este que coincide con el año civil<sup>39</sup>.

*(iv) A diferencia de los ingresos irregulares que de alguna manera fueron permitidos antes de la vigencia de la actual Constitución por interpretación jurisprudencial, expresamente señala la ley estatutaria que en ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública (art. 39 de LEFP).* Caben acá las mismas apreciaciones señaladas *supra* en relación con la imposibilidad de ser beneficiarios de la convención colectiva. Somos del criterio que los contratados no se hacen beneficiarios del derecho colectivo funcional (convención colectiva, huelga, entre otros) por cuanto resultan derechos de los funcionarios de carrera a la luz del artículo 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, como se señaló arriba.

Por último, debemos ser enfáticos en señalar que, al no ser funcionarios públicos, no le serán aplicables las disposiciones sancionatorias establecidas

---

<sup>39</sup> Artículo 66 de la LOAFSP señala: “Las cuentas de los presupuestos de recursos y egresos se cerrarán al treinta y uno (31) de diciembre de cada año. Después de esa fecha, los recursos que se recauden se considerarán parte del presupuesto vigente, con independencia de la fecha en que se hubiere originado la obligación de pago o liquidación de los mismos. Con posterioridad al treinta y uno (31) de diciembre de cada año, no podrán asumirse compromisos ni causarse gastos con cargo al ejercicio que se cierra en esa fecha”.

en la Ley del Estatuto de la Función Pública, sino por el contrario las disposiciones del derecho laboral ordinario, pudiendo conducir a dar por terminado el contrato de trabajo.

Si la entrada a las labores de forma contractual fuere posterior a la entrada en vigencia de la ley estatutaria, y nada se estableciera en el texto del contrato referido a las sanciones o a las formas de su terminación (primera fuente normativa de conformidad con el artículo 38 del estatuto), deberíamos acudir a las disposiciones de la ley ordinaria para dar por terminada la relación laboral motivada en razones similares a las sancionatorias previstas en el estatuto funcionarial, actividad que podrá estar incidida por decretos de inmovilidad dictados por el Presidente de la República si se dieran los supuestos de hecho para ello, en cuyo caso será necesario acudir a la autorización del inspector para que permita dar por terminado el contrato a tiempo determinado. A todo evento siempre deberá analizarse el Decreto vigente, para corroborar si estos contratados están o no dentro del ámbito de aplicación de la inamovilidad.

#### 4. Relación colectiva funcionarial

En esta área existe una laboralización del régimen funcionarial<sup>40</sup> evidente, por cuanto, salvo algunas previsiones de la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>41</sup>, se aplica primordialmente la DLOTTT, su reglamento<sup>42</sup> y

---

<sup>40</sup> Definida como el fenómeno de penetración del Derecho del Trabajo en la función pública, donde se observa una coexistencia entre el régimen laboral y el régimen funcionarial. Vid. José Ramón Parada Vázquez: *Derecho Administrativo*. Tomo II: Organización y empleo público, 100 edición, Marcial Pons, Madrid, 1996; Fernando García Pullés, “Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional”, *Lexis Nexis*, Buenos Aires, 2005, p. 26. La laboralización se ha venido afianzando en los últimos años creándose en varios países europeos (Italia, España, Suiza) y americanos (Perú) la formación de un régimen unitario para todo el personal de la administración que contemple todas las peculiaridades que vienen dadas por la naturaleza pública de la administración.

<sup>41</sup> Vgr. Art. 8 de la LEFP. “Corresponderá al Ministerio de Planificación y Desarrollo asistir al Presidente o Presidenta de la República en el ejercicio de las competencias que le acuerde esta Ley, así como evaluar, aprobar y controlar la aplicación de las políticas en materia de función pública mediante la aprobación de los planes de personal que ejecuten los órganos y entes de la Administración Pública Nacional. En particular, dicho Ministerio tendrá las atribuciones siguientes: ... 8. Evaluar el costo de los proyectos y acuerdos de las convenciones colectivas de trabajo en la Administración Pública Nacional”. Art 86 núm. 5 de la LEFP. “Serán causales de destitución: 5. El incumplimiento de la obligación de atender los servicios mínimos acordados que hayan sido establecidos en caso de huelga”.

<sup>42</sup> Arts. 152 al 164 del Reglamento de la LOT (G.O. N° 38.426 de 28-04-2006) en lo referente a la Negociación Colectiva Sector Público. Este Reglamento también regula lo referente a la huelga lo cual es aplicable al sector público con las particularidades propias del sector público.

demás normas de similar naturaleza, pues la Constitución –al regular los derechos contenidos en los artículos 95 (derecho a la sindicalización), 96 (derecho a la negociación colectiva) y 97 (derecho a la huelga)– no excluye de su disfrute a los funcionarios públicos<sup>43</sup>.

Esta laboralización o privatización (que es el contraste a la funcionarización de las relaciones laborales) de la regulación del empleo público, cuyo objetivo es implantar la maleabilidad a través de formas propias del derecho laboral al empleo público (además de las formas ya citadas de origen constitucional, como lo son la huelga, la negociación colectiva, el derecho de sindicalización, la protección a la maternidad en mujeres contratadas<sup>44</sup>, la provisión de los puestos de trabajo sin concurso público a través de contratos, las retribuciones convenidas, contratación del menor de edad<sup>45</sup>, soluciones a situaciones no reguladas en el en la ley estatutaria –como tratamiento de vacaciones no disfrutadas<sup>46</sup>, supuesto en que tribunales contenciosos han optado por aplicar las salidas consagradas en la norma laboral<sup>47</sup>–, regulación

---

<sup>43</sup> En este sentido se puede consultar trabajo del profesor Jesús Caballero Ortiz en: *Derecho del trabajo y derecho de la seguridad social: normas laborales, decisiones judiciales y estudios*. Tribunal Supremo de Justicia. 2006, p. 265.

<sup>44</sup> En esta materia parecieran desconocerse los principios fundamentales consagrados en tratados internacionales y en la propia Constitución que amparan la maternidad; estos principios debería hacer aplicable a todas las trabajadoras, otorgándole el mismo tratamiento tanto a aquellas contratadas en una relación laboral a tiempo determinado como indeterminado, criterio que ha sido sostenido en el caso de funcionarias de libre nombramiento y remoción, quienes según Dictamen emanado de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo (Dictamen N° 57 de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo año 2002 que estableció: “Por tanto, en opinión de esta Consultoría Jurídica, las funcionarias de libre nombramiento y remoción en estado de gravedad, gozan de inamovilidad derivada de su estado especialísimo, esto es fuero maternal y en consecuencia, no podrán ser removidas de sus cargos”) gozan de dicha inamovilidad, a pesar de la naturaleza de este tipo de cargos.

<sup>45</sup> En clara violación con el *thelos* normativo recogido en el artículo 17.2 de la LEFP.

<sup>46</sup> Como dijimos el DLOTTT, es la norma rectora de las relaciones jurídicas existentes entre el Estado venezolano y trabajadores que se rijan por esta última ley (los obreros y contratados) y lo será también respecto de los funcionarios públicos, en la medida que la LEFP remita a ella (como pasa con la prestación social de la antigüedad, art. 28 LEFP) o por inexistencia de regulación en esta última ley, caso en el cual se aplicará el DLOTTT como norma general. Así, para funcionarios públicos resulta aplicable en materia de vacaciones el artículo 24 de la LEFP y 19 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa.

<sup>47</sup> Así tenemos el criterio sostenido por el Juez Superior Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental que señaló: “en razón de lo expuesto, observa este Tribunal que el derecho al cobro de prestaciones sociales a que tiene derecho el trabajador y en razón de la competencia que tiene este tribunal contencioso por ser una relación de empleo público, y que siendo un hecho social el derecho a percibir los beneficios laborales que la Ley y la Constitución acuerda, es por lo que deben otorgarse al querellante los montos solicitados por el pago incompleto de vacaciones vencidas y no disfruta-

del fuero sindical, efectos de la declaratoria de nulidad de una designación en un cargo público hecha sin concurso y, por tanto, la procedencia o no de la devolución de los salarios devengados), trató de acabarse cuando el Ejecutivo Nacional en el marco de la Ley Habilitante de 2000<sup>48</sup>, dictó el Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>49</sup>. Este Decreto-Ley jamás entro en vigencia, pero constituye un aporte de miras a la deslaboralización de esta temática<sup>50</sup>.

Actualmente algunos de los temas señalados en el párrafo anterior se encuentran regulados en la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>51</sup>, la cual luego de algún mínimo precepto, reenvía al DLOTTT. Una de las apreciaciones que puede extraerse de la disposición contenida en el artículo 32 de la Ley del Estatuto es que los derechos de organizarse sindicalmente y, en de-

---

das, de conformidad con el artículo 226 de la Ley Orgánica del Trabajo, ya que al no permitir la Administración Pública el disfrute de las vacaciones, está obligada a repetir el pago, es decir, a pagar nuevamente las mismas, tal y como lo dejó establecido la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 05/04/2000, y así se decide". Por su parte el Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil-Bienes de la Circunscripción Judicial Del Estado Monagas con Competencia en Lo Contencioso Administrativo de la Región Sur Oriental, señaló lo siguiente: "Lo que sí es susceptible de reclamar en virtud de lo establecido en el artículo 224 de la Ley Orgánica del Trabajo, aplicable analógicamente al funcionario público cuando se encuentra en el supuesto de hecho previsto en la norma se refiere a aquellos casos en los cuales el trabajador no disfrutó en efecto las vacaciones". La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el año 2003 (<http://jca.tsj.gob.ve/DECISIONES/2003/ENERO/025-16-02-26948-2003-54.HTML>) había señalado que el derecho al pago sustitutivo de las vacaciones vencidas de uno o más períodos no disfrutados por el funcionario, deben ser canceladas al momento de su egreso de la Administración Pública, tomando en cuenta el último sueldo devengado.

<sup>48</sup> G.O. N° 30.076 del 13-11-2000.

<sup>49</sup> G.O. N° 5.557 del 13-11-2001 con *vacatio legis* hasta el 13-07-2002.

<sup>50</sup> Antecedentes cercanos en este sentido los constituyen la derogada Ley de Carrera Administrativa del 03-09-1970, publicada en la G.O. N° 1.428 Extraordinario de 04-09-1970, reformada por Decreto Ley N° 914 del 13-05-1975 publicado en la G.O. N° 1.745 Extraordinario del 23-05-1975, la cual solo se refería a la organización sindical y en desarrollo de esta disposición se dictó el Reglamento de Sindicatos de Funcionarios Públicos 28-04-1971. La tesis restrictiva del derecho colectivo en materia funcionarial tuvo su punto crucial con la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de 03-05-1977 la cual negaba la posibilidad de celebrar los otrora denominados contratos colectivos.

<sup>51</sup> Art 32 de la LEFP. "Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que presten y con las exigencias de la Administración Pública. Todos los conflictos a los cuales diere lugar la presente disposición serán conocidos por los tribunales competentes en lo contencioso administrativo funcionarial".

finitiva, todos los derechos expresos derivados del derecho colectivo funcionario son exclusivos de los funcionarios de carrera.

Cabría la duda referente a si los contratados del sector público pudieran disfrutar de estos derechos. Nos inclinamos por una respuesta negativa por cuanto el tránsito dentro del Estado de este tipo de trabajadores es temporal, situación que no compagina con la estabilidad normativa que se persigue con las convenciones colectivas, amén de que a nuestro juicio se encuentran excluidos por disposición el artículo 32 de la ley estatutaria.

Por otra parte, es importante acotar que la celebración de convenciones colectivas en el sector público tiene ciertas particularidades propias del Derecho público, cuales son:

(i) *La imposibilidad de realizar algún tipo de gasto que no haya sido previsto en la Ley de Presupuesto.* Sólo podrán decretarse créditos adicionales al presupuesto para gastos necesarios no previstos o cuyas partidas resulten insuficientes, siempre que el Tesoro Nacional cuente con recursos para atender a la respectiva erogación; a este efecto, se requerirá previamente el voto favorable del Consejo de Ministros y la autorización de la Asamblea Nacional o, en su defecto, de la Comisión Delegada (artículo 314 constitucional).

La anterior norma rectora se encuentra en perfecta sintonía inclusive con el DLOTTT, por cuanto su artículo 447 señala que, cuando en virtud de una convención colectiva se llegue a acuerdos que envuelvan erogaciones del sector público no previstas en el presupuesto vigente, se entenderá que los incrementos acordados se harán efectivos en el próximo ejercicio fiscal, a menos que se asegure la disponibilidad de los fondos requeridos para su cumplimiento inmediato. La convención colectiva que envuelva erogaciones que afecten a otros ejercicios presupuestarios además del vigente, deberá ser aprobada por el Consejo de Ministros.

(ii) *La materia propia de las convenciones colectivas son las residuales,* las no contempladas en los artículos 144, 147 constitucional, esto es, serán aquellas distintas al: ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro, requisitos que deben reunir los funcionarios para ejercer sus cargos, los fundamentos bajo los cuales se establecerán las escalas de sueldos<sup>52</sup> y el régimen de jubilaciones. Igual exclusión existe respecto de los procedimientos administrativos y judiciales por ser expresamente de reserva legal a la luz del artículo 156 numeral 32 constitucional.

En este sentido, sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo señala que:

---

<sup>52</sup> Referido a la escala salarial y por expresamente reserva legal nacional, expresamente los artículos 54, 55 y 56 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En refuerzo de lo que antecede, resulta perentorio para este Tribunal advertir, que el retiro de la función pública es de reserva legal, en virtud del contenido del entonces artículo 122 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, equiparable en parte al artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que en atención a ello, resulta errado que en una Convención Colectiva se aborden materias que el Texto Fundamental ha delimitado que deben ser previstas legalmente, como sucede con las normas sobre retiro de los empleados de la Administración Pública, en todo caso, podrán ser susceptibles de mejoramiento por vía de negociaciones colectivas las ventajas o beneficios económicos deparados por las leyes que regulan el ejercicio de la función pública, tal y como lo plantea la doctrina nacional (...).

En este orden de ideas, debe enfatizar este Órgano Jurisdiccional, que aun cuando los funcionarios públicos, tienen mayores restricciones de sus derechos fundamentales en virtud de la relación especial de sujeción que mantienen con la Administración, no implica ello, un desconocimiento de sus derechos laborales como sería el derecho a la negociación colectiva, en efecto, tal y como expresa la doctrina española debe destacarse que “(...) el principio constitucional de reserva de ley sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos no resulta incompatible con la determinación negocial de las condiciones de empleo de los mismos” (Vid. Avelino, Blasco. “La Negociación Colectiva de los Funcionarios Públicos”. Revista Española de Derecho Administrativo N° 052. Octubre-Diciembre 1986).

Por su parte, la doctrina patria, ya desde hace años, ha venido reiterando que “(...) sólo deberán quedar excluidas de la convención colectiva las estipulaciones evidentemente incompatibles con la actividad misma que el ente u organismo público tiene a su cargo dentro de la Administración, de acuerdo a sus exigencias (...)” (Vid. Caballero Ortiz, Jesús. “Incidencias del Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991), lo cual resulta acorde con lo ya expresado por esta misma Corte en otras oportunidades, al precisar que las Convenciones Colectivas, celebradas por organismos del sector público, vienen a complementar las regulaciones constitucionales, legales y reglamentarias que rigen la relación de empleo público. (Vid Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2000, N° 109, caso: Ricarda Antonia Pérez Pérez vs. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes. Expediente N° 89-10213). CPCA. 2003. Expediente N° 01-24556.

En cambio, y por argumento en contrario, las materias distintas a las enunciadas, aun cuando se encuentren previstas en el Estatuto, sí pueden ser objeto de contratación colectiva salvo que exista reserva legal, como por ejemplo sucede con la materia de jubilaciones y pensiones<sup>53</sup>. Las convencio-

---

<sup>53</sup> Vid. sentencias del: Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental de 06-05-2004, caso Luis Cordero vs. Municipio Iribarren del Estado Lara. Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional de 03-08-2004 que reafirma la reserva legal na-

nes estatales y municipales coexistirán con la normativa estatutaria en lo que no sea de reserva legal.

(iii) *Para su validez requieren la intervención de la procuraduría respectiva*, arts. 159 y 163 del reglamento de la LOT.

(iv) *La jurisdicción que conoce de los conflictos que puedan surgir con ocasión a las convenciones colectivas serán conocidas por los tribunales contenciosos administrativos funcionariales* que hasta los momentos están representados por los jueces superiores contenciosos administrativos estatales (art. 25 núm. 6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), esto por expresa disposición del artículo 32 de la ley estatutaria, la cual en el artículo 92 numeral 2 concretiza una de las pretensiones como es el de la nulidad de las cláusulas de las convenciones colectivas.

Somos del criterio que, además de esta pretensión anulatoria, que es una de las tantas que pudieran surgir a propósito del derecho colectivo funcionario, la facultad interpretativa de la convención también es de estos juzgados superiores a tenor de lo previsto en la parte *in fine* del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil<sup>54</sup>.

De cualquier manera, es importante señalar que a la luz del artículo 32 de la ley estatutaria, estos derechos son disfrutables en la medida que sean compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de

---

cional en materia de jubilaciones y pensiones. TSJ-SC-2-3-2006. Exp. N° AA50-T-2005-000243 recoge: “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 (...) por violar el principio de reserva legal, al no haber sido dictados por el Poder Legislativo Nacional”. Pueden citarse al respecto la sentencia N° 359 del 11-05-2000, caso: “Ley de Jubilaciones y Pensiones del Estado Lara” y la sentencia N° 450 del 23-05-2000, caso: “Ley Orgánica de la Contraloría del Estado Bolívar”. TSJ-SC Sent. de 04-11-2003. Exp. N° 00-1694 señala que: “De acuerdo con las citadas disposiciones constitucionales, a la Asamblea Nacional en representación del Poder Nacional, le corresponde la potestad de legislar en materia de previsión y seguridad social, uno de cuyos aspectos es la jubilación del funcionario público. Y sobre esta base, las jubilaciones y pensiones de los funcionarios y empleados públicos, sean estos funcionarios de carrera o de elección; forman parte de los sistemas de previsión y seguridad social, materia esta sobre la cual la Asamblea Nacional tiene potestad exclusiva de legislar por disposición expresa de las normas constitucionales señaladas, como ya lo establecía la Constitución de 1961, en su enmienda N° 2. // Así, el Constituyente reafirma su intención de unificar el régimen de jubilaciones y pensiones, no sólo de funcionarios y empleados de la Administración Nacional, sino de las demás personas públicas territoriales, como los Estados y los Municipios”.

<sup>54</sup> Código de Procedimiento Civil, G.O. N° 4.209 Extraordinaria del 18-09-1990. art. 12: “...En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atenderán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe”.

la Administración Pública, por lo que cualquier conflicto que pudiera surgir en este sentido no será dirimido por el Juez Laboral sino por el Superior Contencioso Administrativo Estatal.

*(v) Por último, especial mención debemos hacer respecto al fuero sindical que les otorga la legislación laboral ordinaria (418 y 422 del DLOTTT) a quienes sean funcionarios públicos que se encuentren en el supuesto de hecho, así como los pronunciamientos que en este sentido han realizado los jueces contenciosos.*

En este sentido, en una primera oportunidad la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo estableció que para poder remover o trasladar o destituir a los funcionarios que ostentaran una condición de fuero sindical, debía acudirse a la inspectoría del trabajo competente y abrir el procedimiento previsto en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo derogada. En su oportunidad, criticamos el insuficiente tratamiento que se le dio en esta sentencia al asunto planteado, por cuanto no se señalaba nada respecto de si luego de obtener la autorización por parte de la inspectoría del trabajo debía abrirse el procedimiento administrativo de remoción, destitución –para evitar la prescripción de la sanción– o traslado, o si por el contrario éste debía abrirse con anticipación al procedimiento de la inspectoría y la resolución de la remoción o retiro –por ejemplo– quedaba en una suerte de suspenso hasta que se pronunciara la inspectoría del trabajo. Nada de esto se estableció en esta sentencia que de seguidas se transcribe parcialmente:

De esta forma, resulta claro a este Órgano Jurisdiccional, que para considerar nulas destituciones como las del caso sub examine, deben verificarse dos requisitos concurrentes, el primero de ellos que el trabajador goce de fuero sindical de conformidad con el artículo 451 de la Ley Orgánica del Trabajo, esto es, que integren la Junta Directiva del Sindicato desde el momento de su elección hasta tres meses después de vencido el término para el cual fueron electos y; el segundo de ellos, que no se haya cumplido con el procedimiento legalmente establecido para tal fin (artículo 453 eiusdem).

(...) Tales documentos bien demuestran que, la Gobernación querellada, destituyó a los recurrentes antes de la terminación del procedimiento contemplado en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues el acto administrativo de destitución contenido en el Decreto N° 365, fue dictado el 24 de octubre de 1996. CPCA 05-12-2002.

No obstante lo anterior, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, fijó posición en contra de lo sentenciado por la Corte Primera al señalar:

No obstante, en lo relativo a la función pública, en el único aparte de la norma anterior se consagró un fuero especial a favor de la jurisdicción contencioso administrativa, para conocer de las reclamaciones suscitadas con ocasión a los de-

rechos colectivos mencionados en el artículo anterior, como es el caso del derecho de los funcionarios públicos de carrera a organizarse sindicalmente, surgiendo por ende, una excepción al principio conforme al cual, la calificación del despido de un trabajador investido de fuero sindical corresponde ser conocido por la Inspectoría del Trabajo (artículos 449, 450 y 453 de la Ley Orgánica del Trabajo). Ello es así, por cuanto el régimen consagrado en la normativa laboral, relativa a la calificación del despido de un trabajador investido de fuero sindical por parte del Inspector del Trabajo, resulta a todas luces incompatible con el régimen de control jurisdiccional de la legalidad de la actividad administrativa.

En consecuencia, de acuerdo a los motivos que preceden, corresponderá al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, conocer y decidir la presente causa. Así se decide. TSJ-SPA de 14-04-2005. Exp. N° 2004-2509.

Ahora bien, en virtud del carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional (sentencia N° 555 de 28-03-2007) es el criterio que deben seguir los tribunales, siendo forzoso indicar que este último fallo vuelve al criterio establecido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo; dicha Sala señaló:

...la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que, en materia de carrera administrativa, no existe disposición alguna referida al fuero laboral; razón por la cual, resultan aplicables las disposiciones previstas en la Ley Orgánica del Trabajo sobre dicho punto (...).

De la doctrina transcrita, se aprecia que la relación entre los docentes de carrera que prestan sus funciones a la Administración Pública, se rigen por una relación estatutaria. Dicha relación permanece incluso cuando los mismos ejerzan una función sindical, ya que aun cuando gozan de inamovilidad ello no implica que se modifica el régimen de estabilidad que los protege ni las causales de retiro previstas en la ley estatutaria.

Dentro de este marco es importante señalar que el acto administrativo emanado del Ministro de Educación Superior mediante el cual se “despide” al ciudadano Adón Díaz, lo afecta no sólo en su condición de representante sindical sino también como funcionario público o mejor dicho como docente de carrera, condición sobre la cual se ejerce la potestad disciplinaria.

Observa la Sala, que el ciudadano Adón Díaz si bien goza de inamovilidad en su condición de dirigente sindical, razón por la cual se le aplicó el procedimiento previsto para la calificación de despido de los funcionarios que gozan de fuero sindical en la Ley Orgánica del Trabajo, por gozar por otro lado de la estabilidad propia de todos los funcionarios al servicio de la Administración Pública, ha debido también utilizarse el procedimiento de la Ley del Estatuto de la Función Pública correspondiente a la destitución, o la normativa prevista en la Ley Orgánica de Educación, ya que la aplicación del procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Trabajo no exime al órgano administrativo de la apli-

cación del procedimiento previsto en la norma estatutaria, ya que todo funcionario público al gozar de estabilidad, ésta debe ser considerada para su retiro, destitución o toma de alguna decisión que afecte su esfera de derechos. Así se decide.

Debe insistirse en que no estamos en presencia de una doble estabilidad en sentido estricto. Así como para el despido de un dirigente sindical del sector privado es necesario respetar el fuero sindical, el cumplimiento de lo dispuesto en la Sección Sexta del Capítulo II Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo (referido al derecho colectivo del trabajo), no exime al patrono de las obligaciones contenidas, por ejemplo, en el Título II, Capítulo VI eiusdem; o en los decretos de inamovilidad laboral. Asimismo, si el dirigente tiene un régimen laboral o funcional especial, debe respetarse adicionalmente la normativa pertinente para la terminación de la relación de trabajo. En estos casos lo previsto en la citada Sección Sexta del Capítulo II del Título VII debe entenderse exclusivamente como un procedimiento para el “desafuero” sindical no para su despido o retiro, cuando se trata de un funcionario de carrera; y así se decide.

Las críticas que se hicieran en su oportunidad vuelven a estar vigentes frente a este fallo.

## 5. Situaciones funcionariales especiales

Necesaria mención dentro de estos lineamientos hay que hacer respecto a algunas situaciones especiales estatutarias que, aunque no son todas<sup>55</sup>, merecen una breve referencia.

(i) *Encontramos en la ramificación de la Administración Pública personas que, aun siendo regidas preponderantemente por el Derecho público, su personal por expresa disposición de ley se rigen por el sistema laboral ordinario*; citamos como ejemplo al Instituto Postal Telegráfico venezolano, el cual por expresa disposición de la ley de su creación prevé que sus trabajadores se registrarán por el Derecho laboral<sup>56</sup>. Igual consideración podríamos hacer respecto a la dero-

---

<sup>55</sup> Dejamos por fuera por los momentos, por cuanto su complejidad ameritaría un estudio por separado, algunos regímenes estatutarios, no obstante, señalamos algunas de las sentencias relevantes desde el punto adjetivo: (i) *Estatuto Judicial*: Demandas a ser interpuestas por Altos funcionarios contra actos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, competencia de la Sala Política Administrativa si se trata de altos funcionarios vid sentencias de 17-09-2002 y 13-08-2002, por el contrario, si son funcionarios de inferior jerarquía la competencia estaría en los Juzgados Superiores Contenciosos Administrativos. (ii) *Estatuto de funcionarios dependientes del Poder Electoral*: demandaran a través de la querrela y ante el Juzgado Superior Contencioso Administrativo. Vid sentencia de la TSJ-SPA 30-09-2003. Criterio en contra superado, TSJ-SPA 11-07-2002. (iii) *Funcionarios de la Procuraduría General de la República*: demandaran a través de la querrela y ante el Juzgado Superior Contencioso Administrativo. Vid sentencia del TSJ-SPA 03-04-2003.

<sup>56</sup> Vid. Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela, (G.O. N° 5.398 Extraordinaria del 26-10-1999). Art. 31. “En virtud del derecho a estabilidad, los empleados

gada regulación contenida en la Ley Orgánica del Régimen Municipal<sup>57</sup> respecto a las mancomunidades<sup>58</sup> municipales, lamentablemente hoy no reguladas en este aspecto.

(ii) *Complicada se encuentra la regulación de los docentes, quienes de acuerdo al organismo o ente para quien presten servicio, se les establecerá reglas que determinarán su régimen estatutario.*

Así el personal docente universitario acudirá en primer momento a la normativa interna universitaria la que, por habilitación de la Ley de Universidades, es posible ser dictada por cada corporación universitaria. Lógicamente, frente a cualquier vacío se deberá acudir a las normas generales estatutarias previstas en la ley Orgánica de Educación y a la Ley del Estatuto de la Función Pública, y frente a un vacío insoslayable con normas administrativas, a las ordinarias laborales. Igual tratamiento debemos otorgarle al personal administrativo de las universidades. A nivel adjetivo, las demandas interpuestas por el personal docente universitario serán conocidas por las otrora Cortes Contenciosas Administrativas<sup>59</sup>, hoy Juzgados Nacionales de la

---

del Instituto Postal Telegráfico no podrán ser destituidos sino en la forma y las causas establecidas en la Ley del Trabajo y en el Reglamento de esta Ley". Art. 34: "Los trabajadores del Instituto no serán considerados como empleados públicos y al efecto se regirán por la Ley del Trabajo y su Reglamento". Igual situación sucede por ejemplo con: las previsiones de la Ley Orgánica para la Prestación de los Servicios de Agua Potable y de Saneamiento (G.O. N° 38.763 del 06-09-2007) Art. 20. Párrafo Único: "Los trabajadores de la Superintendencia Nacional de los Servicios de Agua Potable y Saneamiento no serán considerados como empleados públicos y al efecto se regirán por la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento"; las previsiones de la Ley del Banco de Comercio Exterior (BANCOEX) G.O. N° 37.330 del 22-11-2001 Art. 51: "Los funcionarios y empleados del Banco de Comercio Exterior no tendrán el carácter de funcionarios públicos y se regirán por la Ley Orgánica del Trabajo".

<sup>57</sup> Artículo 154 de la derogada LORM: "Los trabajadores de las entidades descentralizadas y mancomunidades, no tendrán carácter de funcionarios públicos".

<sup>58</sup> Artículo 40 de la LOPPM. "La mancomunidad es una figura asociativa constituida en forma voluntaria por dos o más municipios para la gestión de materias específicas de su competencia". Artículo 41 de la LOPPM. "La mancomunidad procederá cuando se asocien dos o más municipios, colindantes o no, de la misma o de diversas entidades federales. // La mancomunidad podrá asumir una o varias materias o funciones dentro de la competencia de los municipios mancomunados, pero no podrá asumir la totalidad de ellas".

<sup>59</sup> La evolución respecto a esta temática estuvo representada como sigue: la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo fue el tribunal competente con base a la competencia residual que le otorgaba el derogado 185 de la LOCSJ; luego por vía jurisprudencial fue transferida esta competencia a los Juzgados Superiores Contenciosos Administrativos (Sentencias TSJ-SPA 25-06-2002 y CPCA 12-07-2002); por último tiempo después se reasume la posición inicial, es decir la competencia vuelve a la Corte Primera Vid Sentencia TSJ-SPA 12-03-2003. Igualmente puede consultarse sentencia

Jurisdicción Contencioso Administrativa; por el contrario, las del personal administrativo, como relación funcional, serán conocidas por el Juzgado Superior Contencioso Administrativo Estatal<sup>60</sup>.

El personal docente dependiente del ejecutivo (nacional o estatal) tendrá su marco estatutario en la Ley Orgánica de Educación y demás normas de rango sublegal; en su defecto, serán regidos por Ley del Estatuto de la Función Pública o, consecuentemente, por las normas laborales ordinarias. A nivel adjetivo, debemos decir que conocerán de sus demandas los Juzgados Superiores Contencioso Administrativo Estadales<sup>61</sup>.

(iii) *Respecto de los funcionarios del otrora Congreso de la República, hoy Asamblea Nacional*, debemos señalar que desde el punto de vista subjetivo el personal administrativo posee estatuto propio, por lo que frente a cualquier vacío acudiríamos, en primer lugar, a la Ley del Estatuto de la Función Pública que rige a la Administración –distinta a la legislativa– y demás normas complementarias, para en última instancia acudir a las normas del sistema laboral ordinario. Desde el punto de vista adjetivo, debemos señalar que las demandas interpuestas por el personal de este órgano legislativo serán conocidas por el Tribunal de la Carrera Administrativa, hoy sustituido transitoriamente por los Juzgados Superiores Contenciosos Administrativos estadales<sup>62</sup>.

## 6. Situación autonómica de los estados y municipios

Antes de concluir las ideas contenidas en esta aproximación, debemos tomar nota de la situación en la que se encuentra la autonomía de las entidades federales y los municipios, desde el punto de vista de la vocación autonómica que tiene para dictar sus estatutos funcionariales especiales.

En este tema existen tres corrientes claramente identificables, la tesis que sostiene la autonomía de estas personas político-territoriales para dictar estos estatutos; la que sostiene que estas personas no tienen dicha autonomía

---

de la Sala Plena del TSJ: <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/tplen2/Agosto/44-11811-2011-2010-00005.html>

<sup>60</sup> Docentes universitarios: Régimen Competencial docentes contratados: Cortes de lo Contencioso, sentencia de la CPCA, Expediente: AP42-N-2004-002090; Régimen Competencial docentes contratados: sentencia de la CPCA, Expediente: AP42-N-2007-000022 (ídem caso expediente: AP42-N-2005 000299).

<sup>61</sup> En este sentido vid sentencias TSJ-SPA del 30-07-2002. Criterio en contra de la TSJ-SCS del 24-01-2001. TSJ-SC de fecha 12-02-2004 determinó: “Por lo tanto, el conocimiento de los litigios que versen sobre tal relación de empleo público entre los docentes y la Administración Pública corresponde a los órganos jurisdiccionales con competencia en materia contencioso-administrativa funcional”.

<sup>62</sup> Vid. sentencia TSJ-SPA del 01-08-2001.

por haberla constitucionalmente nacionalizado el constituyente; y una última que sostiene una posición ecléctica.

Dentro de la que sostiene la nacionalización o potestad de reserva legal nacional, tenemos parte de la doctrina nacional. Un primer paso a favor de esta nacionalización fue dado de manera incidental por la Sala Constitucional (por cuanto no constituía el *thema decidendum*) cuando señaló:

Se reitera que la Ley del Estatuto de la Función Pública, vigente desde el 11 de julio de 2002, unificó la normativa jurídica aplicable a las relaciones de empleo público de las Administraciones Públicas nacional, estatales y municipales (artículo 1 de la Ley) y restringió sustancialmente los funcionarios excluidos de su ámbito de aplicación (artículo 2 *eiusdem*), exclusión que no abarcó al personal docente de los institutos educativos del Ministerio del ramo, de modo que ellos se encuentran sometidos a dicha normativa legal, inclusive en lo que respecta al Contencioso Administrativo Funcionario (artículos 92 y siguientes *eiusdem*) (Sentencia n° 651/2003 del 4 de abril, caso: Dilma Mogollón). Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, sentencia de 12-02-2004 (Caso República de Venezuela).

Posteriormente a este pronunciamiento, fue promulgada la Ley Orgánica del Poder Público Municipal la cual evidenció que el poder legislativo nacional entendía que no estaba nacionalizada esta potestad regulatoria, apartándose radicalmente de esta posición centralista, y estableció la competencia en cada municipio para que a través de ordenanzas dictaran su régimen estatutario funcionario<sup>63</sup>.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia a través del fallo N° 7 de 29-01-2013, atendiendo una acción popular de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, declaró la nulidad parcial de los artículos 56 literal "h" 95 cardinal 12 y 78 de dicha ley, publicada en Gaceta Oficial N° 38.204 del 08-06-2005 (reiterados en las reformas parciales de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, que se publicó en las Gacetas Oficiales Extraordinarios N° 5.800 y 6.015 del 10-04-2006 y del 28-12-2010). En este fallo se reescriben los contenidos de dichos artículos de la ley.

Aun cuando pareciera estar todo dicho en este sentido, nos atrevemos a ubicarnos dentro de la tesis que sostiene la autonomía de los estados y municipios en materia estatutaria; los argumentos para ubicarnos en contra de la posición centralista la planteamos de la siguiente manera:

Es falso que la Constitución establezca esta reserva legal a favor de la República, por cuanto la referencia que se hace en el artículo 144 cuando

---

<sup>63</sup> Artículos 56 núm. 2 lit. "h" y 78 de la LOPPM que hacen referencia a un estatuto a ser establecido en Ordenanzas.

ordena “La ley establecerá el Estatuto de la función pública...”, es a una ley que en ningún momento se le cataloga como nacional, por cuanto puede estarse refiriendo el constituyente a una ley estatal o a una ley local como lo son las ordenanzas.

Cuando el constituyente quiso ser preciso en materia estatutaria así lo fue de forma expresa, como se evidencia en el artículo 147 donde se refiere a una ley “nacional”<sup>64</sup>; por tanto, si el constituyente decidió no distinguir el tipo de ley al que hace mención el artículo 144, no lo debe hacer ningún operador jurídico de la norma. En este caso (jubilaciones y pensiones como elementos integrantes del sistema de seguridad social), si hay previsión expresa en el numeral 22 del artículo 156 constitucional, que define las competencias del Poder Público Nacional, por lo que no cabe duda que es a este Poder a quien le corresponde legislar sobre el tema.

En ninguno de los numerales previstos en el artículo 156 constitucional se establece esta competencia a favor de la República. Más aun, respetando nuestra esencia de Estado federal, debemos entender –por lo que respecta a los estados– que se mantiene la cláusula residual a favor de las entidades federales tal y como está previsto en el artículo 164 numeral 11 de la Constitución.

Sería contradictorio si el constituyente hubiese establecido una competencia nacional en materia estatutaria, por cuanto expresamente en las disposiciones transitorias de la Constitución, específicamente la número 14, mantuvo el régimen legal que tenían los municipios y dentro de estos el de la hoy derogada Ley Orgánica del Régimen Municipal<sup>65</sup> y las ordenanzas de los municipios<sup>66</sup>.

Es propio de la capacidad organizativa de estos entes político-territoriales establecer normas para regularse internamente, dentro de la cual se encuentran las normas para regular a sus funcionarios<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> Art. 147: “La ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales”.

<sup>65</sup> La cual en su artículo 155 otorgaba competencia a los municipios para establecer la carrera administrativa y entendemos que no podía ser de otra manera sino a través de ordenanza propia.

<sup>66</sup> Decimocuarta. “Mientras no se dicte la legislación que desarrolle los principios de esta Constitución sobre el régimen municipal, continuarán plenamente vigentes las ordenanzas y demás instrumentos normativos de los Municipios, relativos a las materias de su competencia y al ámbito fiscal propio, que tienen atribuido conforme al ordenamiento jurídico aplicable antes de la sanción de esta Constitución”.

<sup>67</sup> Vid. artículos constitucionales: 160, 164 núm. 1, 11, encabezado del 168, 169, encabezado 178.

En nuestro derecho formal, las leyes son derogadas por otras leyes<sup>68</sup> o por sentencias que las derogan a través de algunos de los medios previstos en nuestro ordenamiento jurídico (*vgr.* Acción Popular) y nunca por leyes dictadas por otras ramas legislativas de otras personas político-territoriales, observación ésta que la hacemos por cuanto a la luz de las disposiciones de los artículos 1 y 2 de la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>69</sup> se pudiera sostener que esta última ley derogó las ordenanzas que establecían la carrera administrativa municipal, cuestión que no parece lógica desde el punto de vista jurídico formal. El único caso, también criticable, que utilizó este método morigerado de derogatoria de leyes estatales o locales por ley nacional, estaba contenido en el artículo 285 de la Ley Orgánica de Poder Público Municipal (hoy en la Disposición Transitoria Quinta en la reforma de dicha ley del año 2010), cuando se señaló que a partir del 01-01-2006, las normas de esa Ley serán de aplicación preferente sobre las normas de las ordenanzas que regulen en forma distinta la materia tributaria.

Más aún, y como corolario de todo lo anterior, al momento de habilitarse al Presidente de la República<sup>70</sup> para que dictara el Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Pública –que nunca entro en vigencia, pero fue ley venezolana–, solamente se le habilitó para que regulase a la Administración Pública Nacional, dejándose por fuera a las administraciones estatales y municipales.

Por supuesto, siempre entre ambas posiciones surge una intermedia: en el presente caso, sostiene que los estados y municipios tienen esta autonomía, pero en los términos en que la ley nacional se las plantea, pudiendo regular situaciones no previstas en la actual Ley del Estatuto de la Función Pública. Quienes la apoyan, fundamentan esta posición señalando que la Constitución otorga autonomía, por ejemplo, a los municipios dentro de los límites de la Constitución y de la ley<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> Art. 218 de la CRBV y 7 del Código Civil Venezolano.

<sup>69</sup> 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”. Artículo 2: “Las normas que se refieren 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 aquéllos que presten servicio en determinados órganos o entes de la Administración Pública”.

<sup>70</sup> G.O. 30.076 del 13-11-2000, art. 1 núm. 6 de la Ley que autoriza al Presidente de la República para dictar Decretos con Rango y Fuerza de Ley en las materias que se delegan.

<sup>71</sup> Vid. encabezado del artículo 168, cosa que fue copiada en el artículo del artículo 78 de la Ley Orgánica del Poder público Municipal.

Parte de la doctrina nacional que se ubica en esta posición parte del hecho de que es una competencia concurrente y que, a la luz del artículo 165 constitucional, la Ley del Estatuto de la Función Pública “nacional” representa una ley de base, y las leyes a ser dictadas por las entidades serían las leyes de desarrollo.

Olvidan quienes se ubican en esta posición que dicho artículo esta referido a los estados y para nada hace referencia a los municipios, por lo que pudiera llegarse al absurdo de que los estados tienen una autonomía mediata por las leyes de base y los municipios no tendría esa limitante. Sostenemos que no se trata de una competencia concurrente por cuanto la autonomía de cada entidad político-territorial no concurre con ninguna otra, sino llegaríamos a pensar que la posibilidad que tienen cada entidad federal de dictar su propia Constitución es una competencia concurrente que requiere una ley de base.

De cualquier manera, lo que sí tiene claro esta corriente es que, bien sea a través de leyes de base aplicables en principio a los estados, o bien sea a través de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, solamente se podrán desarrollar leyes a estos niveles político-territoriales en los términos que les permitan las leyes nacionales.

## **7. Breve análisis de los tipos de responsabilidades de los funcionarios públicos**

Por los momentos, ya que su complejidad ameritaría un estudio por separado, señalamos para cerrar con esta aproximación de una visión integral de la regulación empleo público en Venezuela, algunos puntos importantes respecto al régimen que regula de responsabilidad de los funcionarios públicos; esto se hace con la única intención de que sirva de contraste al régimen de responsabilidades existentes en el sector privado.

El principio general de responsabilidad se encuentra previsto en los artículos 25, 139 y 141 constitucionales, y el artículo 79 LEFP, señalando este último que los funcionarios públicos responderán penal, civil, administrativa y disciplinariamente. En cuanto a los tipos de responsabilidad existentes (y que se extraen del numeral 5 del artículo 285 constitucional, en cuanto resultan aplicables a los funcionarios) se encuentran:

(i) *Responsabilidad penal*: prevista en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley contra la corrupción, (Decreto N° 1.410 publicado en la Gaceta Extraordinaria N° 6.155, el 19-11-2014). Esta ley señala que incurrirán en responsabilidad penal, los funcionarios y trabajadores públicos que, en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realicen infracciones expresamente previstas por las leyes como delitos o faltas y sancionadas legalmente con penas determinadas.

(ii) *Responsabilidad civil*: cuya determinación deberá hacerse con base al Código Civil. Incurren en responsabilidad civil los funcionarios y trabajadores públicos que, con intención, o por negligencia o imprudencia o abuso de poder, causen daños a los particulares o a la administración. Esta falta genera la obligación de indemnizar (reparar pecuniariamente) los daños causados, y resulta separable y autónoma de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

(iii) *Responsabilidad administrativa*: prevista en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (G.O. N° 37.347 del 17-12-2001), donde su artículo 91 indica que incurren en responsabilidad administrativa los funcionarios, empleados y obreros públicos que, en el ejercicio de sus funciones, hayan incurrido en los actos, hechos u omisiones generadores de responsabilidad, entre ellos: adquisición de bienes, contratación de obras y servicios con inobservancia total o parcial de procedimiento de selección de contratistas que corresponda, según lo dispuesto en la ley de licitaciones o en la normativa aplicable. También por omisión, retardo, negligencia en la preservación y salvaguarda de los bienes; por no exigir las garantías a quien deba presentarlas o aceptarlas insuficientemente; por la celebración de contratos por funcionarios públicos, por interpuestas personas o en representación de otros; por la utilización en obras o servicios de índole particular de trabajadores bienes o recursos que estén afectados o destinados a un ente público

(iv) *Responsabilidad política*: prevista en la Constitución de la República (*vgr.* revocatoria de mandato, mociones de censura) y en algunas leyes especiales.

(v) *Responsabilidad disciplinaria*: prevista en la LEFP la que señala que los funcionarios públicos están sujetos a las siguientes sanciones disciplinarias (art. 82 LEFP): amonestación escrita y destitución. Existen otras sanciones disciplinarias de los funcionarios públicos previstas en la Ley Contra la Corrupción (art. 38), y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (art. 105).

(vi) *Responsabilidad laboral del Estado* en su sentido amplio respecto a sus trabajadores, la cual se encuentra inmersa en el Sistema de previsión social, específicamente en el régimen prestacional de seguridad y salud en el trabajo, ya anotado *supra*.

## **Aproximación conclusiva**

Como se ha podido observar, el tema abordado no resulta sencillo de tratar y menos aún ha existido a nivel normativo y jurisprudencial un pronunciamiento inequívoco en materias importantes del sistema que regula la fuerza laboral en el sector público.

Se denota por tanto una falta de organicidad y sistematización en la materia, la cual lógicamente en un futuro deberá integrarse respetando ambos sistemas (el estatutario y laboral) tal vez en un cuerpo legal único o en cuerpos legales separados que eliminen desigualdades actualmente existentes. Algo en este sentido se está realizando con la materia de seguridad social, sistema normativo que nutre a los anteriores como fuere explicado *supra*, cuyo ejemplo deberá replicarse y tenerse en cuenta al momento de la integración.

Resulta sorprendente como, a pesar de las expresas disposiciones constitucionales y legales, se sigue ejecutando una mala política respecto de los contratados en el sector público, avalando la omisión de la realización de los concursos públicos y permitiendo ingresos a la Administración en contra de lo dispuesto constitucionalmente.

A manera de ejemplo se puede citar un paso positivo en este sentido lo dio el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) cuando el Estatuto del Sistema de Recursos Humanos recoge en su disposición transitoria única que la Gerencia de Recursos Humanos del SENIAT, atendiendo las instrucciones del Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria, realizará los concursos públicos pertinentes, con la finalidad de darle cumplimiento a lo ordenado por el Ministerio de Planificación y Desarrollo, sobre sincerar la nómina de contratados a partir del año 2006, a los efectos de mantener sólo personas contratadas en cumplimiento de lo previsto en el artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública en concordancia con el artículo 8 de Estatuto que regula ese servicio desconcentrado.

Pensamos que deben existir procedimientos de adecuación como el anotado a todo nivel de la Administración Pública, los cuales hagan respetar las disposiciones estatutarias sin menoscabo de los derechos de los trabajadores.

De otra parte, urge un llamado de atención para que los administradores de las haciendas públicas respeten y den fiel cumplimiento a las materias de reserva legal, las cuales no deberán integrar y ser objeto, por su naturaleza, de las convenciones colectivas.

# CENTRALIZACIÓN Y POLITIZACIÓN EN LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Nelson Faraco\*

RDF, N° 29 (2020): 47-58

**Resumen:** El presente artículo tiene como finalidad exponer la centralización política del poder en Venezuela como fin político de la tendencia actualmente en gobierno y el impacto que estas medidas han dejado sobre el régimen de la función pública en nuestro país.

**Palabras clave:** Centralización; Derecho Administrativo; Función pública.

**Summary:** This article seeks to explain the application of centralist policies as a means to consolidating power, as utilized by the governing coalition in Venezuela, while explain the negative impact left on our civil service.

**Key words:** Centralization; Administrative Law; Civil Service.

**Sumario: Introducción.** 1. Centralización política y administrativa como iniciativa de la “Revolución”. 2. La carrera administrativa y la función pública de hoy. 3. Análisis comparativo y tendencias actuales de la Función pública. 3.1. Función pública en España. 3.2. Función pública en Francia. 3.3. Función pública en Estados Unidos de América. **Notas finales.**

## 1. Centralización política y administrativa como iniciativa de la “Revolución”

A lo largo de los 23 años de la tendencia chavista en el poder, Venezuela ha descendido en un espiral de políticas tendientes a centralizar cada vez más el proceso de toma de decisiones. Con una constancia inclemente, se ha hecho caso omiso a los artículos de nuestra Constitución (redactada e impulsada por cierto, por quienes han gobernado el país estos últimos 23 años) donde se define claramente al Estado venezolano como un Estado Federal descentralizado, transformándolo en un Estado omnipresente, carente de controles, contrapesos institucionales y por supuesto, desconociendo los principios fundamentales del ordenamiento jurídico vigente.

A diferencia de otros regímenes políticos en la historia occidental, el fraude continuado perpetrado por la tendencia gobernante en Venezuela no

---

\* Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela. Especialista en estrategias político-electorales. Nelson.alexis.faraco@gmail.com.

se despliega a partir de un precepto constitucional, sino que se desarrolla sobre las bases legales erigidas desde un parlamento totalmente dominado por la misma tendencia política. Como bien lo detalla el profesor Manuel Rachadell, los instrumentos legales promulgados establecían un criterio de subordinación de los estados y municipios con respecto al Poder Ejecutivo Nacional. A esto debemos sumar una serie de fallos dictados por el Poder Judicial en distintos niveles cuyos objetivos eran vaciar las distintas competencias del poder municipal y estatal, en beneficio de la Administración Nacional<sup>1</sup>.

Bajo este contexto anteriormente descrito, nace el Decreto Ley del Estatuto de la Función Pública, promulgado con el objetivo de centralizar los criterios y principios que rigen la función pública en Venezuela. Justificándose en la existencia de una reserva legal federal<sup>2</sup>, esta norma efectivamente vulnera el principio constitucional de la descentralización al privar a los estados y municipios de su capacidad de dictar normas que rigen la relación laboral existente entre ellos y sus funcionarios. El criterio de reserva legal federal se desarrolló aún más mediante las sentencias de la Sala Constitucional N° 587 de 26-04-2011 y luego en el fallo del 29-01-2012. Las decisiones judiciales previamente citadas son instancias donde la Sala Constitucional anula normativa vigente, en el caso de la primera anula un artículo de la Constitución Estatal del estado Zulia, motivando su decisión en la colisión de las disposiciones normativas con respecto a lo establecido en la Constitución y en la existencia de una reserva legal en favor del legislador federal. Este concepto funcionó como uno de los motores principales de una política dirigida desde diversas instituciones del Estado cuya finalidad única era centralizar el poder, cumpliendo así con los objetivos e intereses de la coalición gobernante en el país.

Con el paso del tiempo, se hizo manifiesto el verdadero fin de estas iniciativas, despojar de capacidades a los distintos entes político territoriales y fortalecer al poder nacional mediante la concentración del poder en los órganos que lo componen, particularmente aquellos adscritos a la rama ejecutiva. Podríamos hablar, como lo menciona la profesora María del Carmen Vásquez, de una estrategia de desinstitucionalizar las distintas instancias del Estado establecidas en la Constitución, mientras se construye una institucio-

---

<sup>1</sup> Rachadell, Manuel, “La Centralización del Poder en el Estado Federal descentralizado”, *Revista de Derecho Público* N° 115/2008.

<sup>2</sup> Carrillo Artilles, Carlos Luis, “La amputación de las potestades normativas del Municipio en materia de Función Pública, por vía legislativa y jurisprudencial en Venezuela”, *Provincia*, N° 33/2015, pp. 129-144.

alidad paralela, sujeta a la decisión e intereses de quienes detenten el poder político en el país<sup>3</sup>.

## 2. La carrera administrativa y la función pública de hoy

El Profesor Manuel Rojas Pérez define la función pública como los individuos que van a desarrollar la actividad administrativa. Es el elemento personal del órgano administrativo, aquellas personas a quienes se les asigna la tarea de formar y manifestar la voluntad de la entidad correspondiente<sup>4</sup>. A los fines de darle cumplimiento a los objetivos que puedan tener las distintas instituciones del Estado, lo correcto es que estén integrados por profesionales de diversas áreas según sea la necesidad, cuyo ingreso a la carrera administrativa debe ser regulada a través del instrumento legal correspondiente. Además, deben contar con una remuneración suficiente para competir con el sector privado.

La realidad venezolana de hoy dista mucho del deber ser para los funcionarios públicos. Prohibiciones de ejercer concursos como principal método de ingreso y ascenso en los cargos públicos, el nepotismo y la necesidad de imponer lealtad a la tendencia política dominante en Venezuela han limitado la profesionalización de los servidores públicos. En perjuicio de la profesionalización de la función pública, proceso que de acuerdo a la investigación realizada por el Profesor Rafael Martínez en la Revista Enfoques de la Universidad de Santiago de Chile, inicia en la década de los 90, con un desplazamiento marcado en la región consistente en trasladar el clientelismo político presente en el desempeño de la función pública, en favor de profesionales con capacidad de desarrollarse en sus áreas al mismo tiempo que maximizan la eficiencia de las funciones que deben ejercer los órganos públicos.

Al asumir el poder la tendencia del fallecido presidente Chávez, inició una etapa muy diferente para nuestros servidores públicos. Bajo la justificación de la retórica revolucionaria de “romper con esquemas viejos”, comenzó un proceso de politización de la función pública en cada rama del poder público en detrimento de funcionarios que llevaban décadas de ejercicio dentro de estos organismos. Era un hecho público y notorio que en los distintos órganos del poder ejecutivo, los cargos de dirección más relevantes estaban ocupados por personas leales a la tendencia oficialista, pero que carecían de la experiencia técnica para conducir esa área. Se hacía evidente

---

<sup>3</sup> Vásquez, María del Carmen, “Actores y prácticas en la neocentralización política en Venezuela: La fábula del sapo”.

<sup>4</sup> Pérez, Manuel Rojas, “Función Pública, Burocracia y organización administrativa”, *Revista de Derecho Funcionario*, N° 26/2019.

que más importaba garantizar influencia sobre el órgano o departamento en cuestión antes que maximizar su rendimiento en cuanto al trabajo se refiere.

Como consecuencia de lo explicado, el trabajo vital de los funcionarios públicos en Venezuela ha sido desprovisto de honradez y seriedad, con sueldos de miseria y poca capacidad de desarrollo profesional, sumado a esto la existencia de inmensas redes de corrupción que obligan a los funcionarios a participar en ellas por la sola necesidad de sobrevivir la peor contracción económica en nuestra historia contemporánea. Actualmente, según los datos que presenta Latinobarómetro en su informe de 2021<sup>5</sup>, Venezuela hoy ocupa uno de los lugares más altos, en cuanto a países donde se evidencia un alto nivel de desconfianza en las instituciones encargadas del ejercicio del gobierno. Curiosamente, el mismo estudio nos indica que en Venezuela es el país donde una abrumadora mayoría percibe al Gobierno como ente receptor de la mayor cantidad de facultades, lo que se traduce fácticamente a que es percibido por la población como el órgano de mayor poder en todo el país. Esta percepción, a nuestro entender, obedece principalmente a la realidad del desarrollo institucional de la Venezuela actual, donde se evidencia un dominio indiscutible del Poder Ejecutivo, incluso al punto de socavar la independencia de las otras ramas del Poder Público.

Siguiendo lo anterior, podemos efectivamente concluir que son aquellos órganos cuyo funcionamiento y ámbito de competencias efectivamente se encuentran adscritos al Poder Ejecutivo, haciendo de lo siguiente algo aún más grave. La Organización no gubernamental Transparencia Internacional, en enero del presente año 2022, publicó su Índice de Percepción de la Corrupción, con las conclusiones y resultados de sus estudios realizados en el año 2021<sup>6</sup>. En dicho estudio, Venezuela se ubica en el número 177 de 180 y en la región latinoamericana figura como el más corrupto. Las estadísticas publicadas por esta misma organización nos indican que este proceso no fue abrupto, el país se ha encontrado en descenso gradual en cuanto a la lucha contra la corrupción se refiere, con puntuaciones cada vez más bajas a medida que pasan los años, alcanzando una breve estabilidad en el 2013, pero luego nuevamente comenzando un descenso lento pero seguro. Los resultados de esta medición son compartidos por el Círculo de Estudios Latinoamericanos en su Informe de Corrupción en Latinoamérica publicado en julio del año 2022<sup>7</sup>, también ubicando a Venezuela como el país más corrupto de América Latina y el Caribe.

---

<sup>5</sup> Corporación Latinobarómetro, “Latinobarómetro 2021”, [www.latinobarometro.org](http://www.latinobarometro.org)

<sup>6</sup> Transparency International, “Corruption Perception Index 2021”, <https://www.transparency.org/en/cpi/2021/index/ven>

<sup>7</sup> Círculo de Estudios Latinoamericanos, “Informe sobre Corrupción en Latinoamérica”, <https://www.cesla.com/pdfs/Informe-de-corrupcion-en-Latinoamerica.pdf>

Basándonos en los estudios realizados por estos centros y otros tantos que han pretendido reportar sobre el estado de funcionamiento de los entes gubernamentales venezolanos, podemos afirmar inequívocamente que el resultado de las políticas públicas de la tendencia chavista actualmente en el poder en Venezuela, ha sido la proliferación de la corrupción en todos los niveles del Estado, haciéndose necesario destacar la existencia de una crisis macroeconómica grave que ha pulverizado el salario mínimo de los ciudadanos aun haciendo vida en el sector formal de la economía, y, la centralización excesiva impulsada de manera progresiva desde el Poder Ejecutivo que ha conllevado como consecuencia natural a una politización de los distintos cargos públicos, disminuyendo el acceso en base a criterios de méritos a la carrera administrativa y aumentando el poder práctico de los cargos de confianza a lo largo de la Administración Pública. Esto ha traído consigo una disminución notoria en la calidad de los servicios públicos, así como una caída abrupta en la eficiencia de los órganos públicos en el cumplimiento de sus funciones. Se han hecho denuncias públicas incontables de abusos de poder o actos de discriminación por motivos políticos perpetrados por funcionarios públicos en el cumplimiento de sus funciones, todo esto como consecuencia de las políticas públicas empleadas en el país cuyo fin último, como ya lo hemos establecido, no era la mejoría del desempeño del Estado con respecto a la vida de los ciudadanos, sino aprovecharlo como una cartera infinita de privilegios por parte de quienes han sostenido las riendas del poder político dentro de Venezuela por más de dos décadas.

Por otra parte, se hace necesario señalar el proceso de transformación que ha sufrido la función pública como consecuencia de la aplicación de normas y figuras originadas en el Derecho del trabajo. Este proceso, en tiempos recientes, ha visto un auge, con la incorporación de figuras propias de la materia laboral a la Ley del Estatuto de la Función Pública, como lo son el derecho a sindicarse, a la convención colectiva y en algunos casos, el derecho a la huelga.

Esta incorporación de figuras propias del Derecho del Trabajo al campo de la función pública, promovidas por lo que el profesor Nicolas Arambulo llama “la tendencia laboralista” en su investigación acerca de la progresiva laboralización de Venezuela<sup>8</sup>, fue insertando por la vía de los hechos estos aspectos, generando, conscientemente pensamos, cambios materiales en la relación existente entre un funcionario público y el Estado que es quien finalmente funge como su patrono. Uno de estos grandes cambios viene con la interpretación realizada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de

---

<sup>8</sup> Arambulo Márquez, Nicolás, “La laboralización progresiva de la función pública en Venezuela”, *Sapienza Organizacional*, vol. 6, N° 11/2019, <https://www.redalyc.org/journal/5530/553066143004/html/>

Justicia mediante sentencia N° 521, de fecha 01-07-2016, donde establece que aquellos individuos que actualmente prestan servicio al Estado venezolano pero cuyo ingreso a esa posición no se hizo mediante el mecanismo formal que es el concurso público deben ser considerados funcionarios, reservando a los “funcionarios de carrera” la necesidad de realizar concursos públicos para lograr su ingreso, tal y como dispone la Constitución. Esta equiparación le trajo a todos aquel personal contratado que ejercía algún tipo de función dentro de la Administración Pública la estabilidad y protección propia de un funcionario público.

A primera vista, esto puede parecer un beneficio que se hizo extensivo a todos aquellos que venían realizando labores dentro de la enorme maquinaria del Estado pero que hasta ahora no poseían las calificaciones propias de un funcionario público. Lo que materialmente se produjo a través de este fallo es la regularización de acceso a la función pública sin necesidad de pasar por concursos públicos, quedando el ingreso a total y absoluta discreción de quien emite los contratos dentro del órgano determinado donde algún trabajador prestaba servicios. Por la vía de los hechos, bajo el disfraz de hacer extensivos beneficios de índole laboral a quienes ya llevaban tiempo de servicio dentro de la administración, dieron un paso definitivo hacia consolidar el control político sobre las distintas instituciones que conforman el Poder Nacional, no solo la rama ejecutiva, sino todas.

Actualmente, el clientelismo y la corrupción se apoderan de la Administración Pública en Venezuela, hecha una organización de proporciones titánicas como resultado de las políticas de centralización impulsadas desde el gobierno nacional. Claramente, esto todo cumplía con el objetivo principal, que era crear una suerte de protección a nivel institucional que pudiese, aun contrariando las normativas legales y constitucionales, salvaguardar los intereses y en general el control político de la tendencia gobernante. Esta ruptura con el verdadero propósito de los funcionarios públicos ha creado las condiciones para la aparición de redes de corrupción inmensas que hoy impiden el funcionamiento regular de los distintos órganos, salvo que se les pague el precio que ellos exigen.

Mientras tanto, los pocos funcionarios de carrera que aún quedan, si no congenian con la tendencia gobernante o sus políticas, son sometidos a condiciones de trabajo cada vez más deterioradas, con la finalidad de forzar su renuncia a los fines de reemplazarlos con funcionarios de confianza y que sean simpatizantes a los razonamientos de quienes sostienen las riendas del poder y se benefician de ello.

### 3. Análisis comparativo y tendencias actuales de la función pública

Con el objetivo de comprender que tanta desviación ha sufrido el sistema venezolano a causa del actual régimen político, es menester destacar cómo se ha manifestado el ejercicio de la función pública en varios países del mundo occidental. Es imposible afirmar que todo el occidente debe asentar un modelo único en cuanto al funcionamiento de la Administración Pública o la regulación de sus funcionarios, pero de nuestro análisis esperamos se desprendan algunas características comunes que hoy el sistema venezolano, por motivos políticos, ignora. Nos planteamos entonces trazar comparaciones a partir de algunos planteamientos relativamente generales sobre el funcionamiento de la función pública en países del mundo occidental, con cierto nivel de influencia a nivel doctrinario en lo que respecta esta materia.

#### 3.1. Función pública en España

Se hace necesario en este punto, destacar la realidad Administrativa de España en la actualidad, esto consiste pues, según la propia doctrina jurídica española, en la coexistencia de “diversas Administraciones Públicas” dentro del territorio del Estado español, a pesar de ser un estado unitario. Esto obedece a las distintas políticas de descentralización empleadas por el gobierno, otorgando autonomía a diversos entes políticos territoriales.

La Ley del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>9</sup>, reformada mediante el Real Decreto Legislativo 5/2015, de fecha 30 de octubre, se erige como instrumento normativo que recoge todo lo referente a la materia de la función pública dentro de España, buscando un equilibrio entre el sistema de selección con base a méritos profesionales como método de ingreso a la carrera administrativa y los derechos de los distintos tipos de funcionarios. Sin embargo, a pesar de las características del régimen político español, una lectura a la referida ley nos permite observar, a lo largo de su articulado, una redacción que no solo protege sino que además promueve las potestades legislativas de las distintas comunidades autónomas a través de las leyes de desarrollo. Estas son normas de rango legal, dictadas por los órganos legislativos existentes dentro de las distintas comunidades autónomas, que tienen como finalidad desarrollar y adaptar a los aspectos que considere pertinente esa administración.

La legislación española reconoce la existencia de los siguientes funcionarios públicos: funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal laboral, ya sea fijo, a tiempo indefinido o temporal, personal eventual.

---

<sup>9</sup> Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, BOE-A-2015-11719, <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/5/con>

En el caso de los funcionarios de carrera, son admitidos mediante sistema de concursos, concursos-oposición o de oposición, según requiera la posición determinada a la que se aspire. Los funcionarios interinos son seleccionados, mediante un proceso también basado en el sistema de méritos, para ocupar de manera temporal, cargos de funcionarios de carrera. Aun ocupando el cargo, no se equipara la condición de este último al de un funcionario de carrera. En el caso del personal, su ingreso a la Administración Pública se formaliza mediante contrato formalizado por escrito en cualquiera de las modalidades previstas en la legislación laboral de España. Finalmente el personal eventual realiza funciones muy específicas de forma no permanente, en virtud de un nombramiento o designación. Una vez adquirida la condición de funcionario, cada Administración debe crear un Registro de Empleados Públicos a los fines de impulsar una gestión integrada de recursos humanos de acuerdo a sus realidades.

Nos queda claro que no se pretende, desde el gobierno central de España, imponer un solo criterio de funcionamiento o un sistema homogéneo cuyo único modelo a seguir sea el gobierno nacional. Lo que sí se busca, comprendiendo la realidad político-administrativa de España, es promover la existencia de un esquema de funcionamiento no uniforme, más flexible para su recepción ante los diferentes entes burocráticos territoriales, pero que al mismo tiempo, busca la regulación general de una serie de aspectos que se estiman necesarios a los fines de garantizar un eficaz funcionamiento de los órganos públicos.

### **3.2. Función pública en Francia**

El régimen de la Administración Pública francesa contemporáneo nace a partir de la Revolución Francesa, donde el denominado *ancien régime*, donde ejercían un predominio considerable los privilegios de la nobleza francesa, quienes decidían de manera absoluta sobre la permanencia de los distintos funcionarios en los cargos de relevancia para el Estado, finalmente queda abolido en favor de un sistema con mayor enfoque hacia los talentos y méritos. Dicha modificación se le atribuye generalmente a la Constitución Napoleónica, donde se tiene la previsión de crear un conjunto de cuerpos permanentes de funcionarios, dedicados a desempeñar funciones del Estado, su escogencia para desempeñar funciones en estos cargos dependería principalmente de sus méritos y capacidad. A través de las guerras napoleónicas, estas reformas fueron exportadas a distintos países europeos, transformando el régimen francés en uno de los más influyentes en cuanto al desarrollo del derecho administrativo y la función pública.

Actualmente, la función pública francesa cuenta con un gran instrumento normativo que recopila toda la normativa vigente en su texto: el Código General del Servicio Civil, vigente desde marzo de 2022<sup>10</sup>. De acuerdo con lo allí establecido existen diversos tipos de ingreso a la carrera administrativa, siendo estos mediante contrato de derecho público, emitido por algún ente nacional o local, así mismo como acceder a través de un concurso público realizado por alguna institución pública. Cada ente, de acuerdo a su estatuto o normativa de funcionamiento, podrá crear puestos de trabajo que requieran uno de estos procesos para acceder. En el caso de algunos entes territoriales, como administraciones municipales, los órganos deliberantes serán los que creen estas posiciones. El aspirante debe entonces ser admitido a este puesto de trabajo bien sea reuniendo los requisitos para firmar el contrato o triunfar en el concurso interno realizado.

Una vez adquirida la condición de funcionario, la relación entre este individuo y el Estado o el ente al cual presta servicio, pasa a ser considerada una relación estatutaria, donde si bien se incorporan algunas figuras del Derecho Laboral, no pierden la característica de una regulación especializada.

En general se distingue entre tres tipos de funcionarios públicos a los cuales rige el mencionado código: funcionarios del Estado, funcionarios territoriales, funcionarios hospitalarios.

La vigente legislación francesa establece la creación de un sistema de formación para los funcionarios, a los fines que estos puedan beneficiarse del aprendizaje y así concursar a nuevas posiciones dentro de la Administración Pública. En muchos casos, dependiendo del cargo al que se aspire, es necesaria la etapa de formación previo a poder concursar para acceder al mismo. Anteriormente, dicho periodo de formación podía llevarse a cabo en la Escuela Nacional de Administración, instituto académico de reconocida trayectoria. Desde diciembre del 2021, la Escuela Nacional de Administración, por mandato del Presidente Emmanuel Macron, será reemplazada por el Instituto Nacional de Servicio Público.

El caso francés no solo destaca su énfasis en la formación académica de sus funcionarios, sino en la regulación de relaciones entre sus distintos órganos descentralizados. El mencionado Código General del Servicio Civil no pretende imponer una visión única desde el gobierno nacional, sino establecer algunos criterios que deben ser considerados estándares para todos los funcionarios, entre esos, derechos que ahora se incorporan a la relación estatutaria.

---

<sup>10</sup> Code général de la fonction publique, [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000044416551/2022-08-12/](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000044416551/2022-08-12/)

### 3.3. Función pública en Estados Unidos de América

El régimen de función pública de EEUU contemporáneo nace a partir del Pendleton Civil Service Act de 1883, donde se consolida la implementación del sistema de méritos como mecanismo de ingreso a los distintos puestos dentro de la Administración Pública. Es necesario destacar que dicho acto tiene un ámbito de aplicación restringido al Poder Federal, omitiendo de su texto alguna disposición a seguir por parte de los estados miembros de la federación o los municipios y condados existentes.

La ley mencionada *ut supra* da nacimiento a la Comisión de Servicios Civiles de los Estados Unidos, ente encargado de regular y administrar los procesos competitivos de admisión en las distintas posiciones de la Administración Pública, así como consolidar el sistema de méritos por encima del sistema de clientelismo político, cuyas prácticas aún existían en el accionar de los funcionarios en puestos de dirección.

Luego, en 1979, el Civil Service Reform Act dio nacimiento a tres organizaciones que suceden a la prenombrada comisión: (i) la Oficina de Administración de Personal de EEUU, cuya función principal es promover criterios homogéneos en cuanto al manejo de recursos humanos para los órganos y entes federales<sup>11</sup>, (ii) la Autoridad de Relaciones Laborales Federales, agencia encargada de regular los aspectos laborales de la relación estatutaria existente entre los funcionarios y el Estado, y (iii) el Consejo de Protección de Sistema de Méritos, cuya función es proteger el acceso y permanencia de los funcionarios de los distintos órganos de la Administración Pública contra prácticas políticas, como el despido injustificado o la discriminación fundamentada en motivos políticos.

Estos entes, si bien son parte del Poder Ejecutivo, gozan de autonomía funcional a los fines de evitar que sus facultades sean alteradas o intervenidas por la esfera política inherente a los altos funcionarios del Poder Ejecutivo.

En cuanto a los tipos de funcionarios, el régimen funcional americano distingue entre tres tipos grandes grupos, en razón de su método de acceso a la función pública<sup>12</sup>: (i) Servicio Competitivo: aquellos que ingresan mediante concursos u otro método competitivo; (ii) Servicio Ejecutivo de alto nivel: categoría reservada para cargos de libre nombramiento y remoción; (iii) Ser-

---

<sup>11</sup> OPM: About Us <https://www.opm.gov/about-us/our-mission-role-history/what-we-do/>

<sup>12</sup> "The Federal Civil Service". DOI University, National Business Center, U.S. Department of the Interior (Revised 11/10/98), <https://web.archive.org/web/20091018051808/http://www.doi.gov/hrm/pmanager/st6.html>

vicio Exceptuado: se refiere a aquellos organismos con un proceso de admisión también basado en los méritos pero que toma en cuenta otros criterios requeridos por la organización que contrata. Es este el caso de las organizaciones de inteligencia del Estado.

El respeto a la descentralización y el distanciamiento de la influencia política sobresalen como características visibles de este sistema, promoviendo un régimen de función pública profesional, a dedicación exclusiva y protegida de los cambios de gobierno propios de un sistema democrático, lo que a su vez implica la existencia de una Administración Pública Federal eficaz y eficiente.

## Notas finales

El mundo occidental ha dado pasos definitivos hacia la consolidación de una Administración Pública representada en funcionarios profesionales, capacitados en el ejercicio de sus funciones y sobre todo, aislados de la dinámica política a los fines de garantizar estabilidad y objetividad en la prestación de servicios públicos. Venezuela desde hace más de dos décadas se ha progresivamente alejado de esta tendencia, sustituyendo el respeto a la autonomía por la centralización y el sistema de méritos por medios de ingreso irregulares y el retorno no anunciado del clientelismo político.

Partiendo del propio texto de la ley, se promueve un predominio del Poder Ejecutivo en cada espacio en cuanto a determinar la dirección y gestión de la función pública. Desde este punto, asumiendo esto como base, las instituciones del Estado y los distintos órganos que lo componen comenzaron a aplicar la normativa referida con el sentido y alcance propio a sus intereses: el de asegurar la consolidación de la tendencia gobernante en Venezuela y su capacidad de incidencia en las instituciones incluso al punto de quebrantamiento del orden constitucional.

A través de un despliegue institucional con objetivos ulteriores, lentamente, se implementó una política de fortalecer el Poder Ejecutivo, otorgándole máximo control sobre los funcionarios públicos que ejercen funciones en el Poder Nacional, al mismo tiempo, disminuyendo la autonomía de los estados y municipios. Con el uso de purgas institucionales, interpretaciones judiciales viciadas y una abrumadora sobrecarga de atribuciones por parte de los distintos órganos que componen la rama Ejecutiva del Poder, se consolidó una administración sumamente politizada, donde la prestación del servicio no merece la mayor importancia, sino la protección y garantía hacia los intereses de quienes sostienen el Poder, condenando a los ciudadanos a vivir en el atraso impuesto por estas medidas y todas las consecuencias dañinas que ellas impliquen. Para quienes aun hacemos vida dentro del territorio nacional, acudir a una institución pública implica una tarea de larga

duración y resultados impredecibles, pues es bien sabido que ante cualquier elemento que pueda ser molesto, no existe posibilidad de ver prosperar una solicitud o trámite, aun teniendo los recaudos exigidos por la legislación vigente.

La función pública en Venezuela hoy se encuentra, conjuntamente con todo el entramado institucional del Estado, en un punto crítico, haciendo necesario un ajuste y reorientación a los fines de recuperar una administración donde la transparencia, la honradez y la eficiencia nuevamente tomen protagonismo en el trabajo cotidiano de nuestros funcionarios y donde realmente se pueda afirmar que los distintos entes y órganos que componen la Administración Pública y los funcionarios que ocupan sus distintos puestos de trabajo, realicen tareas en beneficio y servicio de los ciudadanos venezolanos, no un grupo minúsculo que sostiene el poder.

# ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: BREVES COMENTARIOS SOBRE EL FRACASO DE UN PROYECTO DE REFORMA INSTITUCIONAL

Francisco Ramírez Ramos\*

RDF, N° 29 (2020): 59-74

**Resumen:** La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, estableció un mandato de reforma institucional del sistema de la función pública venezolano. El mandato estableció el objetivo de convertir nuestra burocracia en una profesional, eficiente, eficaz, ética, racional, al servicio de todos los ciudadanos y no de parcialidad política alguna. El instrumento legal con el que se pretendió dar plataforma a la reforma fue la Ley del Estatuto de la Función Pública. Hoy, a 20 años desde su entrada en vigor, la reforma del sistema de la función pública parece haber fracasado. Este artículo explora algunas de las manifestaciones de ese fracaso y plantea la necesidad de un sistema adecuado de función pública para poder llegar al desarrollo del país.

**Palabras clave:** Estatutario; Función pública; Profesionalización.

**Summary:** The Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela, of 1999, established a mandate for institutional reform of the Venezuelan Public Service system. The mandate established the objective of making our bureaucracy a professional, efficient, effective, ethical, rational one, at the service of all citizens and not of any political bias. The legal instrument with intended to provide a platform for the reform was the Public Function Statute Law. Today, 20 years after its entry into force, the reform of the Civil Service system seems to have failed. This article explores some of the manifestations of this failure and raises the need for an adequate Public Service system to reach the development of the country.

**Key words:** Statutory; Civil Service; Professionalization.

**Sumario:** 1. Un sueño de reforma desde la Constitución. 2. La deficiente realización formal del mandato constitucional. 3. La falta de voluntad política para ejecutar la reforma. 4. La situación en los tribunales. **Conclusiones.**

---

\* Abogado UCV. Estudios de Especialización en Derecho Administrativo UCV. Curando Doctorado en Derecho UCAB. Diplomas en Gerencia Legal Corporativa IESA e Historia Contemporánea de Venezuela UPEL. Estudios en Gerencia de Producción UNIMET; y de Teoría de Conflicto y Gerencia de Crisis UCAB.

“...se establece el deber de los funcionarios o funcionarias públicas de servir al Estado, y por ende al ciudadano, y no a parcialidad alguna”  
(Exposición de Motivos de la CRBV)

## 1. Un sueño de reforma desde la Constitución

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela se planteó, según su exposición de motivos, darle una importancia y significación particulares a la función pública como fenómeno propio de un Estado institucionalizado.

De acuerdo con tal exposición, la honestidad, eficiencia y eficacia del ejercicio de la función pública fueron establecidas como prioridades indiscutibles para la sociedad venezolana. El flagelo del clientelismo, según el cual el acceso al empleo por el Estado es un premio a la lealtad política y no un reconocimiento al mérito individual y la satisfacción de una necesidad de interés general, se habría de superar con la creación de una política de recursos humanos cónsona con los ideales de la gerencia pública moderna.

De esta manera, el Estatuto de la Función Pública sería el instrumento legal para regular toda la política de recursos humanos de la Administración. El ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro, así como la seguridad social, las funciones y requisitos para el ejercicio de cargos.

Esto pondría fin a las conductas contrarias a la legalidad y moralidad, a la falta de idoneidad ética y profesional; al clientelismo político. Con la carrera administrativa se daría sustento a una Administración moderna, dinámica y eficiente, la depuración de la función pública y el rescate de la imagen del Estado.

De esta manera, pasó a ser norma constitucional el carácter vicarial de la Administración y la consecuente sujeción del ejercicio de la función pública a la ley y al derecho, así como a los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad (art. 141 CRBV).

Se otorga a la Asamblea Nacional el mandato de dictar el Estatuto de la función pública, con normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública; las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios para ejercer sus cargos (art. 144 CRBV).

Asimismo, se hizo norma constitucional que los funcionarios están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna. Su nombramiento y remoción no podrán estar determinadas por la afiliación u orientación política. Todos los ciudadanos al servicio del Estado, en sus distintos niveles terri-

toriales y funcionales, tienen prohibido contratar por sí mismos o por interpuesta persona, con las personas estatales a las que sirven (art. 145 CRBV).

Los cargos de la Administración Pública son de carrera, establece tajante el texto constitucional, exceptuando los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros y obreras y los demás que determine la Ley. El ingreso ha de ser por concurso público y el ascenso, traslado, suspensión o retiro responderán a métodos científicos de medición de méritos y evaluación del desempeño individual (art. 146 CRBV).

No se podrán ocupar cargos públicos remunerados sin que sus emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente. Las escalas de salarios en la Administración Pública se establecerán reglamentariamente conforme a la ley, la cual podrá establecer límites razonables a *quantum* de la remuneración. La ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de todos los funcionarios del Estado, en los distintos niveles territoriales (art. 147 CRBV).

El desempeño de más de un cargo público remunerado está limitado a los académicos, accidentales, asistenciales o docentes que determine la ley, so pena de que con la aceptación del segundo cargo opere una renuncia, de pleno derecho, al primer cargo si no se trata de suplencias temporales (art. 148 CRBV).

Por último, dispone la Constitución que los funcionarios no podrán aceptar cargos, honores o recompensas de gobiernos extranjeros sin la autorización de la Asamblea Nacional (art. 149 CRBV).

## **2. La deficiente realización formal del mandato constitucional**

El texto definitivo de la Ley del Estatuto de la Función Pública quedó publicado en la Gaceta Oficial N° 37.522 del 06-09-2002, reimpresso por error material. Casi dos años transcurrieron desde la aprobación y publicación de la Constitución de la República, tiempo en el que, suponemos, se debatió el alcance subjetivo y objetivo de la ley que habría de cumplir con la aspiración de reforma del constituyente.

En el ámbito objetivo, la ley regula el sistema de dirección y gestión de la función pública y la articulación de las carreras públicas; 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 (art. 1, numerales 1 y 2).

En cuanto al ámbito subjetivo, la ley se limita a los funcionarios de las administraciones públicas centrales y descentralizadas funcionalmente de la República, los estados y los municipios. En este sentido, la ley asume el concepto restringido de Administración Pública en el sentido orgánico tradicional, como Poder Ejecutivo.

Lo anterior se desprende de la exclusión expresa de la aplicación de la ley a los funcionarios del poder legislativo, servicio exterior, poder judicial, poder ciudadano y poder electoral (art. 1, parágrafo único).

La ley también asume la distinción tradicional entre empleados y obreros, siendo los primeros quienes desempeñan funciones intelectuales y los segundos quienes despliegan funciones manuales. Con base en esta distinción, la ley reserva la calificación de funcionarios y su consecuente aplicación a los tradicionalmente denominados empleados y excluye expresamente a los obreros (art. 1, parágrafo único, num. 6).

A los funcionarios al servicio de la Procuraduría General de la República, del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) y al personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las universidades nacionales; se les reconoció el privilegio de tener leyes especiales que regulen sus relaciones de empleo con el Estado (art. 1, parágrafo único, num. 7 al 9).

Con la delimitación que hace la Ley del Estatuto de la Función Pública de su ámbito de aplicación, objetivo y subjetivo, consideramos que la Asamblea Nacional cumplió deficientemente con el mandato otorgado por la Constitución.

A pesar de que, en principio, el Estatuto ha asumido el concepto orgánico de Administración pública, por lo que solo debería ser aplicable a órganos y entes de los ejecutivos nacional, estatales y municipales; la exclusión del legislativo se limita al nacional, con lo que ha de entenderse que el Estatuto es aplicable también a los legislativos estatales y municipales, lo cual puede dar lugar a confusiones.

Asimismo, se ha discutido la constitucionalidad de la interpretación que han hecho los legisladores y jueces, según la cual los estados y municipios no tienen competencia en materia de función pública<sup>1</sup>, por ser centralizadora y, en consecuencia, contraria al carácter federal descentralizado que asume la República en la Constitución de 1999.

---

<sup>1</sup> CARRILLO ARTILES, Carlos Luis. *La amputación de las potestades normativas del municipio en materia de función pública, por vía legislativa y jurisprudencial en Venezuela*. <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/43442/articulo2.pdf?sequence=2&isAllowed=y>

Por otro lado, el hecho de que se hayan excluido a los funcionarios públicos de las ramas del poder público distintas a la ejecutiva, a los de la Procuraduría General de la República, a los del SENIAT, al personal de las universidades nacionales y a los obreros; así como que se disponga que podrán dictarse estatutos especiales para distintas categorías de funcionarios es reprochable por ser contrario, tanto al espíritu de la norma constitucional como a los propósitos declarados en su exposición de motivos.

La inconstitucionalidad de las exclusiones reside, en nuestra opinión, en que cuando el artículo 144 de la Constitución se refiere a los funcionarios de la Administración Pública, lo hace en sentido dado por su artículo 141, entendiendo como Administración Pública no solo como los órganos del poder ejecutivo, sino a todos los órganos y entes del Estado que realicen actividad administrativa, es decir, la Constitución de 1999, al referirse a la función pública, lo hace comprendiendo a la Administración en un sentido funcional<sup>2</sup>.

Resulta evidente, entonces, que el mandato constitucional de reglar por ley el estatuto de la función pública no debía ser manipulado por el legislador para dar lugar a exclusiones indebidas de funcionarios de “determinadas categorías”. Esta disposición de la Ley del Estatuto de la Función Pública es contraria al espíritu de la Constitución en dos sentidos: (i) Da lugar a la creación de categorías de funcionarios privilegiados por motivos políticos o de clientela, y (ii) Permite que se mantenga para determinados funcionarios sistemas basados más en el antiguo esquema de sujeción especial, en vez de un sistema de derechos.

Ahora bien, es cierto que, según la materia en la que consista el servicio que prestan los funcionarios a la Administración, es posible que se requieran normas especiales destinadas a atender las particularidades propias de las múltiples manifestaciones de la actividad administrativa. No obstante, ello no supone que las distintas formas que pueda adoptar la actividad de la Administración, o los distintos órganos del Poder Público en los que se produce, dan lugar a distintas categorías de funcionarios, en consecuencia, sometidos a distintos regímenes jurídicos, excluidos de las normas de la Constitución que específicamente regulan la Función Pública.

La Constitución (art. 144 a 149) es precisa: el Estatuto de la función pública es un conjunto de normas de rango legal que reglan las relaciones de empleo con la Administración Pública, entendida en sentido sustantivo, en cuanto a los siguientes particulares: Ingreso, ascenso, traslado, suspensión y

---

<sup>2</sup> GARCÍA SOTO, Carlos. *El carácter servicial de la Administración Pública: El artículo 141 de la Constitución*. <http://redav.com.ve/wp-content/uploads/2018/02/El-caracter-servicial-de-la-administracion-publica-CGS.pdf>

retiro; Incorporación a la seguridad social; Funciones de los cargos; Requisitos para el ejercicio de cargos; Excepciones a la prohibición de celebración de contratos con los órganos a los que sirvan; Excepciones a los cargos de carrera; Potestad reglamentaria para la determinación de las escalas de salarios; Límites razonables a los emolumentos; Régimen de jubilaciones y pensiones de funcionarios nacionales, estatales y municipales<sup>3</sup>; Excepción a la prohibición de desempeñar más de un cargo remunerado a la vez; Excepción a la prohibición de disfrutar de más de una jubilación o pensión.

La Constitución no ordena se dicte una ley del Estatuto de la función pública, como terminó haciéndolo la Asamblea Nacional en 2002. Por el contrario, el Estatuto es una abstracción que recoge a todas las normas legales que regulan la Función Pública como fenómeno de un Estado institucionalizado, como se enunciaron previamente.

La Función Pública tiene tal importancia que requiere un sistema ordenado e integrado que garantice, por una parte, los derechos de los ciudadanos que acceden al servicio de la Administración, insistentemente, entendida en sentido sustantivo, y, por otro lado, la capacidad del Poder Público para cumplir con sus cometidos de interés general, contando para ello con el mejor recurso humano posible.

La regulación del Estatuto de la Función Pública no tiene por qué ser una sola ley, pero, esta es la mejor manera de que el sistema esté realmente ordenado e integrado; de que cumpla con los cometidos planteados por el constituyente en su exposición de motivos.

Pues bien, en este sentido se observa otra deficiencia en la Ley del Estatuto de la Función Pública, ya que no solo queda corto en ser un instrumento ordenador e integrador del sistema, debido a las indebidas omisiones y exclusiones, subjetivas y objetivas, en las que incurre, lo cual lo convierte en un instrumento que viola la Constitución en sentido material; sino que, además, incurre también en una violación formal.

---

<sup>3</sup> Consideramos que el último aparte del artículo 147 de la Constitución, al hacer referencia expresa a que el régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios nacionales, estatales y municipales deberá establecerse por ley nacional; deja ver que las demás materias de la enumeración podrían ser normadas por los estados y municipios. Esta conclusión se sustenta en que, de lo contrario, no tendría sentido que se hable en este caso de la ley nacional, entendiéndose que, conforme a la jerarquía normativa establecida en la Constitución, las leyes estatales y las ordenanzas municipales tienen rango de ley, limitadas solo territorialmente. Asimismo, esta conclusión es más consona con el carácter federal y descentralizado de la República y, tiene sentido, además, porque el régimen de jubilaciones y pensiones es una de las cargas presupuestarias más grandes, que pesa principalmente sobre las finanzas del poder nacional mediante asignaciones presupuestarias directas, por lo que su armonización es de importancia capital.

La Constitución dispone que son leyes orgánicas las que así denomine; las que se dicten para organizar los poderes públicos o para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirvan de marco normativo de otras leyes (art. 203).

Como hemos visto, el Estatuto de la Función Pública persigue regular toda la política de los recursos humanos de la Administración Pública. Se trata de un cuerpo normativo que, por mandato constitucional, regula potestades de derecho público; derechos, deberes y prohibiciones a ciudadanos frente al Estado en calidad de empleador; responsabilidades y un régimen disciplinario. Además, debe establecer el marco para todas las leyes especiales por distintos tipos de función pública.

Así, pues, consideramos que, en vez de haber de una Ley del Estatuto de la Función Pública que excluya de su aplicación a distintas “categorías” de funcionarios públicos, lo que corresponde conforme a la Constitución es una Ley Orgánica del Estatuto de la Función Pública que desarrolle los derechos constitucionales de los ciudadanos al servicio del Estado; contribuya a organizar la función pública en toda la Administración, entendida en sentido sustantivo, en todos los niveles territoriales de distribución del poder público y sirva de marco para todas las leyes especiales que sean necesarias, tanto en cuanto a las diferentes formas de empleo público que se produzcan para satisfacer las funciones de distintas formas de la actividad administrativa, como para regular todas las áreas mandadas por la Constitución.

### **3. La falta de voluntad política para ejecutar la reforma**

El sueño de reforma manifiesto en la Constitución pretendía los funcionarios sirvieran al Estado y, por ende, al ciudadano y no a parcialidad política alguna. Que fueran la honestidad, la eficiencia y eficacia del ejercicio prioridades para toda la sociedad. Que se acabara el clientelismo, el premio a la lealtad política y el no reconocimiento al mérito individual y la satisfacción de necesidades de interés general.

Pero, lamentablemente, ni la nueva Constitución ni la Ley del Estatuto de la Función Pública entrado en vigencia a partir de 2002 supusieron verdaderas reformas al sistema de empleo público en el sentido de lograr un Estado eficiente y eficaz. Por el contrario, es posible argumentar que el estado actual del sistema de empleo público es, de hecho, peor que aquél que existía antes de la reforma.

La implementación del Estatuto de la función pública tuvo en Venezuela el destino explicado por el académico de la Universidad de Harvard Matt Andrews:

Tales reformas a menudo producen nuevas leyes, sistemas y procesos que hacen que los gobiernos se vean mejor. Estas demostraciones visibles de éxito a corto

plazo suelen estar respaldadas por grupos reducidos y concentrados de actores gubernamentales que interactúan con organizaciones de desarrollo externas. Sin embargo, las nuevas leyes comúnmente no se implementan y los nuevos procesos no son asumidos, utilizados ni difundidos ampliamente por agentes implementadores. Esto significa que los gobiernos no “mejoran” en un sentido funcional después de las reformas. Si bien las intervenciones producen resultados suficientes para desencadenar apoyo financiero a corto plazo e incluso proyectos y reformas de seguimiento, lo que se ve no es lo que se obtiene y, en última instancia, muchos gobiernos no se están volviendo más funcionales y efectivos para liderar y facilitar el desarrollo<sup>4</sup>.

Quizás uno de los hitos más importantes en el fracaso del Estatuto de la función pública, tanto por lo temprano de su materialización como por lo claramente ilegal e inconstitucional fue el fenómeno de la lista Tascón. El 30-01-2004 el Consejo Nacional Electoral entregó al diputado Luis Tascón, electo por el partido político de Hugo Chávez, copia de la lista de todos los ciudadanos que firmaron para activar el referendo revocatorio del mandato al presidente de la República.

Habían transcurrido menos de dos años desde la entrada en vigor del Estatuto y cuatro desde la adopción de la nueva Constitución que pretendió acabar con el premio de la lealtad política en las relaciones de empleo público; sin embargo, el 20-03-2004, Roger Capella, entonces ministro de Salud y Desarrollo Social afirmó refiriéndose a los funcionarios que hubiesen ejercido sus derechos políticos para activar el revocatorio: “Un traidor no puede estar en un cargo de confianza y este Estado tiene una política y una correspondencia con el gobierno que tiene, donde no hay espacio para los traidores (...) Los que hayan firmado, están botados”.<sup>5</sup>

La Administración pública venezolana inició una política, no oficial pero sí declarada, de despidos masivos, no ascensos y negación de ingresos a la función pública usando la lista Tascón o lista “Maisanta” como instrumentos para medir la lealtad política de los ciudadanos. A nivel nacional, estatal y municipal, los funcionarios electos en la plataforma chavista persiguieron a todos los ciudadanos que no declarasen su lealtad absoluta a Hugo Chávez como “comandante supremo”, denominados con el término deshumanizante de “escuálidos”.

Ante este hecho, los tribunales de la República, ya cooptados también por el chavismo, se abstuvieron de tutelar los derechos de los funcionarios

---

<sup>4</sup> Andrews, Matt. *The Limits of Institutional Reform in Development*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013. Traducción propia.

<sup>5</sup> Centro de Derechos Humanos, *Doce años de aplicación de la “lista Tascón” La discriminación política como instrumento de presión y sus efectos en derechos humanos*, Caracas: UCAB, 2015. <https://saber.ucab.edu.ve/xmlui/handle/123456789/19769>

atropellados. Siguiendo la tendencia descrita por los profesores Antonio Canova y Miguel Ángel Torrealba, los ciudadanos cuyos derechos consagrados en la Constitución y en la Ley del Estatuto de la Función Pública fueron vulnerados en el marco de la persecución política, en vez de encontrarse con jueces contencioso-administrativos, se encontraron con defensores de la Administración<sup>6</sup>.

De esta manera, todas las aspiraciones de la reforma en cuanto a poner fin a las conductas contrarias a la legalidad y moralidad, a la falta de idoneidad ética y profesional y al clientelismo político, quedaron derrotadas junto a los derechos de los funcionarios públicos que no bajaron la cabeza y juraron lealtad ciega al “comandante supremo”. Esta es una realidad que persiste.

Otro aspecto en el que la voluntad política fue contraria al espíritu declarado en la exposición de motivos y normas de la Constitución y el Estatuto de la Función Pública fue el de la carrera administrativa.

El constituyente estableció que, como principio general, los cargos de la Administración Pública son de carrera. No obstante, como hemos visto, estarían exceptuados de la carrera administrativa un número abierto de casos, sometidos a reserva legal.

Los cargos de elección popular, evidentemente, no pueden ser de carrera. El acceso y la permanencia en ellos es un acto político del Soberano, sometido al principio de alternancia en el ejercicio del poder democrático. Los cargos de libre nombramiento y remoción responden a la necesidad de tener funcionarios de dirección o de asistencia a la dirección que sean de la confianza de los funcionarios electos, llamados a desarrollar la política pública por la que el Soberano ha decidido otorgar el mandato a determinado grupo político.

Consideramos que la exclusión de los obreros del régimen estatutario de la función pública responde a que el trabajo manual no requiere una capacitación especial y diferenciada en el caso de estar al servicio de la Administración Pública en contraposición a los que sirven a una entidad privada. La actuación de los obreros al servicio de la Administración Pública, aunque importantísima para el logro de los objetivos de interés general que se fije la Administración, no participan en la determinación de la voluntad administrativa ni interactúan formalmente con los intereses y derechos de los particulares involucrados en relaciones jurídico-administrativas. En consecuencia, los obreros no requieren aprobar concursos para ingresar a

---

<sup>6</sup> Torrealba Sánchez, Miguel Ángel. *Problemas Fundamentales del Contencioso-Administrativo Venezolano en la Actualidad*. Caracas: FUNEDA, 2013.

prestar sus servicios, no existe una carrera de asenso técnico y profesional; por ello la legislación laboral ordinaria es la más adecuada para regular las relaciones de empleo de los obreros al servicio de la Administración.

En cuanto a los contratados, la Ley del Estatuto de la Función Pública dispone que solo es válido un contrato laboral en los casos en los que la Administración requiera de personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado (art. 37). Pues bien, solo cuando requiera un personal de alta calificación técnica o profesional, para realizar una tarea específica y por un tiempo determinado estará facultada la Administración para suscribir contratos de trabajo regidos por la legislación laboral ordinaria; quedándole expresamente prohibido contratar personas bajo el régimen laboral para realizar funciones que corresponden al régimen de función pública o convertir a los contratados en funcionarios.

La realidad, sin embargo, ha sido que la Administración pública venezolana, en los distintos niveles de descentralización territorial o funcional, se ha conducido de manera directamente contraria a las normas de la Constitución y la Ley en cuanto a la materia de la función pública se refiere.

Esto era una realidad antes de que se emprendiera la reforma del sistema de función pública en Venezuela, como ha sido atestiguado por las opiniones de los abogados y doctores Enrique Marín<sup>7</sup>, Arminda Quintana<sup>8</sup>, Jesús Caballero<sup>9</sup> y Jorge Kiriakidis<sup>10</sup>, entre otros.

Sin embargo, luego de la entrada en vigor de la nueva Constitución en 1999 y de la Ley del Estatuto de la Función Pública en 2002, a pesar de sus deficiencias legislativas, la expectativa del foro era que se desarrollara una política de regularización del personal contratado con tantos años de servicio a la Administración que, en muchos casos, serían acreedores del derecho a la jubilación si fueran funcionarios en sentido formal y se pusiera fin a las contrataciones de personal para desarrollar funciones que corresponden a cargos de carrera.

Lamentablemente, la carrera administrativa ha sufrido hasta ahora el mismo destino que el objetivo de poner fin al clientelismo político. Quizás por el mismo motivo: el régimen político liderado por el chavismo, en el fondo, considera que la democracia, la legalidad y el orden son antivalores burgueses y lo que realmente persiguen es la hegemonía de la “revolución”,

---

<sup>7</sup> *Libro homenaje a Rafael Pizani*. UCV, Caracas, 1979, p. 180.

<sup>8</sup> *La Carrera Administrativa*. Presidencia de la República, Oficina Central de Personal. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 44.

<sup>9</sup> *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas* N° 65, UCV, Caracas, 1986, p. 49.

<sup>10</sup> *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela*. Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó, FUNEDA, Caracas, 2003, p. 89.

por lo que lo importante es tener personas fieles en todos los cargos públicos, indistintamente de su calificación para el ejercicio de las funciones para las que son incorporadas mediante contratos.

Esto ha dado lugar a una discusión doctrinal sobre el alcance de los derechos y deberes de los trabajadores de la Administración Pública que, si bien no son funcionarios en un sentido formal, por no haber ingresado mediante concurso; materialmente están prestando servicios a tiempo indeterminado y cumpliendo funciones que corresponden a cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción, en franca violación del artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública<sup>11</sup>.

Además, la situación del financiamiento de la Función Pública es crítica. Habiendo una explosión de trabajadores públicos por vía del contrato, así como de jubilados, los salarios de los funcionarios de carrera que permanecen al servicio de la Administración se han diluido, sumado a la situación de hiperinflación, en muchos casos a cantidades inferiores a US\$1 por día, lo cual ha dado lugar a una conflictividad social que no deja de escalar<sup>12</sup> y una fuga de cerebros de proporciones nunca antes vistas, quedando los órganos y entes de la Administración muchas veces sin el personal necesario para el cumplimiento de las funciones más básicas.

#### 4. La situación en los tribunales

La deficiente ejecución del mandato constitucional de reforma del sistema venezolano de función pública emprendida en la Ley del Estatuto de la Función Pública y la falta de voluntad política para ejecutar la reforma, aunque deficiente, ha ocasionado que a 20 años del proyecto, los Tribunales de la República aún no tengan claridad de cuándo se está en presencia de una relación de empleo bajo el régimen de la función pública y cuándo existe una relación de empleo ordinaria con la Administración.

El ejemplo más reciente de esta situación de confusión sobre cuál es el sistema que debe imperar conforme al Estatuto de la Función Pública, entendido en sentido amplio, como se ha dicho, integrado por la Ley del Estatuto de la Función Pública y por las leyes especiales para las distintas

---

<sup>11</sup> Sobre este particular se puede consultar a THEIS PAREDES, María Gabriela, *Los contratados de la Administración Pública Su derecho al reenganche y la estabilidad, Estabilidad Laboral Vs Estabilidad Funcionarial*, Nueva Era Ediciones, Caracas, 2015.

<sup>12</sup> Observatorio Venezolano de Conflictividad Social. *Conflictividad Social en Venezuela en el primer semestre de 2022*. "Durante el primer semestre de 2022 se registraron 1.642 protestas relacionadas a exigencias laborales, mayoritariamente trabajadores de la administración pública. El mes más conflictivo fue mayo con 341 protestas." <http://www.observatoriodeconflictos.org.ve/oc/wp-content/uploads/2022/07/INFORMEOVCS-PRIMERISEMESTRE2022-2.pdf>

categorías de funcionarios, es la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 205 del 21-06-2022<sup>13</sup>.

En el caso decidido, el Instituto Autónomo Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda solicitó la rescisión constitucional de la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Miranda el 20-11-2014, que declaró sin lugar la apelación ejercida contra la sentencia dictada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda el 15-07-2014, que declaró con lugar la solicitud de reenganche y pago de los salarios caídos incoada por el ciudadano EJVP.

El Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda arguyó que EJVP era funcionario público en calidad de Bombero desde el 16-10-2000, por cuanto ingresó al cargo por un acto administrativo de nombramiento definitivo emanado del referido instituto. Asimismo, el ciudadano EJVP fue destituido como resultado de un procedimiento administrativo de destitución conforme al artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

No obstante, el ciudadano EJVP solicitó su reenganche y pago de salarios caídos ante la Inspectoría del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Miranda el 11-06-2013 y, aunque se abrió una articulación probatoria sobre la naturaleza de la relación jurídica de la relación de empleo, el 19-08-2013 la Inspectoría del Trabajo dictó Providencia Administrativa mediante la cual declaró con lugar la solicitud de reenganche y ordenó el pago de los salarios dejados de percibir, por haber considerado la relación de empleo como de naturaleza laboral.

En febrero de 2014, el Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda demandó la nulidad del acto administrativo de la Inspectoría del Trabajo y el 15-07-2014 el Juzgado Segundo de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda declaró sin lugar la demanda, fundamentándose, en que el procedimiento de reenganche (reinstalación) y pago de salarios caídos o dejados de percibir, era compatible con la solicitud y condición del ciudadano EJVP.

Dicha decisión fue apelada por el Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda y el 20-11-2014 el Tribunal Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Bolivariano de Miranda dictó la sentencia objeto de la revisión constitucional, la cual declaró sin lugar la apelación por considerar que la relación de empleo entre el Cuerpo de Bomberos y EJVP era de carácter laboral y no funcional, toda vez que el ciudadano EJVP no

---

<sup>13</sup> <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/junio/317466-0205-21622-2022-14-1345.HTML>

ingresó al cargo de Bombero por concurso público, sino por una designación ilegal, sin cumplir con las formalidades de ley, por lo que lo que existía en realidad era una relación de trabajo. En tal sentido, expresó la sentencia del Juzgado Superior del Trabajo que:

En el presente caso esta alzada observa que (...) ERICK JOVANNY VERA PEÑALVER, no ostenta la titularidad de bombero profesional y como consecuencia de ello no puede ser funcionario público, aunado al hecho de no haber concursado para obtener el cargo de funcionario público. En fundamento a los planteamientos expuestos este Tribunal declara improcedente el Recurso de apelación de las partes recurrentes en nulidad, debiendo confirmar la sentencia proferida por la primera instancia y en consecuencia la Inspectoría del Trabajo es la competente para conocer como en efecto conoció y se pronuncio sobre dicha solicitud, y así se establece.

Por su parte, la mayoría de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del magistrado Calixto Ortega, declaró que ha lugar la solicitud de revisión constitucional que incoó el Instituto Autónomo Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda y anuló las sentencias dictadas por los Juzgados del Trabajo, así como por la Inspectoría del Trabajo. Por último, ordenó la reapertura del lapso para que EJVP interpusiese el recurso contencioso administrativo funcional contra el acto que acordó su destitución, conforme al artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Para arribar a esta decisión, la mayoría de la Sala Constitucional consideró que debido a la existencia de una diferencia entre el concepto de funcionario público en sentido genérico y de funcionario público de carrera, que es la condición que se adquiere por concurso, la aseveración del Juzgado Superior del Trabajo referente a que el ciudadano EJVP no era funcionario público por no haber ingresado por concurso era falsa.

En efecto, la mayoría de la Sala Constitucional consideró que:

...a tenor de lo establecido por el artículo 3 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, funcionaria o funcionario público es “toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, de carácter permanente”. Así pues, funcionario público en sentido estricto es aquel que realiza una función pública remunerada de carácter permanente, independientemente de la naturaleza del cargo que ostente dentro de la administración, lo cual se diferencia del funcionario de carrera, por cuanto éste ingresa a la administración por concurso y goza de derechos exclusivos tales como la estabilidad absoluta en el desempeño de su cargo, al ascenso, a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública (vid. Artículos 30, 31 y 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).

(...)

Al efecto, corre inserto al folio 52 del presente expediente copia certificada del acto de nombramiento, en el cual el Jefe de la División de Personal del Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda, le informó al ciudadano Erick Jovanni Vera Peñalver, que había reunido los requisitos para ocupar el cargo de Bombero y al folio 5, Resolución N° 009-2013, mediante la cual el Comandante General Director Presidente del Instituto declaró la destitución del mencionado ciudadano, luego de verificado un procedimiento administrativo conforme a la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En virtud de lo anterior, estamos en presencia de dos actos administrativos emanados de una autoridad competente, por lo que el Tribunal Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del estado Miranda, debió darle plena validez y notar que había ingresado al Instituto Autónomo Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda “como funcionario”, al cargo de “Bombero Conductor”, lo cual resultaba suficiente para determinar que la controversia se trataba de una relación de empleo con la Administración, y en razón de ello resultaba ser objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

Nótese que la Sala Constitucional, para llegar a su conclusión, consideró que el cargo de Bombero Conductor no es de carrera y que, por consiguiente, no se requiere un concurso público para su designación.

Ello llama la atención, por cuanto los cuerpos de Bomberos están regulados por una Ley Especial<sup>14</sup> que no es mencionada por la Sala Constitucional y que en su artículo 55 dispone que los bomberos y bomberas se clasifican de acuerdo con las siguientes categorías:

1. Bombero o Bombera Profesional de Carrera Permanente: es el egresado de un instituto de formación profesional de bomberos o bomberas que presta servicios remunerados a un Cuerpo de Bomberos y Bomberas en forma exclusiva.
2. Bombero o Bombera Profesional de Carrera Voluntaria: es el egresado de un instituto de formación profesional de bomberos o bomberas que presta servicios a un Cuerpo de Bomberos y Bomberas sin recibir remuneración alguna.
3. Bombero o Bombera Asimilado: es el profesional universitario, técnico superior o especialista que presta servicios remunerados al Cuerpo de Bomberos y Bomberas desempeñando las funciones correspondientes a su especialidad, y posee jerarquía durante su permanencia en la Institución.
4. Bombero o Bombera Universitario: es el egresado de un instituto de formación profesional de bomberos, que siendo integrante de una comunidad univer-

---

<sup>14</sup> Decreto con Fuerza de Ley de Los Cuerpos de Bomberos y Bomberas y Administración de Emergencias de Carácter Civil, publicado en la Gaceta Oficial N° 5.561 Extraordinario del 28-11-2001.

sitaria, presta sus servicios remunerados o no, al Cuerpo de Bomberos y Bomberas de una institución de estudio superiores.

La sentencia que se comenta tuvo un voto salvado de la magistrada Lourdes Benicia Suárez Anderson, cuyo criterio disidente se basa en que

...se obvia que en materia laboral rige el principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias que tiene rango constitucional según lo preceptuado en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que puede apreciarse que en ese asunto el ingreso a la relación de prestación de servicios que desempeñó el ciudadano Erick Jovanni Vera Peñalver como “Bombero Conductor”, no podría ser catalogada como en ejercicio de una función pública en donde se hace uso del *ius imperium* que caracteriza a las actividades gubernativas, siendo que la misma pareciera asemejarse más al régimen de ajenidad, subordinación y dependencia que define a la clásica noción de la relación laboral.

De dicho planteamiento lo interpretamos es que la relación del ciudadano EJVP con el Cuerpo de Bomberos es laboral porque no se cumplieron las formalidades de que la ley establece para el ingreso de funcionarios públicos, lo que hace que, aunque haya existido un acto administrativo de ingreso, éste sería nulo.

En todo caso, el caso comentado deja constancia de que a 20 años de la entrada en vigor de la Ley del Estatuto de la Función Pública, la conducta de la Administración, nacional, estatal y municipal, ha dado lugar a una imponente confusión que alcanza al Máximo Tribunal de la República, todo lo cual demuestra el rotundo fracaso del proyecto de reformar nuestro sistema de Función Pública, como lo mandó el Constituyente en 1999.

## Conclusiones

La reforma del sistema de Función Pública en Venezuela es un objetivo sin lograr, pero no por ello uno que deba abandonarse. Sin una reforma efectiva del sistema de Función Pública el desarrollo del país será siempre una quimera.

Sin embargo, como la experiencia nos lo ha demostrado, no son suficientes un cambio en el entramado normativo, ni la voluntad de cambio expresada en el texto constitucional, ni siquiera la inversión en creación y formación de tribunales y jueces para cambiar usos y prácticas tan arraigadas que dan lugar a ecosistemas con esquemas de incentivos viciosos.

Para que el Estado Social y Democrático, de Derecho y de Justicia deje de ser solo papel y deseos, es necesario que en la práctica toda la actuación estatal esté motivada por el cumplimiento de una sola misión: garantizar a todas las personas el pleno goce de los derechos fundamentales. Para esto, el sistema de la Función Pública es un requisito *sine qua non*. No habrá Estado

garantista de los derechos fundamentales de todas las personas si la Función Pública no se reforma y se profesionaliza.

Creemos que en el futuro quienes dirijan las políticas públicas no tengan como único objetivo la hegemonía en el poder, la sociedad venezolana deberá asumir el compromiso de emprender la reforma de una manera alternativa, quizás, con el método propuesto por el profesor Matt Andrews<sup>15</sup> como la adaptación iterativa enfocada en problemas (PDIA por sus siglas en inglés), quizás con nuevas ideas planteadas por académicos venezolanos, pero sin duda, con la voluntad real de realizar el cambio en la acción y no solo en el discurso.

---

<sup>15</sup> Andrews, Matt. *The Limits of Institutional Reform in Development*. Nueva York: Cambridge University Press, 2013.

# LA FIGURA DEL CONTRATADO: LA DEUDA PENDIENTE DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Pelayo de Pedro Robles\*

RDF, N° 29 (2020): 75-112

**Resumen:** El presente trabajo revisa la situación de los contratados de la Administración Pública, con especial enfoque a las decisiones jurisprudenciales antes y después de la Constitución de 1999 y su tratamiento a la luz de Ley del Estatuto de la Función Pública.

**Palabras clave:** Contratado; Legislación Laboral; Estatuto de la Función Pública.

**Summary:** This paper reviews the situation of those hired by the Public Administration, with a special focus on the jurisprudential decisions before and after the 1999 Constitution and its treatment in light of the Civil Service Statute Law.

**Key words:** Hired; Labor legislation; Civil Service Statute.

**Sumario. Introducción.** 1. La tesis de la relación funcionarial encubierta. 2. Breve referencia a la jurisprudencia posterior a la promulgación de la Constitución de 1999. 3. Ley del Estatuto de la Función Pública. 4. De la tesis de la relación funcionarial encubierta a la tesis de la estabilidad provisional: La jurisprudencia posterior a la Ley del Estatuto de la Función Pública. **A modo de corolario.**

## Introducción

La Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP) procedió a desarrollar el mandato constitucional en cuanto al establecimiento de normas relativas al ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios públicos previsto en el artículo 144. Por su parte, el artículo 146 de nuestro texto constitucional, consagró el ingreso a la función pública, únicamente mediante la celebración de concursos públicos y exclusivamente para cargos de carrera, exceptuando de manera expresa los cargos de libre elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y obreros al servicio de la

---

\* Profesor de pregrado de Derecho Administrativo, Universidad Santa María (USM). Profesor de postgrado, Universidad Metropolitana (UNIMET). Estudios de Doctorado, Universidad Carlos III de Madrid, España. Especialista en Derecho Administrativo (USM). Consultor Jurídico CONICIT, hoy FONACIT (1990-1993). Socio de Hoet, Pelayo, Castillo & Duque (1995-2000). Gerente Corporativo de Asuntos Legales de la Corporación CANTV (2000-2009). Asesor Legal independiente. [pelayo.depedro@gmail.com](mailto:pelayo.depedro@gmail.com)/[linkedin.com/in/pelayo-de-pedro-robles-550b632b](https://www.linkedin.com/in/pelayo-de-pedro-robles-550b632b).

Administración Pública. La pretensión del constituyente no era otra que la de eliminar cualquier ingreso irregular a la función pública –en particular mediante la vía de un contrato– para el desempeño de un cargo de carrera, producto de decisiones jurisprudenciales<sup>1</sup>. Ello constituía la vía frecuente de ingreso a la Administración Pública. A raíz de la Constitución del año 1999 y el desarrollo que hizo la LEFP del precepto constitucional, la figura del contratado, en ningún caso, representaría una forma irregular de ingreso a la Administración Pública y el ejercicio de un cargo de carrera, ya que la Constitución –como ya hemos apuntado– establece su ingreso mediante la celebración de un concurso público. Sin embargo, la Administración lejos de ser persuadida al uso indiscriminado de la figura del contratado, no cesó en esa práctica irregular, ya que continuó contratando personal para ejercer funciones públicas, y lo que es peor, para ejercer cargos de carrera. La diferencia con respecto a la Constitución de 1961 con nuestra actual Carta Magna, es que los contratados nunca serán reconocidos como funcionarios públicos a pesar de desempeñar competencias públicas, cumplir un horario y ejercer cargos de igual naturaleza mediante contratos, en su mayoría renovados por largos períodos de tiempo. De tal manera que la norma constitucional, lejos de aleccionar y disciplinar al ente contratante, lamentablemente perjudicó al contratado. Eso hace que en base a la aplicación de la prohibición legislativa, los tribunales lejos de castigar a la Administración por dicha conducta, castigaran al contratado al no reconocerles su condición de funcionario público, despojándole de los beneficios que la LEFP les debería otorgar por el ejercicio de tales funciones y en atención al tiempo transcurrido al servicio del Estado.

En nuestro criterio la LEFP en cuanto a este punto, poco ha contribuido con mejorarlo, por el contrario, lo ha agravado, si consideramos que ahora el personal contratado nunca podrá ingresar a la función pública, ni mucho menos, ser amparado por la LEFP, al no estar avalado su nombramiento por un concurso como lo pauta la Constitución y por expreso cumplimiento del artículo 37 de LEFP, norma que prohíbe la figura de la contratación para

---

<sup>1</sup> Al respecto: “La Administración, ante la falta de rigor legal, contrataba personal para ocupar cargos de carrera. La jurisprudencia estimó que, ciertamente, el contrato era una fórmula irregular de ingresar a la carrera, mas si el contratado ejercía el cargo más allá del período de prueba sin haber sido evaluado adquiría la cualidad de funcionario de carrera. La finalidad de tal jurisprudencia no era otra que la de proteger al débil jurídico, el contratado y, en cierta manera, castigar a la Administración por su proceder, máxime cuando, reiteradamente y a sabiendas, procedía a suscribir contratos –denominados generalmente administrativos–, que frecuentemente se prolongaban indefinidamente, quedando los interesados en una especie de ‘limbo jurídico’”. DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio. *Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública*, Ed. Vadell Hermanos, Caracas, 2003, p. 46.

realizar funciones a cargos de carrera. En definitiva, tanto el constituyente como el legislador se decantaron por normas que perjudican al contratado (débil jurídico en la relación), despojándolo de su legítima aspiración de ingresar a la función pública, favoreciendo la irresponsabilidad de la Administración Pública, la cual a sabiendas de su prohibición, sigue (de manera reiterada) utilizando la figura del contrato para proveer de personal a la Administración, cumpliendo horario y funciones similares a los funcionarios de carrera, y todo en perjuicio de una sola de sus partes, la más importante, la que amerita la protección legislativa: el contratado<sup>2</sup>.

A lo largo de este artículo revisaremos la situación de los contratados antes al año 1999, fecha de la promulgación de la Constitución; analizaremos algunos fallos emitidos por los tribunales laborales y contenciosos administrativos. De igual forma, revisaremos la situación una vez promulgada la actual Constitución y la LEFP, en las cuales se sigue evidenciando esta práctica nefasta; revisaremos las decisiones más significativas sobre el tratamiento de la figura de los contratados, incluso la jurisprudencia constitucional. Finalmente –como una contribución<sup>3</sup>– trataremos de enfocarnos en una posible solución al problema, todo ello en aras de salvaguardar la figura del contratado, en su condición de débil jurídico y objeto de las leyes analizadas, en su condición de trabajador.

## 1. La tesis de la relación funcionarial encubierta

Durante la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa (LCA), la figura del contratado se convirtió en una forma recurrente de ingreso a la función pública. Fue la jurisprudencia contencioso funcionarial la que validó el ingreso a la función pública mediante un contrato de servicios. En efecto, como nos señala el profesor Arámbulo Márquez<sup>4</sup>, aun cuando existía una clara distinción entre el régimen funcionarial y el laboral, los contratados al servicio de la Administración Pública podían adquirir la condición de funcionarios públicos por la vía de un contrato, aun cuando la propia LCA expresamente remitía su régimen a la legislación laboral. Al profesor Kiriakidis

---

<sup>2</sup> Lamentablemente: “Con la Ley del Estatuto, teóricamente, la cuestión no podrá plantearse. Sin embargo, ¿qué hacer si se da?, ¿si la Administración contrata, en violación de Ley, a una persona para desempeñar un cargo de carrera? Ciertamente, el objeto de dicha contratación es ilícito (artículo 37 de la Ley del Estatuto) y nulos los instrumentos hechos en contravención de la Ley (artículo 40, ejusdem). Luego, no puedo ingresar a la Función Pública, pero está ahí, ejerce una función. Entonces, ¿debe cargar el funcionario con la irresponsabilidad de la Administración?” *Ibid.*, p. 69.

<sup>3</sup> Más que una contribución a título personal, lo que se busca es armonizar las distintas soluciones dadas por la doctrina al respecto y advertir que la situación actual, amerita una revisión seria sobre este asunto.

<sup>4</sup> ARÁMBULO MÁRQUEZ, Nicolás. “La Laboralización Progresiva de la Función Pública en Venezuela”, en *Sapienza Organizacional*, Vol. 6, N° 11, 2019, pp. 48-74.

le debemos la denominación de “relación funcionarial encubierta”<sup>5</sup>, bajo el concepto amplio de “funcionario de hecho”; tesis que en definitiva, justifica el ingreso a la función pública por la vía del contrato de servicios, en clara oposición a lo previsto en la LCA. Dicha tesis (relación funcionarial encubierta o simulación) tiene su origen como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Carrera Administrativa (TCA) de fecha 29-09-1975, la cual estableció que de acuerdo con la clasificación que se haga del contratado, no impide, *a priori*, su condición como funcionario público, ya que si está al servicio de la Administración, a tiempo permanente y no de manera parcial o temporal, en un cargo previsto en el Manual Descriptivo y con las condiciones propias de los titulares de dicho cargo, debe tenerse al contratado como sometido a la LCA y por lo tanto la voluntad de la Administración de asumir sus servicios equivale al nombramiento formal. En esa oportunidad, el TCA planteó los mismos cuestionamientos que después de más de cuarenta y cinco años nos seguimos formulando, sin obtener una respuesta adecuada por parte del legislador:

...si un sujeto expresamente designado para un cargo administrativo por el órgano competente de la Administración, que se encuentre expresamente especificado en un Manual Descriptivo, con tareas similares o idénticas a las desempeñadas por los titulares, con responsabilidades parecidas, con horario y sueldo similares, no es un funcionario de la Administración Pública ¿Qué es? ¿Qué lo protege?<sup>6</sup>.

Es preciso recordar que parte de la doctrina administrativa para la fecha, ya apuntaba a la tesis de la simulación del contrato de trabajo como funcionario público de hecho. Así, el profesor Caballero Ortiz al referirse a este punto como una de las excepciones de la aplicación del Derecho del Trabajo, nos señala lo siguiente:

...la Administración Pública –por cualquier circunstancia– recurre a la figura del contratado para emplear dentro de sus cuadros permanentes a un sujeto obligado a concurrir diariamente, cumpliendo el horario preestablecido en el Organismo (ya bien a tiempo completo o a medio tiempo), y ocupando un cargo previsto en el Manual Descriptivo de clases de Cargos. Si a ello se añan otras características como, por ejemplo, las obligaciones que le son impuestas o las exigencias que le son requeridas, similares a las previstas en la Ley de Carrera Administrativa, o en estatuto particular, es obvio que el contrato no constituye otra cosa que un nombramiento simulado, debiendo considerarse al contratado

---

<sup>5</sup> Al respecto revisar KIRIAKIDIS, Jorge. “Notas sobre la situación de los Contratados por la Administración Pública en la Ley de la Función Pública”, en *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la Doctora Hildegard Rondón de Sansó*. Tomo I, pp. 127-152.

<sup>6</sup> Sentencia del TCA del 29-09-1975.

como un verdadero funcionario público. En general, a tal conclusión ha llegado una línea jurisprudencial pacífica<sup>7</sup>.

La tesis de la “relación funcionarial encubierta o de la simulación” no pasó desapercibida, originando duras críticas por una parte importante de la doctrina administrativa, siendo una de ellas, que esta forma de ingreso desnaturalizaba la carrera administrativa, de manera total y definitiva. Para ello se señalaba que la mencionada tesis generaba la imposición a la Administración Pública de una carga procesal no prevista en la LCA, al invertirse la carga de la prueba, correspondiéndole a la Administración desvirtuar el ejercicio de un cargo público mediante un contrato; y por otro lado, consagró un ingreso a la función pública distinto a los previstos en la LCA. Sin embargo, la tesis terminó por consolidarse a lo largo de los años, incluyendo los primeros años después de la promulgación de la Constitución de 1999, norma que –como hemos advertido– impone la celebración de concursos públicos para el ingreso a los cargos de carrera (art. 146)<sup>8</sup>. Para el profesor de Pedro<sup>9</sup>, esta tesis comienza su declive fundamentalmente, producto de la conformación de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (SS/TSJ) para la época, integrada mayoritariamente por juristas de formación laboral, los cuales no avalaban el ingreso a la función pública por la vía contractual. A pesar de ello, el propio profesor de Pedro señala que estas primeras sentencias después de la promulgación de la Constitución de 1999, no contradecían de manera abierta la citada tesis. En nuestro criterio, la mayoría de las sentencias que se dictaron después del año 1999, sí constituyeron un cambio significativo en las tesis de simulación y representaron el inicio de una nueva interpretación jurisprudencial con matices muy diferentes a la que hasta la fecha venía imperando, marcando las líneas de lo que, en un futuro próximo, establecería LEFP en esta materia.

## **2. Breve referencia a la jurisprudencia posterior a la promulgación de la Constitución de 1999**

A partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, comenzó a surgir en los tribunales nacionales, declinatorias de competencia entre los tribunales laborales y principalmente por parte de los tribunales contenciosos administrativos, en cuanto al conocimiento de demandas relacionadas con contratados de la Administración Pública. Ello constituyó una oportunidad para que la SS/TSJ comenzara a imponer su criterio exclusionista de la aplicación de la LCA y laboralista para los contratados. No olvidemos que

---

<sup>7</sup> CABALLERO ORTIZ, Jesús. “Los Empleados Contratados por la Administración Pública” en *Revista de Derecho Público*, N° 27, 1986, pp. 18-19.

<sup>8</sup> La figura del concurso público como forma de ingreso a la función pública, no era nueva. La LCA ya lo establecía. La novedad es su inclusión en la Constitución 1999.

<sup>9</sup> *Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública*, p. 68.

de acuerdo con la legislación de la época, la instancia competente para conocer de los conflictos negativos que estaban surgiendo, correspondía a esa Sala<sup>10</sup>.

El criterio de la SS/TSJ para otorgar competencia a los tribunales de la jurisdicción laboral, se sustentaba en un enfoque muy simple, el contratado no cumplía los requisitos de la LCA para ostentar la condición de funcionario público de carrera: la existencia de un nombramiento y la prestación del servicio de manera permanente como características inherentes al estatuto del servidor público. Aunado a ello, lo establecido en las Leyes Orgánicas de los Tribunales y de Procedimiento del Trabajo (art. 1) y la Ley Orgánica del Trabajo (LOT) en su artículo 655, para la fecha, en cuanto la competencia de los tribunales laborales en todas las cuestiones de carácter contencioso que se susciten de la aplicación de las disposiciones legales y de las estipulaciones de los contratos de trabajo; aunado a lo dispuesto en el artículo 146 de la Constitución, reforzaban este criterio<sup>11</sup>.

Posteriormente se le incorporó a esta tesis, el elemento discrecional de la facultad de contratación de personal calificado por parte de la Administración Pública:

El criterio utilizado por el primero de los Tribunales mencionado supra, se basa en el carácter público del accionante, lo cual, a juicio de esta Sala, constituye un error, pues si bien algunos de los que trabajan en la Administración Pública se rigen por las normas especiales sobre carrera administrativa, éstos no conforman la totalidad del personal al servicio de la Administración, pues hay quienes están expresamente excluidos de las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales, como es el caso de los que prestan servicios bajo contrato por tiempo determinado por necesidades especiales de la Administración. Por ejemplo, la Ley Orgánica de la Administración Central prevé como una de las atribuciones de los Ministros, el de contratar para el Ministerio respectivo los servicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para una obra determinada. (Art. 20, numeral 22°)<sup>12</sup>.

Curiosamente, el elemento relativo a la prestación del servicio de manera permanente como características inherentes al estatuto del servidor público, con el transcurso del tiempo fue cediendo a la tesis laboralista de los

---

<sup>10</sup> Con la promulgación de la Constitución de 1999, su artículo 262 derogaba expresamente la competencia de la Sala de Casación Civil para conocer de los asuntos en materia agraria, laboral y de menores, y le atribuía el conocimiento de los mismos a la recientemente creada Sala Social, la cual conocería de los conflictos negativos de competencia en atención de lo previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004. Hoy en día, esa competencia quedó atribuida a la Sala Plena (art. 24) de la vigente ley que regula el funcionamiento de nuestro Alto Tribunal.

<sup>11</sup> Ver entre otras, Sentencia N° 00-029 de la SS/TSJ de fecha 09-11-2000.

<sup>12</sup> Sentencia N° 2001-000303 de la SS/TSJ de fecha 24-10-2001.

contratados de la Administración, ya no sólo por parte de los tribunales de la jurisdicción del trabajo sino por los propios tribunales contencioso administrativos:

...se evidencia en autos contratos de trabajos que fueron prorrogados sucesivamente a la parte actora y en consecuencia debe aplicarse el Artículo 74 de la Ley Orgánica del Trabajo, siendo que la ciudadana (...) una trabajadora sujeta a un Contrato por tiempo indeterminado con la Comisión legislativa Regional del Estado Barinas, no es una Funcionaria Pública. Para que la referida ciudadana sea considerada, como Funcionario Público, debe cumplir con los requisitos señalados en el Título Cuarto, Capítulo Primero, de la Ley de Carrera Administrativa, requisitos que la parte accionante no cumple, puesto que este Tribunal observa que la mencionada ciudadana, no concursó para ingresar a la Administración Pública, carece de nombramiento, no prestó juramento de Ley, y que entró a laborar bajo las normas consensuales bilaterales de un Contrato de Trabajo. (...) Por el hecho de que un trabajador por tiempo determinado se convierta a través de las prórrogas consecutivas en un trabajador por tiempo indeterminado, tal y como lo establece el Artículo 74 de la Ley Orgánica del Trabajo, no significa que dicho trabajador se convierta automáticamente en un funcionario público<sup>13</sup>.

Así las cosas, la SS/TSJ primero, y luego los propios tribunales contenciosos administrativos, por interpretación del artículo 146 de la Constitución del año 1999, impulsaron la preeminencia de la aplicación de la ley laboral a los contratos con la Administración, determinando que el contrato es el único instrumento que califica la naturaleza jurídica de la relación. En otras palabras, el contrato pasa a tener peso específico en este tipo de relaciones, con independencia de otros aspectos como las funciones públicas que desempeñe el contratado y el tiempo de servicios prestado. La presencia del contrato suponía la aplicación exclusiva de la legislación laboral por encima de la LCA.

Para los defensores de esta tesis laboralista, la condición de funcionarios provisorios (art. 36 LCA) que permitía la aplicación de la LCA a los contratados, carecía de fundamentación, debido a que para atribuirles tal condición no se requería de un contrato, sino que, debe partir de un nombramiento originario, en el que se reconociera la condición de provisorio, además de la existencia de un cargo vacante, sin perjuicio que el funcionario provisional, adicionalmente debía ejercer el cargo por un lapso de seis meses, tiempo este que después de transcurridos se convertía en funcionario de carrera. De tal manera, se desechaba la tesis del TCA la cual se basaba en todo lo contrario: ante la falta de nombramiento y la ausencia de reglamen-

---

<sup>13</sup> Sentencia del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región de los Andes, con sede en Barinas de fecha 23-04-2001. Ver también entre otras, Sentencia N° 231 del 04-04-2002, Exp. 02-099.

tación del artículo 37 en cuanto al período de prueba en la Administración Pública, le era aplicable al contratado, por analógica la condición de funcionario provisorio del artículo 36 de la LCA siempre y cuando, ejerciera funciones equivalentes a la carrera administrativa por un lapso de seis meses<sup>14</sup>. Debemos tener presente, que la contratación de personal para suplir cargos o funciones públicas, representaba una práctica frecuente de larga data, con el agravante que dichos contratados eran renovados por varios periodos presupuestarios. Ello representaba una práctica viciada por parte de la Administración Pública para eludir los efectos de la LCA. Aunque, la facultad de contratar personal no se encontraba prevista en la LCA, a través de otras normas se procedía a su contratación, como por ejemplo la Ley Orgánica de la Administración Central.

La tesis del contratado, en su eventual condición de funcionario provisorio, como posibilidad de ingreso a la función pública, pasó a ser desechada por la interpretación jurisprudencial del artículo 146 de la Constitución de 1999. Si bien es cierto que el artículo 146 de la Constitución, en su único aparte, establece que el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera será mediante concurso público, en mi criterio ello no constituye una prohibición absoluta. La norma constitucional, no excluye la posibilidad de otros ingresos ocasionados por situaciones irregulares propiciadas por la propia Administración. La redacción constitucional establece que esa será una forma de ingreso, más no la única como pareciera apuntar una reciente interpretación jurisprudencial<sup>15</sup>. Así también apunta el profesor de Pedro al señalar que la norma constitucional, bajo una interpretación simple, considera que los contratados se exceptúan de los cargos de carrera, pero el asunto no es tan sencillo, derivado –en criterio del profesor de Pedro– por las nociones de funcionario y de cargo público que establece la Constitución<sup>16</sup>. En todo caso, correspondía al legislador, por ejecución del artículo 144 del mismo texto constitucional, regular esas otras formas de ingreso, con la posibilidad de solucionar situaciones irregulares, mediante la promulgación del Estatuto de la Función Pública. Finalmente, hemos de acotar que en los casos

---

<sup>14</sup> Ver entre otras, Sentencia del TCA de fecha 06-03-1979 citada por QUINTANA MATOS, Armida en *La Carrera Administrativa*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1980, p. 409.

<sup>15</sup> A criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: “Sin duda, la propia norma carece de un vacío ya que es imposible que éstas sean casuísticas en cuanto a la previsión de todos los supuestos normativos que se puedan generar, más aun cuando uno de los supuestos deviene de un incumplimiento de la propia Administración que es la que genera la distorsión advertida”. Sentencia N° 521, Exp. 14-1354 del 01-07-2016.

<sup>16</sup> DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio. *Derecho de la Función Pública. La Experiencia Venezolana*, Vadell Hermanos editores, Caracas, 2004, p. 134.

de ingresos irregulares a la vigencia de la Constitución de 1999, para ejercer cargos de carrera o funciones de igual índole, las Cortes Contencioso Administrativas mediante la Sentencia N° 1862 del 21-12-2000 procedieron a reconocer el estatus de funcionario de carrera a todo aquel que se encontrara en esa situación.

### 3. Ley del Estatuto de la Función Pública

El 06-09-2002<sup>17</sup> entra en vigencia la LEFP. A diferencia de la derogada LCA, la vigente norma sí estableció regulaciones relacionadas con los contratados por parte de la Administración Pública. Concretamente la LEFP se refiere a ellos en los artículos 37 al 39. Las expectativas que en torno a la figura del contratado y las posibles soluciones que contribuyeran con erradicar la viciada práctica de contratación por parte de la Administración Pública que pudo haber previsto el nuevo texto legal, en especial en lo dispuesto en el artículo 144, fueron rápidamente disipadas ante presencia de normas mucho más severas y restrictivas que lo dispuesto en el propio texto constitucional. Nos encontramos pues, ante mayores limitaciones a la posibilidad de ingreso de los contratados a la función pública, así como la ausencia de normas que efectivamente restrinjan y sancionen a los funcionarios que autorizan de manera irresponsable tales contrataciones. La utópica tesis mediante la cual, el nuevo texto estatutario pudiera contribuir a mitigar el abuso de la contratación de personas para cumplir funciones públicas en cargos de carrera, que en el pasado significó ingresos irregulares a la Administración Pública, quedó relegada a tres artículos que poco contribuirían con solucionar estas prácticas abusivas por parte de la Administración, bajo una línea básicamente laboral en cuanto al régimen de aplicación a esta figura.

De tal manera, bajo el texto de la LEFP prevaleció la tesis exclusionista del contratado de la Administración Pública. A nuestro juicio, la LEFP en esta materia está conformada por una normativa idealista, preñada de buenas intenciones y basada en una conducta por parte de la Administración Pública ejemplar, apegada a verdaderas y justificadas necesidades de contratación<sup>18</sup>. En todo caso, la tesis que impero nuevamente dejó en manos de los

---

<sup>17</sup> Gaceta Oficial N° 37.522.

<sup>18</sup> Al respecto nos señala el profesor de Pedro: “Durante las discusiones en la Mesa Técnica, la materia fue objeto de particular atención. Las diferencias que se manifestaron estaban, fundamentalmente, centradas en qué hacer con aquellos funcionarios que de forma indefinida prestaban servicios bajo la fórmula del contrato; que en tales casos lo más conveniente era reconocerles la condición de funcionario de carrera. Al no prosperar tal planteamiento, la situación quedó en los mismos términos que anteriormente y debería ser la jurisprudencia la que en cada caso, decidiera lo conducente”. *Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública*, Ob. Cit., p. 47.

órganos jurisprudenciales la decisión de cada caso concreto, lo cual –en principio– es acertado ante la aplicación de criterios progresivos y proteccionistas en las decisiones, pero como veremos más adelante, esas decisiones posteriores a la LEFP, partirían por negar cualquier posibilidad de ingreso por la vía contractual a la función pública. La jurisprudencia posterior a la LEFP optó por la vía más sencilla, aparentemente obvia, menos complicada y bajo criterios estrictamente literales, por perjudicar al contratado, negándole cualquier posibilidad de ingreso a la función pública, aun cuando en su relación contractual estén presente gran parte de los elementos que con la derogada LCA, tal condición se le otorgaba. La LEFP significó para los contratados de la Administración Pública una radical alteración del principio de la progresividad de los derechos y beneficios laborales con respecto a su situación, bajo la vigencia de la LCA. Claramente se había producido un retroceso.

¿Pero el criterio jurisprudencial que niega la posibilidad de adquirir la condición de funcionario público a los contratados de la Administración Pública, responde necesariamente a lo que la LEFP establece? De la revisión de los tres artículos que integran el Título IV de la LEFP denominado “Personal Contratado”, nos encontramos con un primer artículo (37) que limita la vía de la contratación sólo en aquellos casos, en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado. De tal manera, que las limitantes relacionadas con la facultad de contratar por parte de la Administración Pública descansan en primer lugar, en un concepto jurídico indeterminado “personal altamente calificado”. La pregunta que nos surge es: ¿calificado por quién? o ¿qué determina la alta calificación: el currículum, su experticia o ambos? La norma en cuestión no precisa nada al respecto por lo que corresponderá al ente contratante, determinarlo mediante criterio subjetivos. Indudablemente, se trata de una facultad discrecional técnica, es decir, aquella delimitada por conceptos jurídicos indeterminados (mérito y capacidad), los cuales, por lo general, son con frecuencia inciertos y discutibles. Para el tratadista español Sánchez Morón, esta discrecionalidad técnica debe ir acompañada con un estricto cumplimiento de las garantías organizativas y procedimentales, incluido el control de la legalidad de los criterios tenidos en cuenta para la decisión<sup>19</sup>. En otras palabras, donde apunta el profesor Sánchez Morón para que esto no ocurra,

---

<sup>19</sup> SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1994, p. 129. El autor nos habla de los diferentes tipos de discrecionalidad desde la que denomina política, pasando por la planificada hasta llegar a la discrecional técnica, entre otras. Para mayor abundamiento del tema se recomienda revisar también a BELTRÁN DE FELIPE, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa y Constitucional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995.

es en la preexistencia de definiciones o conceptos sobre los cuales se sustenta la decisión administrativa. En cuanto a la previsión del artículo 37 de la LEFP, ello requeriría por la previa existencia de una definición de personal altamente calificado o en todo caso, la enumeración de requisitos que hacen que ese personal seleccionado –vía contrato– sea altamente calificado. Para ello bastaría con una referencia en éste o en otro instrumento organizacional de la Administración Pública, que establezca qué se entiende por personal altamente calificados y/o los requisitos para optar a tan alta calificación; criterios sobre los cuales descansaría la voluntad de la Administración a la hora de contratar, reduciendo el amplio espectro que actualmente tiene el órgano administrativo para hacerlo.

Bajos las características actuales, la discrecionalidad prevista en el artículo 37 de LEFP resulta difícil de ser controlada por los órganos jurisdiccionales, ya que se estaría trasladando y sustituyendo, la discrecionalidad técnica de la Administración a los jueces, como nos señala Sánchez Morón. Así las cosas, en nuestro criterio, la limitante de contratación aquí reseñada, no puede ser objeto de control jurisdiccional en lo atinente a determinar si un personal contratado es o no “altamente calificado” mientras no existan criterios objetivos que así lo determinen. Basta que haya sido calificado así por la Administración para que su decisión sea válida<sup>20</sup>.

Dicha facultad también se encuentra consagrada en la vigente Ley Orgánica de la Administración Pública<sup>21</sup>, en el capítulo relativo a las atribuciones comunes de cada Ministerio (artículo 78, numeral 24), bajo una similar redacción: “Contratar para el ministerio los servicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para obra determinada, de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable”. De igual forma, en el primer aparte del artículo 21 *ejusdem* se recoge también la posibilidad de contar con personal contratado de manera excepcional y en aquellos casos que se requieran profesionales especialistas para actividades eventuales y transitorias. Su remuneración se establecerá por vía contractual con base en honorarios profesionales u otras modalidades fijadas de conformidad con la ley. Estas nor-

---

<sup>20</sup> El Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Finanzas dictó unos lineamientos para el tratamiento uniforme del personal contratado por la Administración Pública, contenidos en la Circular N° 029 del 19-01-2004. Dicha norma nada prevé en cuanto a lo aquí planteado, por lo contrario sí establece como plazo máximo de contratación, 3 años. Lamentablemente, en la actualidad resulta muy difícil acceder a normas internas de la Administración y verificar, si existe algo sobre el particular. Por otra parte, curiosamente, de la revisión de la jurisprudencia sobre este tema, la referencia de los jueces a la condición o capacidades del contratado era mínimas, casi nulas.

<sup>21</sup> Decreto N° 1.424 con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública. Gaceta Oficial Extraordinaria: 6.147 de fecha 17-11-2014

mas no contribuyen con la racionalización de la figura del contratado en la Administración Pública y a criterio de parte de la doctrina (de Pedro, Rondón de Sansó, entre otros) posibilitan modalidades de contratación, caldo de cultivo para conflictos en el seno de la función pública como veremos más adelante<sup>22</sup>.

En lo referente a su único aparte, el artículo 37 de la LEFP contempla la prohibición expresa de contratar personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la ley; prohibición que como apreciáremos no ha impedido que ello ocurra; no sin representar un perjuicio para el personal contratado que haya sido designado para tales funciones, ya que la contratación al ser ilícita impide cualquier posibilidad de ingreso y por ende, se le impide los beneficios que la LEFP consagra para su funcionarios. Entonces, ¿qué ocurre con la persona que se contrató bajo tales condiciones? ¿Debe ella asumir las consecuencias de un acto ilegal por parte de la Administración Pública? De la revisión de la jurisprudencia que se ha dictado hasta fecha, posterior a la entrada en vigencia de la LEFP, esa pareciera ser la postura, sin embargo se han planteado algunas excepciones (muy pocas en mi criterio) que buscan la estabilidad y protección del contratado (bajo criterio del derecho laboral y no funcionario). No obstante, entendemos que con independencia a la ley aplicable, ésta debe velar por establecer mecanismos para salvaguardar los derechos de los contratados, mecanismos que –en principio– deben reconocer los que hasta la fecha les han sido acreditados bajo preceptos jurisprudenciales, bajo otra ley, preservando los beneficios alcanzados.

En lo atinente a la disposición del artículo 38 de la LEFP, ésta ratifica que el personal contratado en ningún caso se regirá por esa ley, sino por las previsiones contractuales y en todo caso, por las disposiciones de relativas a la legislación laboral. Como nos referimos en capítulos precedentes, resulta evidente que la existencia de un contrato, basta para calificar –*a priori*– el régimen legislativo que debe regular a su titular, sin mayor consideración, bajo un enfoque simplista y literal. Ahora bien, si el enfoque del contrato con la Administración Pública es bajo el imperio de la ley laboral, dónde quedan los beneficios alcanzados por los contratados en situación irregular, dónde quedan los principios de la primacía de la realidad sobre las formas, el de la progresividad e intangibilidad de los derechos, previstos en nuestra Constitución en el artículo 89, a la hora de la interpretación jurisprudencial de su situación irregular actual:

---

<sup>22</sup> Al respecto véase DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio, Ob. Cit., pp. 133 a 142 o RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard, citada por profesor de Pedro.

El principio de la primacía de la realidad, es conocido en ambientes jurídicos y profesionales como principio general de derecho laboral, según el cual la realidad de la labor práctica desempeñada por el trabajador, vale más que su forma de vinculación que se formaliza en el contrato; lo anterior indica que la forma de vinculación del trabajador no es la que determina propiamente sus derechos (Vallecilla, 2019); en las formas como se le asignan funciones y roles impera una realidad objetiva, real y verdadera, que al fin de cuentas consolida la relación laboral, superando la cualquier formalidad contractual arrogada por el empleador, y más allá de cualquier apreciación empleada para el contrato<sup>23</sup>.

La aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas nos permite verificar si la relación contractual es una verdadera relación funcionarial o se circunscribe exclusivamente a los preceptos del artículo 37 de la LEFP.

El principio de la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios, apunta a la prohibición de alterar y modificar, derechos y beneficios que han adquiridos los trabajadores. La nueva interpretación debe orientarse a mejorar e incrementar los derechos y beneficios, no ha desmejorarlos o suprimirlos. Es evidente que en este tema, la condición de contratado de la Administración Pública se ha visto afectada negativamente. Y no se trata que la ley funcionarial sea mejor o peor que la legislación laboral. Se trata de la expectativa que nace en el contratado. En la función que verdaderamente realiza, y en los beneficios que deja de percibir por el desconocimiento de su situación irregular.

Finalmente el artículo 39 *ejusdem* contempla lo que a nuestro juicio representa la raíz de este problema, la prohibición expresa de que por la vía del contrato nunca se podrá ingresar a la Administración Pública. Desde nuestra óptica, la norma en comentario adolece de una extralimitación por parte del legislador en cuanto a lo severo de la prohibición. Adolece también, dado lo tajante de la prohibición, de no presentar alternativas ante estas situaciones, de ser equilibrada y real ante una situación que viene ocurriendo en el seno de los entes administrativos. Es decir, partir con establecer que “en ningún caso” el contrato será la vía de ingreso a la función pública, es cerrar la puerta –*a priori*– a cualquier interpretación jurisprudencial, es dejar claro que solo existe una sola línea de acción, la de la exclusión. La norma es categórica y severa en impedir la búsqueda de soluciones a un problema que en todo caso no lo origina el contratado, pero es a quien, en definitiva termina por perjudicar. Para evitar confusiones, somos de la opinión que el contrato –en principio– no debe representar una forma de ingre-

---

<sup>23</sup> MENDOZA POLO, Durllys Patricia y CHICA MIRANDA, Jackeline. *Principio de Primacía de la Realidad sobre las Formas en los Contratos de Prestación de Servicios en la Administración Pública*, Universidad Santo Tomás, Medellín, 2020, p. 12.

so a la función pública, no faltaba más, al igual que cualquier otra forma irregular; ¿pero si ello ocurre? No podemos negar la evidencia que nuestra Administración Pública, es clientelar y burocrática, eso no es un secreto, es una realidad, entonces por qué no ajustamos la norma a la realidad. Creemos que el legislador pudo –sin ser tan categórico– preservar la naturaleza de la función pública de otra manera. Por ejemplo, desarrollando la posibilidad de someter al contratado a un régimen concursal cumplido cierto tiempo de contratación, como una obligación a la Administración o limitar las contrataciones a un tiempo máximo, sin posibilidad de prórroga o renovación. Pudo, de igual modo, incorporar un régimen especial como consecuencia de su tipo de contratación. También pudo nutrirse de experiencias foráneas. Así por ejemplo, la reciente reforma de la ley laboral española<sup>24</sup>, suprimió el contrato de obra y reformuló el modelo de contratado “fijo discontinuo”<sup>25</sup>. Al tratarse de un contrato indefinido pero parcializado en determinadas épocas del año, el trabajador goza de la protección de la ley laboral. Adicionalmente, acumula antigüedad en las empresas, cobrando la prestación de desempleo en los periodos de inactividad, la cual se suspendería una vez que se reincorporen a la actividad. La figura del “fijo discontinuo” le permite también laborar para distintas empresas, excepto que cuente con prohibiciones contractuales, como exclusividad por ejemplo<sup>26</sup>. Aplicado al caso venezolano, pienso que el contratado contaría con un régimen especial, protegido por la legislación laboral en cuanto a la estabilidad, acumulable a los efectos de la jubilación, pero definido en cuanto el tiempo que labora para la institución pública cada año. Lo que constituye una verdadera situación irregular, es el hecho de que si las circunstancias que justifican los servicios del contratado son extraordinarias y ameritan renovaciones sucesivas del contrato, esas circunstancias ya dejan de ser extraordinarias y se transforman en ordinarias, por lo tanto, el contratado ya deja de serlo para convertirse en funcionario y sus servicios pasan a ser parte de la organiza-

---

<sup>24</sup> Real Decreto Legislativo 32/2021.

<sup>25</sup> El contratado fijo discontinuo es una modalidad contractual pensada para dar respuesta a sectores estacionales o vinculados a actividades productivas de temporada, como las que se desarrollen en determinadas épocas del año: verano, etc. Aquellas empresas que no necesitan trabajadores los doce meses del año pueden contratar a trabajadores de forma permanente, pero intermitente en el tiempo, garantizando que los empleados volverán a llamar con las mismas condiciones, cada año. Esta fórmula incluye al sector público para la realización de actividades esenciales para el cumplimiento de los fines de las Administraciones Públicas y las entidades públicas.

<sup>26</sup> La legislación establece que la empresa “deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, al inicio de cada año natural, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral de personal, en caso de su incumplimiento, el trabajador podrá reclamar despido improcedente o injustificado”.

ción. Es cuestión de sincerar las estructuras administrativas. En el peor de los casos, la norma debió establecer responsabilidades severas contra los funcionarios que ordenaron y autorizaron la contratación por lo menos, aun en el supuesto que se siga perjudicando al contratado al no permitirse su ingreso a la función pública. Como apuntamos anteriormente, la propia norma constitucional que prevé el ingreso a la función pública mediante la vía de concurso público, no impide la posibilidad de otras alternativas de ingresos. En todo caso, no resulta tan severa y tajante como el artículo en análisis.

Lo cierto es que la norma en comentario, no contribuye de ninguna manera a solucionar los múltiples inconvenientes que se siguen presentando con relación a las situaciones irregulares de los contratados de la Administración Pública. Así las cosas, nos encontramos ante una problemática en la cual, la LEFP no ha contribuido a su solución, ni ha persuadido al ente administrativo a seguir realizando contrataciones arbitrarias. Ello sigue ocurriendo por muchos motivos pero fundamentalmente, por el hecho de que los funcionarios públicos que autorizan o aprueban dichas contrataciones, no se les hace responsables de los inconvenientes que las mismas pudieran ocasionar en torno al desempeño de cargos de carrera por la vía de la contratación, entre otros motivos, porque la contratación o la facultad de contratar personal sigue navegando bajo motivaciones y fundamentos subjetivos e imprecisos como antes nos hemos referido. Porque carece de sanción.

#### **4. De la tesis de la relación funcional encubierta a la tesis de la estabilidad provisional: La jurisprudencia posterior a la Ley del Estatuto de la Función Pública**

Las expectativas que la LEFP había creado en torno a esta práctica irregular, rápidamente quedaron disipadas, vista la redacción contemplada en los artículos relativos a la figura de los contratados y las sentencias que negaban la condición de funcionarios de carrera a sus titulares. No obstante, la Administración a lo largo de los años posteriores a la promulgación de la LEFP siguió contratando para suplir cargos o para realizar funciones de carrera, y de una forma más impugne, puesto que contra los que autorizaban estos acuerdos no hay sanción alguna, no así para el contratado, el cual en la mayoría de las ocasiones se vería relegado a terminar su relación con el ente público, pese a tener unos cuantos años de servicio, mediante la renovación de su contrato de trabajo<sup>27</sup>. De tal manera que la LEFP no representó freno

---

<sup>27</sup> No olvidemos que al no ser considerado nunca el contrato como una forma de ingreso a la función pública, el contratado a la luz de lo previsto del artículo 38 de la LEFP, no tiene derecho a la estabilidad establecida en el artículo 30 *ejusdem* y por tanto no era

alguno ante la persistencia del uso de esta figura (contratos) por parte de las Administración Pública. La situación desde el punto de vista jurisprudencial resultaba aparentemente lógica, aunque con ello se perjudicaba al contratado: la LEFP establecía, en consonancia con el artículo 146 Constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, que la forma de ingreso a la carrera administrativa es por la vía de un concurso, por tanto, nadie podrá ingresar a la carrera administrativa sin cumplir este requisito. El contrato, en ningún caso, podrá constituirse en una vía de ingreso a la función pública<sup>28</sup>.

Hasta ahora nos hemos enfocado en los perjuicios que significa, a la luz de la LEFP, la condición de contratado; circunstancia que con la promulgación de la Constitución de 1999 y la LEFP, ha quedado restringido en los términos expuestos a lo largo de esta investigación. Pero, ¿qué estabilidad tiene un contratado de la Administración Pública en la actualidad? Si partimos del contenido del artículo 38 de la LEFP, el régimen aplicable al contratado será el previsto en el contenido del acuerdo y las previsiones de la ley laboral.

En cuanto a la legislación laboral<sup>29</sup>, encontramos la figura de la “estabilidad”, definida en artículo 85 de la vigente Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y Trabajadoras (LOTTT)<sup>30</sup> de la manera siguiente:

---

susceptible de aplicación de las formas de retiro establecidas en el artículo 78 de la misma Ley.

<sup>28</sup> Ello quedó ratificado por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en la Sentencia N° 2006-02481 del 01-08-2006, entre otras, en la cual se indicó: “el orden constitucional vigente a partir del año 1999, propugna como exigencia fundamental para el ingreso a la función pública la presentación y aprobación por parte del aspirante del correspondiente concurso público de oposición, de allí que con la entrada en rigor del nuevo orden constitucional, se ratificó la exigencia que preveía la derogada Ley de Carrera Administrativa de que el ingreso a la función pública se encuentra condicionado al cumplimiento ineludible de tal formalidad. Por consiguiente y bajo la línea interpretativa expuesta en el presente fallo, no encuentra cabida la aplicación de las antiguas tesis que admitían la posibilidad de incorporación a la carrera administrativa mediante el ‘ingreso simulado a la Administración Pública’, esto es, quedó erradicada cualquier posibilidad de admitir el ingreso a la función pública de los llamados ‘funcionarios de hecho’ o del personal contratado, por expresa prohibición constitucional”.

<sup>29</sup> Durante este período se dictaron dos leyes de carácter laboral: la primera de ella preveía a la Constitución de 1999 pero con vigencia hasta el año 2012: Gaceta Oficial N° 2.125 Extraordinario del 19-06-1997. Reformada parcialmente en fecha 06-05-2011, Gaceta Oficial N° 6.024 Extraordinario. La segunda con vigencia a partir del 07-05-2012, Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario.

<sup>30</sup> La diferencia con la derogada Ley Orgánica del Trabajo, es que la legislación actual define la “estabilidad laboral” mientras que la ley derogada no lo hacía, simplemente consagraba los supuestos de aplicación.

La estabilidad es el derecho que tienen los trabajadores y trabajadoras a permanecer en sus puestos de trabajo. Esta Ley garantiza la estabilidad en el trabajo y dispone lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado, conforme consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Los despidos contrarios a la Constitución y a esta Ley son nulos.

Para Rosales citado por la profesora Roslyn Sánchez, la estabilidad laboral otorga la posibilidad de permanecer en un empleo, incluso sin contar con la anuencia del patrono, mientras no exista una causa relevante que justifique su despido. Por tanto, bajo esta perspectiva alude al derecho de permanecer en un empleo, sin ser objeto de despido injustificado, por cuanto la ley está tutelando su derecho a mantenerse activo<sup>31</sup>. Por su parte el artículo 87 de la LOTTT nos indica que trabajadores están amparados por la “estabilidad laboral”, dentro de los cuales encontramos los trabajadores a tiempo indeterminado a partir del primer mes de la prestación de servicios, los trabajadores bajo contrato, tanto a tiempo determinado (mientras no haya vencido el término del contrato) y los contratados para una obra determinada. De este grupo nos interesan los dos primeros, bien porque se refiere a trabajadores bajo relación contractual o los trabajadores a tiempo indeterminados; circunstancia a la cual puede optar un contratado de conformidad con lo previsto en el artículo 62 *ejusdem*<sup>32</sup>.

Aunado a la figura de la “estabilidad laboral” está la “inamovilidad laboral” que contempla la LOTTT en los artículos 418 y 420, y la “inamovilidad laboral especial” dictada por el Ejecutivo Nacional mediante decreto con arreglo a las facultades que le otorga la ley laboral y que ha sido establecida desde el año 2002, mediante la promulgación de decretos anuales o bianuales y que abarca también a los trabajadores señalados en el mencionado artículo 87 de la LOTTT.

Así las cosas, resulta factible que a luz de las disposiciones antes reseñadas, un contratado al servicio de la Administración Pública, permanezca en su condición de contratado, ante las intenciones del ente público de dar

---

<sup>31</sup> SÁNCHEZ, Roslyn. *La Estabilidad Laboral prevista en la LOT y su normativa actual en la LOTTT. Un breve análisis comparativo desde la perspectiva jurídica*, en, ANUARIO, Vol. 38, Año 2015, pp. 127-158. De igual forma apunta ESPINOZA también citado por la misma autora, al considerar la “estabilidad laboral” como un derecho adquirido de forma individual, estableciéndose su permanencia en el cargo, siempre y cuando no se presenten situaciones que justifiquen su desincorporación.

<sup>32</sup> La norma prevé la posibilidad de que un contratado a tiempo determinado, producto de dos prórrogas o más, pase a ser considerado a tiempo indeterminado, a no ser que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación. También opera, por la contratación que se haga de una persona una vez vencido el contrato en el lapso de tres meses siguientes a esa fecha. Todos esos casos son protegidos también por la inamovilidad.

por terminado su contrato, si éste ha sufrido, dos o más renovaciones o prórrogas contractuales. No obstante, aun cuando al contratado se le está aplicando estrictamente la legislación laboral que viene dada por el enunciado del artículo 37 de la LEFP, esta posibilidad de estabilidad, fue desechada por la jurisdicción contencioso administrativa bajo el argumento siguiente:

Si bien es cierto, la Ley del Estatuto de la Función Pública prevé que la relación con el contratado es sobre lo que prevea el contrato y la legislación laboral, no es menos cierto que por tratarse de una situación que ha de regularse por normas de Derecho Público, no puede aplicarse en toda su extensión las previsiones laborales, pues por mandato expreso de Ley, no tiene cabida la reincorporación laboral, pues constituiría el ingreso irregular que se encuentra prohibido expresamente en el artículo 39 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, violando con ello los principios que recoge la Constitución en sus artículos 144 y 146. Del mismo modo, no puede modificarse su status jurídico por el hecho de la existencia de alguna prórroga, independientemente que sean múltiples y consecutivas. Sin embargo, no escapa a este Tribunal que la Administración igualmente incumple en sus obligaciones, competencias y atribuciones, toda vez que aun cuando la Ley del Estatuto de la Función Pública prevé las especiales y excepcionales condiciones por las cuales puede contratar personal, contrata personas para el ejercicio de funciones clasificadas para funcionarios públicos en contravención de lo previsto en el artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, cuando ante la existencia de vacantes debería proveerse bajo la figura del concurso público (...) Sin embargo, pese a la verificación de la irregular actuación de la Administración, la misma no contradice la aceptación temporal del ejercicio de funciones previstas en un contrato y cuya naturaleza no varía independientemente de sus prórrogas, aun cuando debe llamarse a tomar conciencia por parte de los jefes de los órganos y entes de la Administración Pública, que en apego a la Constitución y Ley que se ha jurado cumplir, la provisión de cargos para el ejercicio de cargos debe sujetarse a la provisión de concursos públicos, siendo el contrato restringido sólo a las condiciones y términos que regula el Título IV de la Ley del Estatuto de la Función Pública, cuya actuación en lo atinente a la dirección o gestión de la función pública se encuentra sometida al régimen de responsabilidad previsto en los artículos 79 y 80 de la ley que regula la materia<sup>33</sup>.

En nuestro criterio, la decisión en análisis –a pesar de las advertencias estériles que hace por la conducta reprochable de la Administración–, coloca la figura del contratado en una especie de “tierra de nadie”, ya que, en su perjuicio, se deja de aplicar normas laborales, como es la condición de contratado a tiempo indeterminado, sobre la base razones de orden público. Nos encontramos claramente en una situación de inseguridad jurídica propiciada por la propia labor jurisprudencial.

---

<sup>33</sup> Sentencia de fecha 08-10-2009 del Juzgado Superior Sexto de los Contencioso Administrativo de la Región Capital.

Como lo ha manifestado la jurisprudencia constitucional<sup>34</sup>, el Juez tiene la potestad de determinar de oficio, en ejercicio de sus poderes inquisitivos, la mejor manera de restablecer la situación jurídica infringida al accionante, sin que éste haya realizado pedimento expreso al respecto. Para el caso del juez contencioso administrativo funcionarioal, se justifica su intervención para mitigar los conflictos que surgen entre el modelo teórico que existe entre el sistema de función pública y la propia realidad, tomando en consideración que, en palabras de Tomás Ramón Fernández y Alejandro Nieto, si el sistema choca con la realidad, es aquél quien se rompe y que nuestro deber de juristas es el de constatarlo, tirar fuera los restos inútiles e ir formando otro que sea capaz de superar durante algún tiempo la gran prueba de la vida<sup>35</sup>. El tribunal debió reconocer, en estricta aplicación del artículo 38 de la LEFP que el contratado –producto de las renovaciones que fue objeto– dejó de ser un contratado a tiempo determinado para convertirse en un contratado a tiempo indeterminado por estricta aplicación del primer aparte del artículo 74 de la LOT (ley aplicable para la fecha) y en tal sentido, ordenar su reincorporación al ente administrativo en virtud de la “estabilidad laboral” que supuestamente lo protege. Entonces qué sentido tiene que su relación contractual se regule por la legislación laboral, cuando ésta ni siquiera es aplicable en su totalidad. Si el legislador hubiera querido evitar esta situación, hubiera exceptuado a los contratados de la Administración en el texto de la ley laboral, pero ello no fue así y por lo tanto, su aplicación es total aunque conlleva a una incorporación no prevista en la LEFP. La norma no es acomodaticia ni relativa, la norma es de aplicación absoluta. Entendemos que, indudablemente su reincorporación podría generar distorsiones y si se quiere, una violación del artículo 38 de la LEFP<sup>36</sup>, por lo que el juez debe buscar alternativas a su decisión que disminuyan esas consecuencias, por ejemplo ordenar su reincorporación por un lapso de seis meses, tiempo en el cual, el ente administrativo deberá realizar un concurso público para optar al cargo que venía disfrutando el contratado, en cual podrá participar el contratado como cualquier otra persona que tenga interés y reúna los requisitos mínimos establecidos. Si como consecuencia del concurso público celebrado, el contratado no resulta ganador, éste deberá ser retirado del ente administrativo sin perjuicio de los beneficios laborales a los cuales es acreedor con arreglo a la ley laboral. Pensamos que bajo unas condiciones simila-

---

<sup>34</sup> Sentencia de fecha 09-08-2000 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, Caso Manuel Guevara.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ, Tomás Ramón y NIETO, Alejandro. *El Derecho y el Revés, Diálogo Epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ed. Ariel, Barcelona, 1998, p. 251.

<sup>36</sup> No hay violación del artículo 38 de la LEFP porque la decisión se ampara en normas laborales, no funcionariales. Por lo tanto su condición de trabajador indeterminado es producto de la legislación que la propia LEFP ordena se le aplique.

res en un hipotético fallo, la figura del contratado no resultaría severamente perjudicada como apunta la decisión en comentario, la cual nuevamente, genera serias dudas sobre el tratamiento jurisprudencial que se le venía aplicando a los contratados.

Lo cierto es que a comienzo del siglo XXI, una vez promulgada la LEFP, la jurisprudencia no tenía muy claro los alcances que la “estabilidad laboral” estaba ocasionando en el seno de la Administración Pública. Se temía que ello representaba una nueva forma de ingreso como ocurrió bajo la vigencia de la LCA y había que evitarlo a toda costa.

Nos encontramos ante una situación sobre la cual nadie quería pronunciarse, de allí que, los tribunales tanto laborales como contenciosos, declinaban su competencia en esta materia. Ello originó un conflicto en cuanto el tribunal competente que debía conocer de tal irregular procede. Por una parte, la jurisdicción laboral declinaba su competencia partiendo del hecho de que correspondía su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa por tratarse de la revisión de un acto administrativo, el acto que terminó la relación contractual. Por su parte, la jurisdicción contencioso administrativa partía de la tesis de que la competencia de la jurisdicción laboral venía dada por la naturaleza del contrato y la disposición 38 de la LEFP. Desde nuestro punto de vista, las normas de distribución competencial estaban claras: la jurisdicción contencioso administrativa era la competente para conocer de los asuntos irregulares que implicaban una posible relación estatutaria simulada. La competencia correspondería a los tribunales superiores contencioso administrativos con competencia funcional quienes determinarían si la naturaleza que enmarca la relación es de contenido funcional, pues a éstos tribunales corresponde determinar si una persona está en el ejercicio de un cargo público y si se encuentra o no amparado por la estabilidad que consagra la LEFP, así como conocer cualquier controversia que se suscite con la aplicación de dicha ley, lo cual de conformidad al artículo 37 incluye al personal contratado. Por su parte, la jurisdicción laboral conoce de las reclamaciones de los contratados de la Administración Pública, relacionadas con solicitudes de reenganche, pago de salarios caídos y demás beneficios que prevé la legislación laboral, cuando no existen visos de duda sobre la naturaleza de la misma<sup>37</sup>. Posteriormente, la Corte Primera de los Contencioso Administrativo establece uno criterio importante en cuanto a este tema. Los ingresos irregulares antes de la Constitución de 1999 y la decisión de la Corte (2003), que impliquen simulaciones de funciones

---

<sup>37</sup> Ese era el criterio que quedó asentado en la Sentencia N° 1.184 del 31-08-2004, entre otras, de la Sala Político Administrativa (Caso: María de los Ángeles Núñez Pacheco vs Gobernación del estado Portuguesa) Con anterioridad, véase la Sentencia N° 1175 de la misma Sala del 29-07-2003.

funcionariales, gozaran de estabilidad y de los beneficios de la LEFP<sup>38</sup>. La situación aparentaba una normalización, por lo menos en cuanto a la jurisdicción aplicable. No obstante los incipientes reconocimientos jurisprudenciales sobre este tema, no contribuyeron en clarificar, ni mucho menos mejorar la condición de los contratados. Una prueba palpable de la confusión imperante es la decisión dictada por el Juzgado Superior Civil (Bienes), Contencioso Administrativo y Agrario de la Región Sur de fecha 10-06-2006 en la cual, a pesar de haber ingresado a la Administración Pública de manera irregular, con posterioridad a la publicación la LEFP, al recurrente se le concedió un estatus de funcionario de carrera. La decisión en comentario fue ratificada por la Corte Primera de los Contencioso Administrativo en fecha 18-01-2007, Sentencia N° 2007-04, N° Exp. AP42-R-2006-002080; decisión que contó con un voto salvado<sup>39</sup>.

La doctrina y jurisprudencia patria nos recuerda constantemente que nuestro sistema estatutario de la función pública es cerrado, hermético y

---

<sup>38</sup> Dicho criterio viene dado por la Sentencia de la Corte Primera de los Contencioso Administrativo de fecha 27-03-2003 (Caso Diana Margarita Rosas Arellano): “No obstante, quiere esta Corte aclarar, que todos aquellos funcionarios que hayan ingresado a la Administración mediante nombramiento, sin efectuar el concurso a que hace alusión la Constitución y la Ley, o que estén prestando servicios en las mismas condiciones que los funcionarios que hayan sido designados mediante concurso público, es decir, a la remuneración correspondiente al cargo desempeñado, así como el pago de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, pero en lo que atañe a su estabilidad y a los derechos derivados de esta no pueden asimilarse a un funcionario de derecho, en directa aplicación de lo preceptuado en las normas constitucionales y legales antes indicadas, y así se decide. Asimismo, los reconocimientos efectuados por la administración y por los órganos jurisdiccionales, que acrediten como funcionarios de carrera que no hayan cumplido con los requisitos para el ingreso a la carrera y que sean anteriores a la publicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de la presente decisión, serán considerados válidos y por tanto tales funcionarios (sic) gozarán de estabilidad y de los mismos beneficios socioeconómicos de los funcionarios que hayan ingresado mediante el cumplimiento de los requisitos previstos en la carta fundamental y la Ley del Estatuto de la Función Pública, puesto que tales actos y hechos jurídicos funcionariales se consolidaron bajo la aplicación de la derogada Constitución Nacional de 1961, la cual –de conformidad con la interpretación dada por esta Corte y la antigua Corte Suprema de Justicia– permitiría tales consecuencias”.

<sup>39</sup> Situación distinta la podemos apreciar en la sentencia del Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil Bienes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas de fecha 10-10-2006 en donde niega la condición de funcionario de carrera al recurrente que había ingresado a la Administración Pública Municipal con anterioridad a la Constitución de 1999 y la decisión de la Corte Primera de 2003 en fecha 01-01-1998 mediante contrato para el cargo de Asistente Administrativo con vigencia hasta el 31-12-1999; contrato que fue prorrogado por un año hasta el 31-12-2000, para posteriormente ser nombrada Analista de Personal hasta el 05-01-2005, fecha que fue objeto de una medida de reducción de personal.

limitado. Dentro de esas limitaciones se encuentra el hecho que sólo por concurso público se puede ingresar a ejercer cargos de carrera. Ahora bien, como anteriormente manifestamos, existe una serie de situaciones jurídicas, no previstas por el legislador y que atañen a la relaciones irregulares de empleo público como es la contratación pública de personal, en las cuales es necesario una solución; solución que en todo caso, no debe ser –en la medida de lo posible– perjudicial para el contratado en su condición de débil jurídico de esa relación o en todo caso, que lo coloque en una situación que le desmejore beneficios que tenía con anterioridad a la LEFP. Hemos manifestado también, que el juez debe reflejar en sus fallos, verdaderas soluciones que contribuyan con reducir los hechos que se presentan entre los modelos teóricos y los cuerpos legislativos con la propia realidad, para ello, debe prevalecer la realidad ante las formas como máxima del derecho laboral. Bajo ese marco conceptual, nace la tesis de la “estabilidad provisional”<sup>40</sup>, la cual se sustenta en el hecho de existir funcionarios que con posterioridad a la vigencia de la Constitución de 1999 y la LEFP, se encuentren ejerciendo funciones públicas mediante nombramiento o designación. En esos casos, gozarán de “estabilidad provisional” hasta tanto participen en el concurso público para el ejercicio del cargo que ejercen. Dicha estabilidad supone que el funcionario no podrá ser removido, ni retirado de su cargo por causa distinta a las contempladas en la LEFP hasta tanto el cargo que ocupa sea provisto mediante el correspondiente concurso público. Al igual que ocurrió con la LCA, la cual también preveía que la forma de ingreso a la función pública era por concurso público, la jurisprudencia reconoce que con la actual legislación siguen surgiendo situaciones jurídicas irregulares de ingreso. Esa circunstancia se daba en mayor cuantía por la presencia de un alto índice de contratados en la Administración Pública, o de funcionarios que aunque no ingresaron por la vía del contrato, en definitiva obtenían un nombramiento para un cargo para el cual nunca habían concursado. Esas situaciones irregulares de ingreso, para la entrada en vigencia de la LEFP no habían cambiado, y en algunos organismos públicos se había incrementado. Pero la “estabilidad provisional” no abarca todas esas situaciones irregulares, lamentablemente, los contratados, a pesar de constituirse en un caso irregular de ingreso por la desnaturalización de sus funciones, de tratamiento similar a los que pretende proteger esta tesis, quedaron fuera del alcance de la decisión de la Corte Segunda Contencioso Administrativa de manera expresa en el dispositivo segundo del fallo comentado. Y entonces, ¿en qué medida esta decisión favorece a los contratados? Bajo un esquema estrictamente legalista, su utilidad para el asunto que nos ocupa es nula. Pero, bajo

---

<sup>40</sup> Su origen se atribuye a la decisión de la Corte Segunda de los Contencioso Administrativa N°1596-2008 de fecha 14-08-2008, Exp. AP42-R-2007-000731.

otro enfoque, que implique una amplitud, nos es muy útil. En efecto, de sus postulados se desprenden principios perfectamente aplicables a los contratados, a pesar de la exclusión expresa que la decisión hace de éstos. Estos postulados son aplicables a los contratados y pueden servir de base para una futura extensión de su ámbito de aplicación hacia ese sector. En efecto, la decisión en comentario –sin dejar de reconocer que parte de una férrea defensa del régimen estatutario ante lo que se ha denominado “la laboralización de la función pública”<sup>41</sup>– no deja de tocar aspectos importantes en cuanto al funcionamiento de la Administración Pública, y su situación actual. Concretamente, en lo atinente a los contratados la sentencia en comentario, si bien mantiene una aplicación estricta de la LEFP, abre la puerta a una futura inclusión: “Es evidente entonces que, así como los cargos de libre

---

<sup>41</sup> En cuanto a este punto, la sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo expresa: “Así, existiendo un sistema estatutario, no se podría negociar ningún tipo de adaptación individual, toda vez que el estatuto, al ser un conjunto de normas jurídicas, no puede ser modificado por la mera voluntad de las partes, y mucho menos por la voluntad del intérprete. Ello trae consigo que todo intento de modificación individual sería automáticamente considerado como una violación del principio de igualdad que debe presidir las relaciones entre los funcionarios públicos, en especial a los que sí se les ha aplicado el estatuto. En otros términos, el régimen estatutario de función pública es el punto distintivo y decisivo en la conformación del régimen de función pública totalmente distinto al Derecho Laboral (...) Sin embargo, evidencia esta Sede Jurisdiccional que nuestro sistema de función pública se ha visto afectado por lo que varios autores españoles han verificado en sus respectivos ordenamientos jurídicos, y se refiere a lo que se ha denominado la ‘huida de la Administración hacia el Derecho Privado’ (...) con lo cual se contraviene no sólo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Ley del Estatuto de la Función Pública, sino las bases fundamentales del Estado mismo (como Estado Social de Derecho), como se ahondará en líneas sucesivas. En efecto, ha venido proliferando desde hace décadas la existencia de funcionarios que, en el derecho español se denomina personal interino, refiriéndose a aquél que, de acuerdo a la Ley de Funcionarios Civiles, se admite ‘por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera’, siendo el rasgo característico de esta figura, la provisionalidad o transitoriedad de la relación de servicio, pues se trata de cubrir una necesidad pasajera de la Administración, que debe solucionarse con la convocatoria y resolución del procedimiento para cubrir las plazas vacantes de funcionarios de carrera que deban desempeñar esas funciones (SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: ob. cit., pp. 85). No deja de lado el autor citado precisamente la circunstancia que se ha verificado en nuestro país y es que ‘en no pocas Administraciones el personal interino se mantiene durante mucho tiempo en esa condición, pues no se convocan (o tardan en convocarse) los procesos de selección para cubrir las plazas que ocupa mediante funcionarios de carrera, lo que pone en duda la supuesta urgencia que justifica su nombramiento’ (ob. cit., pp. 85). Sin embargo cabe destacar que la legislación española consagra esta figura de los funcionarios interinos en la Ley de Funcionarios Civiles, mientras que nuestro ordenamiento jurídico no lo prevé como una posibilidad, ni en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni en la Ley del Estatuto de la Función Pública”.

nombramiento son excepcionales, pues la contratación de personal también lo es”.

A pesar de los planteamientos negativos sobre la posibilidad de ingreso de los contratados en la función pública, somos partidarios y firmes defensores que la tesis de la “estabilidad provisional” permite incorporar al personal contratado en atención a los mismos enunciados y basamento legal por el cual se sustentó la posibilidad de ingreso –mediante la celebración de un concurso público– para el personal bajo nombramiento o designación irregular. ¿Debe el contratado gozar de la misma “estabilidad provisional” hasta la celebración del concurso público? En efecto, la decisión parte del hecho de que las normas administrativas que se han dictado para regular la prestación de los servicios de la Administración no responden exactamente a la finalidad de la protección del trabajador:

...ya que no se trata de defender la posición del empleado frente a la Administración, al menos como objetivo fundamental, sino de garantizar determinados principios consagrados en la Constitución, tal como el principio de igualdad de los ciudadanos para el acceso a los cargos públicos, que exige el establecimiento y regulación de los procesos de selección de personal, y de hacer efectivo el principio de eficacia de la actuación administrativa a través de la consagración de los principios de mérito y capacidad.

Este mismo principio: igualdad de los ciudadanos para el acceso a los cargos públicos es perfectamente aplicable al contratado. ¿Qué lo hace distinto? El dispositivo del artículo 39 de la LEFP que prohíbe expresamente que el contrato no es la una vía de ingreso a la función pública. Debemos partir que en atención a la aplicación de los mismos preceptos constitucionales enunciados en el fallo, no es por el contrato que se ingresaría, al igual que no es por el nombramiento irregular que la decisión le otorga esa posibilidad, es por el “concurso público” que abra la Administración, al cual debe optar el contratado en igual condición que el que goza de un nombramiento o ha sido designado para ejercer un cargo de carrera de manera irregular, porque al igual que éste, al contratado también se le estaría violando la expectativa plausible<sup>42</sup>. Al igual que lo establece el fallo con respecto a los fun-

---

<sup>42</sup> “En este orden de ideas, se impone la necesidad de cambiar el viejo paradigma que durante años hizo que la Administración Pública se convirtiera en una especie de institución al servicio del clientelismo político, lo que conllevó a que en el país se evidencie una excesiva presencia de cargos de libre nombramiento y remoción, así como de personal contratado. Lo anterior, obviamente trajo consigo que exista un alto índice de inestabilidad en la función pública, dado el hecho de que la mayoría de los distintos órganos del Poder Público dan ingreso a los funcionarios que han de prestar sus servicios, haciendo caso omiso a la previsión constitucional y legal relativo a la obligación de la realización de un concurso público como paso previo y obligatorio para el ingreso, a los fines de proveer los diferentes cargos de la Administración Pública, siendo

cionarios que ejercen cargos que son calificados como de confianza o de alto nivel y que en realidad no son más que simulaciones para relajar las previsiones de la LEFP, ello debe también aplicar para los contratados que se contratan bajo aparentes tareas específicas y por tiempo determinado, pero en realidad no es más que el ejercicio de funciones públicas equiparables a cualquier funcionario de carrera y por tiempo indeterminado, producto de la continuas renovaciones contractuales:

---

imperiosa la adopción de medidas que abandonen las antiguas prácticas, y se acoja en materia de función pública las previsiones contenidas tanto en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como en el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, lo cual se traduce en un sometimiento a los principios básicos del Estado de Social de Derecho que preconiza nuestra Carta Magna. Sentencia de la Corte Segunda de los Contencioso Administrativa (...) De la normativa antes transcrita se desprende que la designación de un funcionario en un determinado cargo de carrera, debe ser el resultado de la celebración de un concurso en el cual éste resultó favorecido y, no obedecer a una selección discrecional, donde no se constaten los elementos objetivos en virtud de los cuales se hizo merecedor de su designación. Ergo, resulta que la falta de ingreso a través de concurso, no sólo retoma los viejos paradigmas que históricamente experimentó la Administración Pública venezolana, sino que incide en la ausencia de estabilidad, y consecuentemente ocasiona que dichos funcionarios, no puedan tener todos los beneficios socio-económicos que gozan los funcionarios de carrera (...) En idéntico sentido, esta Corte advierte que no sólo existe un desconocimiento de la condición de funcionario público sino que, además, como ya previamente lo afirmó recientemente este Órgano Jurisdiccional en sentencia N° 2008-00944 del 28 de mayo de 2008, tanto el ingreso como el ascenso en la Administración Pública, sin que se atiendan a las disposiciones constitucionales y legales antes analizadas, es además, lesivo al derecho constitucional a la igualdad de acceso a los cargos públicos, que tiene todo ciudadano que cumpla los requisitos establecidos en la ley para desempeñar determinado destino público. En efecto, al tratarse de un cargo determinado que debe ser provisto mediante concurso, la designación efectuada sin que medie dicho mecanismo de selección, constituye una franca discriminación para quienes, reuniendo las condiciones para desempeñar el cargo, no resulten favorecidos por la designación hecha en forma discrecional (Ver también sentencia N° 2007-01217 de fecha 12 de julio de 2007, caso Deisy García contra el Estado Miranda, y ratificada por esta Corte nuevamente en sentencia N° 2007-02000 de fecha 12 de noviembre de 2007, caso Rosalía Berroterán contra el Estado Miranda) (...) Tal proceder de la Administración constituye una especie de negación a la carrera administrativa a un número ciertamente elevado de personas, que ingresan a los organismos o entes públicos con la expectativa de hacer carrera administrativa, con lo cual no sólo se vulnera el espíritu del constituyente, sino que se infringe el principio de la confianza legítima que tienen los aspirantes a ingresar a la carrera administrativa de que se les ratifique, o se les dé ingreso, a través de un concurso público, tal como lo establece el sistema de función pública venezolano, que da prevalencia a la carrera administrativa por encima de los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales ciertamente pueden coexistir, pero, de manera excepcional". Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo N°1596-2008 de fecha 14-08-2008, Exp. AP42-R-2007-000731.

Visto lo anteriormente expuesto, es importante destacar que la realización del concurso es una carga que reposa enteramente en cabeza de la Administración, de manera tal, que la falta de realización del mismo no debe constituir una razón válida para que los distintos órganos públicos decidan el egreso de los funcionarios, so pretexto de que éstos, al no haber adquirido la condición de funcionarios de carrera, dada la falta del referido concurso (cuya carga no es del particular, sino de la Administración), éstos desempeñan, por ende, un cargo de libre nombramiento y remoción. Este razonamiento contradice los postulados constitucionales y legales ampliamente desarrollados supra, en claro detrimento de la carrera administrativa, constituyendo esto un uso indiscriminado de la figura excepcional de los cargos cuyas funciones sean de libre nombramiento y remoción<sup>43</sup>.

Postulados a los cuales no deben escapar también los contratados. Si partimos del apego estricto a la LEFP y la Constitución, y el concurso público es la vía de ingreso a la función pública, ninguna de las situaciones irregulares que por la tesis de la “estabilidad provisional” se pretende proteger, tendrían cabida. Entendemos que nuestra postura, no es ajena a la crítica y que para los muy ortodoxos<sup>44</sup>, representaría un paso más hacia la “laborali-

---

<sup>43</sup> Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo N°1596-2008 de fecha 14-08-2008, Exp. AP42-R-2007-000731. El fallo en comentario también establece que la estabilidad repercute en una Administración eficaz y profesional, y entendiendo que los contratados forman parte de ella, no cabe duda alguna que también deben gozar de una estabilidad provisional hasta que de manera definitiva la consigán mediante la celebración de un concurso público al cual tengan acceso y puedan ganarlo: “Ello no puede continuar así. Los funcionarios (en general, los trabajadores públicos) son el elemento clave de la Administración Pública, de ellos y de su trabajo depende el rendimiento y la percepción que de esta se tenga la ciudadanía. Sólo una Administración Pública que cuente con funcionarios capaces y motivados es capaz de cumplir el mandato constitucional de servir con objetividad y eficacia los intereses generales. Por eso, debe complementarse la regulación actual del sistema de selección del personal con medidas que garanticen su capacidad y rendimiento una vez obtenida la plaza. Deben introducirse incentivos positivos (sobre todo niveles retributivos elevados, equiparables a los de la empresa privada, asociados a la productividad, y posibilidades reales de promoción profesional) y negativos (posibilidad real de despido ante el incumplimiento de estándares objetivos mínimos de rendimiento), que garanticen la productividad y reciclaje continuo que requiere la sociedad actual. Sin trabajadores públicos motivados, la Administración y lo público en general está condenados al desprestigio social y –consecuentemente– al declive progresivo, amenazados de extinción. (Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol: ob. cit. pp. 242)”.

<sup>44</sup> No olvidemos que sobre el particular, la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha dejado asentado que: “el sólo hecho que un contratado preste servicios por tiempo reiterado a la Administración, a tiempo determinado, no puede entenderse la voluntad por parte de la Administración de cambiar la figura a contrato a tiempo indeterminado, ya que al igual que en el caso bajo estudio siempre se estableció que lo que estaban celebrando era un contrato a tiempo determinado, sin manifestar la intención de cambiar de alguna forma esta situación (...) En caso de dos (2) o

zación de la función pública”, no obstante, reiteramos que bajo los argumentos que se sustentan las situaciones irregulares que cubre la decisión, éstos son igualmente válidos a los contratados, en su condición de sujeto de protección y sobre la cual, la jurisprudencia ha de buscar también alternativas de reconocimiento y de justa reivindicaciones, avalados también por los principios derivados de un Estado Social de Derecho y de Justicia que consagra nuestra Carta Magna en su artículo 2. La restricción que prevé el artículo 39 de la LEFP, a la luz de los preceptos constitucionales consagrados en la sentencia aquí revisada, no puede representar un obstáculo inquebrantable en contra de los contratados de la Administración Pública. No olvidemos que la supremacía de las normas constitucionales que establece el artículo 7 de nuestra Constitución, no debe ser interpretado como un principio aislado dentro del ordenamiento jurídico venezolano, por el contrario, ello constituye una imposición a ser tomada en cuenta para su aplicación preferente ante situaciones dudosas o perjudiciales para el protegido<sup>45</sup>. Con posterioridad a la Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo N° 1596-2008 de fecha 14-08-2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC/TSJ) estableció que si convocado y efectuado el concurso público, la persona contratada no resulta ganadora, el cargo debe ser ocupado por la persona que efectivamente logró cumplir con el

---

más prórrogas, el contrato se considerará por tiempo indeterminado, a no ser que existan razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y excluyan la intención presunta de continuar la relación. Las previsiones de este artículo se aplicarán también cuando, vencido el término e interrumpida la prestación del servicio, se celebre un nuevo contrato entre las partes dentro del mes siguiente al vencimiento del anterior, salvo que se demuestre claramente la voluntad común de poner fin a la relación”. “De la norma antes transcrita se desprende la existencia de dos presupuestos necesarios para la estimación de un contrato a tiempo determinado, como contrato a tiempo indeterminado, siendo el primero de ellos, la existencia de dos (2) o más prórrogas al contrato de trabajo inicialmente suscrito, a excepción de aquellos casos en los que existan motivos especiales que hagan necesaria la prórroga y se deje constancia de la inexistencia de un interés en continuar dicha relación de trabajo; y, el segundo caso se presenta cuando al vencer el término establecido en el contrato primigenio; se proceda a la celebración de un nuevo contrato (siempre que sea después de la segunda prórroga), sin transcurrir un (1) mes del vencimiento del contrato de trabajo originario. Asimismo, este último supuesto tiene una excepción, esta es, la expresa voluntad de finalizar la relación de trabajo”. Sentencia N° 1844 del 13-11-2007.

<sup>45</sup> Este principio lo recoge la Sentencia N° 521, Exp. 14-1354 del 01-07-2016 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. A ella nos vamos a referir en el capítulo siguiente de manera detallada en razón de que la misma consagra una serie de enunciados que pudieran sentar las bases a una mayor y mejor justicia hacia el personal contratado de la Administración Pública. No obstante, en cuanto a este punto en particular, los principios que tal criterio acarrearía violentados, abarcarían los relativos a seguridad jurídica, confianza legítima y finalmente los valores superiores que plasma el ordenamiento jurídico.

proceso de selección, culminando de esta forma su relación laboral con la Administración Pública<sup>46</sup>.

Ahora bien, ¿qué pasa con la “inamovilidad laboral especial” dictada por el Ejecutivo Nacional desde el año 2002 hasta la actualidad, mediante la promulgación de decretos anuales o bianuales y que abarca a los trabajadores bajo contrato indeterminado y a tiempo determinado del sector público? Tampoco es aplicable por razones de orden público. En caso de la Administración, sus contratados se encuentran amparados por dicha normativa, lo que implica la aplicación de una “estabilidad relativa”. Así las cosas, el contratado de un ente público que haya sido objeto de un despido injustificado durante la vigencia del Decreto de “inamovilidad laboral”, deberá ser reenganchado como consecuencia del procedimiento establecido en el artículo 425 de la LOTTT ante las inspectorías del trabajo. En otras palabras, la “estabilidad relativa” por vía de la “inamovilidad especial”, opera en favor del contratado de la Administración Pública que ha sufrido el cese de su contrato de trabajo de manera injustificada, pero matizando que:

Sin embargo, lo anterior no es óbice para aclarar que el personal contratado, al ser legítimamente reenganchado, no pasa a ser funcionario público o funcionario de carrera, pues su condición de contratado persistirá en el tiempo, hasta que alguna circunstancia, modifique dicho status quo<sup>47</sup>.

Es decir, la condición de contratado persistirá en el tiempo, hasta que alguna circunstancia, modifique dicho estatus por lo que es necesario, que

---

<sup>46</sup> Sentencia N° 1594 de fecha 05-12-2012, Exp. 09-0636: “Ahora bien, siendo que el demandante para el momento del concurso ostentaba el cargo de Auxiliar de Investigación en calidad de contratado, y siendo que al finalizar el concurso no resultó ganador, el cargo debió ser ocupado por la persona que sí fue seleccionada y mal podía el Juzgado Cuarto Superior del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, ordenar su reenganche al puesto de trabajo para el cual no calificó a través del concurso”. Consecuencia lógica en nuestra opinión.

<sup>47</sup> Sentencia del 15-12-2009 del Juzgado Superior Séptimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital; Sentencia de la Corte Segunda de los Contencioso Administrativa Exp. N° AP42-R-2011-001242 de fecha 11-07-2012 y especialmente, Sentencia N° 716 del 31-05-2011 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. De igual modo, este criterio se ratifica en la Sentencia N°2011-0152 del 14-02-2011 de la Corte Primera de los Contencioso Administrativa de la manera siguiente: “Ahora bien, en relación a la estabilidad y condición del personal contratado al servicio de la Administración Pública, el artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública dispone que éstos ciudadanos, prestaran sus servicios en ‘tareas específicas y por tiempo determinado’; la afirmación del Legislador, instituye que el régimen de estabilidad aplicable al personal contratado, es el denominado ‘sistema de estabilidad relativa’, sobre el cual, la culminación, o el cese del contrato de trabajo, estará regido por las disposiciones previstas en la misma ley, vale decir, la terminación del contrato de trabajo, o el despido justificado”.

éste se encuentre en su puesto de trabajo, hasta la emisión de una sentencia plenamente firme. Criterio ratificado por las Cortes Contenciosas Administrativas y la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (SPA/TSJ). De tal manera que en la práctica, la tesis de la “estabilidad laboral relativa” se aplica para los contratados que ganen menos de tres salarios mínimos, tengan contrato vigente o hayan sido objeto de dos o más prórrogas contractuales, pero como producto del Decreto de Inamovilidad:

De la sentencia antes transcrita se desprende que los trabajadores investidos de la referida protección especial no podrán ser despedidos, trasladados o desmejorados sin antes cumplir con el procedimiento previsto en el artículo 453 del referido texto sustantivo laboral, pues la inamovilidad laboral de la que son titulares aquellos trabajadores es distinta a la estabilidad laboral, ya que esta última aplica al derecho individual del trabajo, perfectamente enmarcada en la disposición contenida en el artículo 112 de la Ley Orgánica del Trabajo y a diferencia de la inamovilidad, hace más referencia a la permanencia y continuidad en la relación laboral, así como a la necesaria existencia de un justo motivo que implique la ruptura del vínculo de trabajo, mientras que en la inamovilidad, se hace mención no sólo a la permanencia en el cargo sino a la imposibilidad por parte del patrono, –al prestador de servicios amparado por dicha protección especialísima–, de desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o de trasladarlo en razón del carácter que ostentan, por lo que tal condición más que un derecho de permanencia en el trabajo, constituye un privilegio devenido de la investidura por el fuero del que goza<sup>48</sup>.

Seguimos en presencia de una franca situación de inseguridad jurídica, producto de las propias decisiones jurisprudenciales.

Ahora bien, hay otras situaciones irregulares que pudieran presentarse en torno a la figura de los contratados, como sería el caso de aquellos contratados que ostentan la condición de funcionario de carrera y que reingresan a la Administración Pública mediante esta vía. Lo primero que hay que determinar es si el reingreso se hizo efectivo en un lapso mayor de diez años<sup>49</sup>. Si el reingreso fue superior a los diez años, éste deberá presentar los exámenes que se exija para reingresar a la Administración Pública<sup>50</sup>, de tal manera que el contratado estará sometido a las estipulaciones que la legislación laboral disponga en favor de su estabilidad y a las cuales antes nos hemos referido. En este mismo sentido, si su reingreso es inferior a los diez años no

---

<sup>48</sup> Sentencia N°1076 del 02-06-2005 de la SC/TSJ.

<sup>49</sup> La LEFP nada establece en torno al reingreso a la Administración Pública de los funcionarios de carrera, por lo que deben aplicarse las disposiciones del Reglamento General (arts. 213 al 218) de la extinta LCA, por no haber sido derogado por la LEFP.

<sup>50</sup> Art. 215 del Reglamento General de la LCA, entendiéndose que se trata de hacerse acreedor del cargo mediante un concurso público, a la luz de las disposiciones constitucionales y legales actuales.

debe cumplir con las condiciones exigidas por la legislación vigente: concurso público<sup>51</sup>. Adicionalmente hemos de advertir que, al tratarse de un funcionario de carrera aunque reingrese a la Administración Pública por la vía contractual, en un lapso no mayor a diez años, la jurisdicción competente sería la contencioso administrativa en materia funcionarial y no la jurisdicción laboral. Ahora bien, si éste acude a la jurisdicción laboral y el tribunal constata tal situación, debe declinar la competencia en favor de la jurisdicción contencioso administrativa, de lo contrario estaríamos en presencia en una flagrante usurpación de funciones y una violación de principio del juez natural. Así lo ha manifestado la SC/TSJ<sup>52</sup>:

En resumen, debe esta Sala reafirmar que los cargos provisionales, accidentales o suplentes no pueden ser equiparados a los cargos de carrera en cuanto al derecho a la estabilidad (vid. sentencia de esta Sala n.º 959/2014), ya que quienes se hallan vinculados a la función pública en estas condiciones no han cumplido con los requisitos que exige la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las leyes y estatutos de personal para gozar de la condición de funcionario público de carrera administrativa; sin que ello obste para que en atención a la justicia que recubre el ordenamiento jurídico, así como el derecho a la seguridad jurídica se le garanticen a los referidos ciudadanos que para poder ser retirados aun cuando no sean funcionarios de carrera, se le deban cumplir las formalidades de egreso de la Administración, atendiendo a la condición que ostenten como se expuso en la sentencia n.º 2149/2007, que dispuso... En consecuencia, salvo que exista una exclusión del ámbito de aplicación de esta Ley, conforme a las excepciones establecidas en el Parágrafo Único del artículo 1 de la mencionada Ley, y en cuyo caso, se deberá atender al régimen especial (Cfr. Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo –Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.995 del 5 de agosto de 2004– y Normas de Personal

---

<sup>51</sup> “De tal modo, el ordenamiento jurídico consagra, como se observa, el derecho de los funcionarios públicos a reingresar a la Administración Pública en un cargo de carrera de la misma clase al que desempeñaba cuando se produjo su retiro (por renuncia o por reducción de personal), toda vez que, al haber adquirido la condición de funcionario de carrera por efecto de su anterior desempeño en la administración, dicha condición persiste, de manera que su reingreso podrá efectuarse sin necesidad de cumplir los requisitos exigidos para ingresar a la Carrera Administrativa, salvo en los casos en que haya estado separado de su cargo por más de diez (10) años”. Sentencia N° 2007-544 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 12-03-2007. Vid., entre otras, Sentencia N° 2006-2210 de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo del 6 de julio de 2006; Sentencia N°2008-1567 del 17 de mayo de 2011. Criterio ratificado por la SC/TSJ en el fallo N°1206, Exp. 14-0677 de fecha 03-10-2014. Ver también, entre otras sentencias, Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital de fecha 02-05-2012, Exp. 11-2943 y especialmente la Sentencia de la Segunda de lo Contencioso Administrativo, Exp. N° AP42-R-2008-0007 11-05-2009.

<sup>52</sup> Sentencia N° 238, Exp. 14-1355 del 29-03-2016. De igual forma, en la Sentencia N°237, Exp. 14-1348 de esa misma fecha y en la sentencia N°521, Exp. 14-1354 del 01-07-2016, todas de la Sala Constitucional.

de la Defensoría del Pueblo –Gaceta Oficial N° 37.780 del 22 de septiembre de 2003–), se debe destacar que el funcionario público aun cuando no sea de carrera administrativa, debe cumplir con las formalidades de egreso, según la condición que ostente.

Otra situación sujeta a análisis sería, la figura de un personal contratado, amparado por la LCA y que prestaba sus servicios para un ente público, el cual fue suprimido y sustituido por otro órgano, ahora bajo la vigencia de la LEFP. En este caso, somos de la opinión que al tratarse de una relación contractual que se perfeccionó con anterioridad a la entrada en vigencia de la LEFP, el contratado se asimila la estabilidad en el cargo que consagraban los órganos judiciales bajo la figura del funcionario provisorio, ya que al no ser evaluadas en el lapso prudencial establecido en la ley, se consideraba ratificado el nombramiento o en el ingreso a la luz de la LCA. Ahora bien, si la supresión del ente público administrativo devino en la creación de una empresa pública cuyo personal se rige por la legislación laboral, hay que tomar en cuenta que el contratado se encuentra regulado por un régimen laboral distinto; mientras se trataba del instituto autónomo, le era aplicable la LCA, convertido en empresa del estado, el régimen aplicable es de la legislación laboral. Pero, ¿la condición de funcionario que le otorga el hecho de ser contratado, bajo la provisionalidad que le daba la LCA, le concede algún beneficio a la hora de su destitución? En mi criterio no repercute en nada para los efectos de su retiro o terminación de su relación con la actual empresa pública, la condición de funcionario público que le concedía la derogada LCA<sup>53</sup>, ya que, el régimen que aplica para esos trabajadores del Estado es el consagrado en la ley laboral y por lo tanto, estará sujeto a las condiciones de estabilidad laboral e inamovilidad, según el caso, que prevé dicha legislación<sup>54</sup>. Ahora bien, puede ocurrir que, en atención a las pretensiones del demandante, el tribunal desconozca la condición de funcionario público del solicitante y desmejore la condición de éste, a pesar del criterio de la SC/TSJ<sup>55</sup>. Ello es posible y lo podemos evidenciar en la sentencia del Juzgado Segundo de Primera Instancia de Juicio del Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas del 13-01-2015. En esa ocasión se trataba de un contratado que prestó sus servicios desde 16-02-1993, hasta el día 31-08-2008, en calidad de contratado para la escuela de música “Pedro Nolasco Colón”, la cual se encontraba adscrita al Consejo Nacional de la

---

<sup>53</sup> Salvo a los efectos de los años de antigüedad ante un eventual derecho de jubilación.

<sup>54</sup> Véase la Sentencia de la SS/TSJ N° 0606 de fecha 29-04-009.

<sup>55</sup> No olvidemos que con arreglo al criterio de la SC/TSJ, el Juez tiene la potestad de determinar de oficio, en ejercicio de sus poderes inquisitivos, la mejor manera de restablecer la situación jurídica infringida al accionante, sin que éste haya realizado pedimento expreso al respecto. Sentencia de fecha 09-08-2000 de la SC/TSJ, entre otras, Caso Manuel Guevara.

Cultura (CONAC). Dicha escuela fue transferida conjuntamente con todo su personal al Ministerio del Poder Popular para la Cultura quien le dio inicio a una nueva relación laboral, sin tomar en cuenta que el contratado ya venía prestando sus servicios desde el año 1993. El Ministerio lo ingresó a la nómina como personal contratado a tiempo determinado, sufriendo el cargo desempeñado varios cambios de denominación. En tal sentido procedió a demandar al Ministerio por los beneficios que la ley del trabajo consagra (prestaciones sociales) y los otros beneficios particulares (primas) estipulados para el personal ministerial ante un tribunal laboral. Al respecto el tribunal determinó lo siguiente:

En cuanto al segundo supuesto relativo a que el nuevo patrono continúe el ejercicio de la actividad anterior con el mismo personal e instalaciones materiales, se observa de autos que el accionante laboro hasta el 31 de agosto de 2008, para el Consejo Nacional de la Cultura y posteriormente un día después el 1 de septiembre de 2008, fueron contratados por el Ministerio del Poder Popular para la Cultura, en este sentido es de establecer que siendo absorbida la Escuela PEDRO NOLASCO por dicho Ministerio y habiendo continuado laborando, presuntamente por ser contratados, a los trabajadores y trabajadoras accionantes en el presente caso, un día después, a consideración de este sentenciador se configura una continuidad en la relación laboral de dichos trabajadores, por lo que se configura en el presente caso la sustitución patronal para los trabajadores accionante. Por lo que el Ministerio del Poder Popular para la Cultura, como actual patrono del hoy demandante, deberá reconocer la antigüedad del mismo, manteniéndolo en las mismas condiciones en las cuales prestaban servicios para la escuela Pedro Nolasco, la cual se encontraba adscrita al Consejo Nacional de la Cultura y la cual fue absorbida por el Ministerio del Poder Popular para la Cultura, condiciones estas en las cuales deberán mantenerse como personal fijo de dicho Ministerio. Así se decide.

Se le reconoce la antigüedad pero no la condición de funcionario que poseía. Es evidente que el trabajador contratado, obtuvo la condición de funcionario público, amparado por la LCA, vigente para la fecha y por lo tanto, no podía ser reincorporado con arreglo a las normas de la legislación laboral<sup>56</sup>. Adicionalmente y en razón de la condición de funcionario público

---

<sup>56</sup> No olvidemos el criterio Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que estableció que el funcionario que, una vez entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, haya ingresado a la Administración Pública –mediante designación o nombramiento– a un cargo calificado como de carrera, sin la realización previamente del debido concurso público, gozarán de estabilidad provisional o transitoria en sus cargos, hasta tanto la Administración decida proveer definitivamente dicho cargo mediante el correspondiente concurso público. Este derecho a la estabilidad provisional nacerá una vez superado el período de prueba. Esa estabilidad provisional supone, en criterio de la extinta Corte, que aquel funcionario que se encuentre en la aludida situación de transitoriedad no podrá ser removido, ni retirado de su cargo por

que ostentaban los accionantes, el tribunal laboral era incompetente para conocer de este asunto y éste debió declinar ante un tribunal contencioso administrativo. No obstante, ello no ocurrió, dejando una vez más en evidencia la situación de inseguridad jurídica que se encuentran los contratados. Lejos de favorecer a los derechos de los trabajadores, la decisión desmejoró su condición, propiciando una inestabilidad, al desconocer qué régimen legal aplicable no era el laboral, violentando sus garantías constitucionales en cuanto a la irrenunciabilidad y progresividad de sus derechos.

Hemos señalado que los criterios de distribución de competencias tanto de los tribunales laborales como de los órganos jurisdiccionales contenciosos administrativos deben partir, principalmente, del objeto de la pretensión. También advertimos que ello representaba un aparente orden jurisprudencial sobre la materia, por lo menos en cuanto a la figura del juez natural. Pero esto fue así hasta el año 2008; año en el cual este criterio sufrió una modificación. Dicha modificación de criterio, a nuestro modo de ver, representa una interpretación errada de las normas involucradas. Hasta la fecha, la SC/TSJ, mediante las sentencias: N° 955 de fecha 23-09-2010; N° 43 del 06-02-2011; N° 108 del 25-02-2011; N° 165 del 28-02-2011; y, N° 311 del 18-03-2011, estableció adicionalmente, que era la jurisdicción laboral la competente para conocer de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por las Inspectorías del Trabajo<sup>57</sup>. En fecha 13-11-2018, por sentencia N° 56, la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia (SP/TSJ) extiende este criterio a los actos administrativos relacionados con la terminación de los contratos, amparados por la legislación laboral, bajo el siguiente criterio:

Conforme con la norma constitucional que antecede<sup>58</sup>, que establece el marco general en el cual se desarrollan las relaciones de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico vigente, en atención a la garantía fundamental a ser juzgado por los jueces naturales (contenida en el artículo 49 numeral 4 de la Carta Magna) y evidenciándose que la resolución de autos de la cual se pretende la nulidad, se encuentra directamente vinculada al contrato de trabajo (...) esta Sala determina que tal y como fue establecido precedentemente que la competencia para cono-

---

causa distinta a las contempladas en la Ley del Estatuto de la Función Pública (artículo 78), hasta tanto el cargo que ocupa temporalmente sea provisto mediante el correspondiente concurso público. Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de fecha 14-08-2008. Situación a la que en nuestro criterio, se asimilan los contratados, por las razones expuestas a lo largo de este trabajo. La condición de funcionario provisorio incluía a los contratados.

<sup>57</sup> Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo del año 2002 y posteriormente, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el año 2010, este criterio fue ratificado.

<sup>58</sup> Se refiere al artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

cer este tipo de pretensiones corresponde a los órganos que integran la jurisdicción del trabajo, concluyendo que corresponde al Tribunal de Juicio del Trabajo, por tratarse de un proceso de juzgamiento. Así se establece. Ahora bien, con fundamento en lo establecido en el numeral 3 del artículo 25 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y acogiendo los criterios jurisprudenciales a los que se ha hecho mención, visto que en el caso de autos se interpuso recurso contencioso administrativo de nulidad contra la Resolución (...) la cual deja sin efecto el contrato del hoy demandante donde ejercía el cargo “Auditor Contratado”, esta Sala Plena declara que el conocimiento de dicho recurso, en primera instancia, corresponde a un Juzgado de Primera Instancia de Juicio del Trabajo del Circuito Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Apure, de conformidad con el criterio establecido por la Sala de Casación Social en sentencia N° 977 de fecha 5 de agosto de 2011 (Caso: Moraima Gutiérrez), reiterado por la Sala Plena en sentencia N° 57 publicada el 13 de octubre de 2011 (caso: Gobernación del estado Táchira).

Varios aspectos importantes se desprenden de esta decisión. En primer lugar, el fallo en comentario debe ser aplicado a situaciones relacionadas con contratados amparados por la legislación laboral que prestan servicios a la Administración Pública estrictamente. De tal manera, que si el demandante ostenta la condición de funcionario público en cualquiera de las formas expuestas en este artículo, el conocimiento de la causa debería corresponder a un tribunal contencioso administrativo<sup>59</sup>. En segundo término, en caso que el demandante ostente su condición de funcionario público en cualquiera de las formas expuestas en este análisis, pero lo desconozca, el tribunal laboral debe advertirlo y por lo tanto, en estricto cumplimiento de los preceptos emanados de la jurisprudencia de la SC/TSJ, el Juez tiene la potestad de determinar de oficio, en ejercicio de sus poderes inquisitivos, la mejor manera de restablecer la situación jurídica infringida al accionante, aun cuando, éste no haya realizado pedimento expreso al respecto<sup>60</sup>. Eso en cuanto a lo positivo que conlleva la interpretación de esta decisión. Desde el punto de vista negativo, somos de la opinión que la decisión de la SP/TSJ al fundamentarse en el artículo 25 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), yerra al estimar que dichos actos corresponden a la Administración del Trabajo. El acto de terminación de un contrato por parte de una autoridad administrativa no pertenece a lo que la ley llama Administración del Trabajo. Se trata, de un acto administrativo emanado en base a las facultades generales que le otorgan las leyes administrativas. No se trata –en

---

<sup>59</sup> Lamentablemente, de las decisiones revisadas con posterioridad al año 2018, la condición previa de funcionario público, sea reconocida o no, no implica ni justifica ningún cambio de competencia hacia los tribunales contenciosos administrativos en la forma aquí señalada.

<sup>60</sup> Sentencia de fecha 09-08-2000 de la SC/TSJ, entre otras, Caso Manuel Guevara.

definitiva– de un acto administrativo especial atribuido a lo que ha denominado Administración del Trabajo. Lo que la LOJCA denomina Administración Laboral en el numeral 3 del artículo 25, es lo que conocemos como inspectorías del trabajo y el Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (INPSASEL), entre otros; los cuales, a pesar de que se trata de entes administrativos en estricto sentido, el conocimiento de sus actos administrativos<sup>61</sup> corresponden a los tribunales laborales, a tenor de lo previsto en el artículo 29, numerales 2 y 4 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT). Es esta norma y no la del numeral 3 del artículo 25 de la LOJCA, la que pudiera darle sentido a la decisión en comentario. En efecto, el artículo 29 de la LOPT contempla la competencia de los tribunales del trabajo en los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social como apunta la decisión de la SP/TSJ. No obstante, mantenemos la opinión que la misma se refiere a aspectos propios de las relaciones laborales y no a la revisión de actos administrativos de cese o terminación de contratos, como consecuencia de una facultad genérica de tipo administrativo. Sin embargo, entendemos que el debate está abierto en cuanto a este punto, y que nuestra interpretación pudiera ser cuestionable y discutible. En todo caso, lo significativo descansa en el hecho de que cada vez surgen mayores obstáculos que están imposibilitando un acercamiento de la figura del contratado de la Administración Pública y el conocimiento de sus asuntos, al juez contencioso administrativo, siempre que se trate de situaciones irregulares que conlleven a sembrar dudas sobre la verdadera naturaleza de sus funciones. Todo ello dificulta la posibilidad de una solución.

### **A modo de corolario**

El artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, estableció que el ingreso a la función pública es mediante concurso público. De tal manera, que el constituyente de 1999 estableció una norma expresa y categórica, que fija la forma de ingreso a la carrera administrativa, excluyendo de dichos cargos, de manera expresa a los contratados. Por su parte, la LEFP en su artículo 39 consagró la prohibición absoluta del contrato como vía de ingreso a la función pública, restringiéndolo exclusivamente a los casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado (art. 37).

Es indudable que la relación entre contratado y Administración Pública es necesaria, y la misma –por diversos motivos– estará siempre presente en el campo público. Ni la Constitución ni la LEFP, han logrado erradicar las

---

<sup>61</sup> Lo que en una oportunidad fueron denominados “cuasi jurisdiccionales”.

prácticas diferentes de ingreso a la carrera administrativa a la celebración de un concurso público. Estas prácticas irregulares, no solo derivan en una falta de la Administración Pública de ejecutar sus obligaciones constitucionales y legales, sino que ello conlleva a un deterioro o menoscabo de los derechos de los trabajadores al servicio de la Administración Pública, que en condición de contratados, ejercen funciones similares a los funcionarios en cargos de carrera, de tal manera que se le limita y restringe la protección de sus derechos constitucionales originados por la relación jurídica que nace con la Administración Pública, propiciando una incertidumbre en su condición. Se reproduce pues, bajo este nuevo marco jurídico, la problemática que había surgido bajo la vigencia de la Constitución de 1961 y durante la vigencia de la LCA. Sin embargo, a diferencia con la situación actual, la jurisprudencia de la época, equiparó al personal contratado con la del funcionario público, bajo régimen provisional.

En la actualidad, por diversos motivos, se advierte la existencia y un aumento progresivo de una administración paralela conformada por contratados en su mayoría, al margen de las disposiciones constitucionales y legales, volviendo a la ejecución de prácticas que habían sido objeto de restricción con la promulgación del actual texto constitucional. En otras palabras, el marco jurídico actual pretendió poner coto al problema que surgió por la derogada LCA, cuando se amparaba el ingreso de los contratados como una forma irregular de acceder a la carrera. Existía una simulación de la relación contractual, concurriendo auténtica y real relación de empleo público, sometida a la legislación funcionarial.

Como lo dispuso nuestra Sala Constitucional<sup>62</sup>, en ningún caso, cabe efectuar el cuestionamiento constitucional sobre quién es el sujeto responsable por el incumplimiento en el llamamiento al concurso de oposición, cuando ésta es una obligación imputable exclusivamente al órgano administrativo, ya que éste es el único concededor de la disponibilidad de cargos, así como la disponibilidad presupuestaria, más aun cuando la única conducta exigible al trabajador que presta servicios en un cargo de carrera dentro de la Administración Pública, sin haberse efectuado el referido concurso, sería el ejercicio de una acción de abstención donde exigiría la realización del concurso sin que ello solvente de manera inmediata lo relativo al ámbito de protección de sus derechos constitucionales durante la tramitación de la misma. Mal puede castigarse al que nada puede hacer al respecto.

Con el nuevo marco jurídico, el criterio jurisprudencial fue modificado, alterando de esta forma el principio de progresividad e igualdad laboral de los contratados por la Administración Pública. La legislación laboral, sobre

---

<sup>62</sup> Sentencia N° 521, Exp. 14-1354 del 01-07-2016.

la cual se pretende proteger a los contratados de la Administración Pública no resulta suficiente. En efecto, la legislación laboral venezolana, ampara de forma muy amplia a los contratados por la administración pública, bajo las figuras de la “estabilidad” y la “inamovilidad”. La estabilidad –como lo apuntamos a lo largo de este trabajo– es relativa, restringida y supeditada a las condiciones del contrato. Es circunstancial generando incertidumbre en el trabajador. En ningún caso es equiparable al derecho de estabilidad que establece el artículo 30 de la LEFP para los funcionarios de carrera. Por su parte, la “inamovilidad”, no se extiende a todos los trabajadores, sino aquellos establecidos en los supuestos normativos contemplados en la LOTTT o en los decretos dictados por el Ejecutivo Nacional. Por lo tanto su posición en relación a los derechos que consagra la LEFP para su personal, es inferior. Máxime cuando vemos que al respecto no existe un criterio jurisprudencial pacífico al respecto.

Al contratado también le son aplicables los principios de la confianza legítima o expectativa plausible. Su aspiración jurídica resulta justa y lógica, no porque presta sus servicios bajo un régimen contractual, deja de tener esperanza de que sea reconocida su condición de funcionario público en un futuro mediato. Las funciones que realiza, las ejecuta como un auténtico funcionario público, en la mayoría de las situaciones. El contratado al igual que cualquier trabajador, debe representar objeto de protección de las leyes que regulan las relaciones laborales, sean éstas públicas o privadas, bajo acuerdo o mediante un estatuto. Ello es así, porque sigue siendo el débil jurídico protegido, nada lo hace distinto a otros trabajadores o empleados públicos. El Estado consagra a través de una serie de principios, la protección del derecho a los trabajadores, evitando que se alteren tanto la intangibilidad como la progresividad de sus derechos y beneficios laborales. No cabe duda, que el giro jurisprudencial que en torno a la figura de los contratados se ha producido, atenta contra esos principios constitucionales y contra la seguridad jurídica, la confianza legítima y los propios valores superiores que establece nuestro ordenamiento<sup>63</sup>.

Es necesario que la Administración Pública venezolana, otorgue apertura a los concursos públicos, incentivando al personal que ejerce el cargo en participar, con la finalidad de regularizar su condición laboral como funcionario público de carrera y en aras de proteger el derecho a la estabilidad que los debe amparar y que garantice la selección de los mejores, tanto en el aspecto ético como en el de la preparación técnica y profesional. Concursos basados en los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. De igual manera, urge una revisión de la LEFP en lo relativo a esta figura, propician-

---

<sup>63</sup> Así se indica en la Sentencia N° 521, Exp. 14-1354 del 01-07-2016 de la SC/TSJ.

do normas que protejan la conducta irresponsable de la Administración, limitando y especialmente, sancionando el proceder de los funcionarios que autorizan contrataciones, sin apego a lo dispuesto en el artículo 37 de la LEFP. Lamentablemente, nos encontramos ante una Administración Pública llena de grandes improvisaciones de tipo organizacional, campo idóneo para que la contratación siga proliferando en la forma actual. Hay que buscar y revisar las experiencias foráneas para contribuir a una solución.

En el campo jurisprudencial, es necesaria una revisión de los preceptos relativos a la competencia de los tribunales laborales. Extender, la tesis de la “estabilidad provisional” sería un buen inicio en favor de los contratados en ejercicio de verdaderas funciones públicas de carrera.

Necesitamos que nuestro poder judicial, el cual tampoco escapa de la provisionalidad y precariedad, cuente con profesionales formados en la áreas que deciden, que sus titulares gocen una verdadera autonomía a la hora de tomar decisiones que no complazcan las acciones irregulares de los cuerpos burocráticos de la Administración. Es necesario que nuestro Poder Judicial cuente con funcionarios idóneos, con formación y experticia en el campo de su jurisdicción y con salarios cónsonos con la responsabilidad de sus funciones. Es necesario que cuente con funcionario que gocen de estabilidad y no de la precariedad que le supone su condición de provisorios.

Las ideas precedentes, no representan fórmulas mágicas que solucionarían la situación de la inseguridad jurídica de los contratados de la Administración Pública, nada más lejos de eso es mi aspiración. Simplemente son algunas aportaciones que buscan contribuir –en la medida de lo posible– en el diseño de ideas para la solución de esta problemática. Han transcurrido veintitrés años de la entrada en vigencia de la actual Constitución y veinte años de la promulgación de la LEFP, y lamentablemente, la situación actual de los contratados de la Administración Pública nos sigue dejando una triste sensación, nos sigue preocupando y sigue estando presente en nuestra realidad. Hay que buscar nuevas alternativas ante esta situación, de lo contrario, todo este tiempo transcurrido supone que hemos arado en el mar.

# COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

ENERO – JUNIO 2020

Iván D. Paredes Calderón y Mileimi Morales

RDF, N° 29 (2020): 113-146

## SUMARIO

**I. Funcionarios públicos.** 1. Tipos: carrera y libre nombramiento y remoción. A. Libre nombramiento y remoción. 2. Régimen funcional de los jueces. 3. Régimen aplicable al personal del Instituto Postal Telegráfico De Venezuela (I.P.O.S.T.E.L.)

**II. Derechos de los funcionarios públicos.** 1. Permisos y licencias. 2. Pago de prestaciones sociales. 3. Otros beneficios laborales. A. Indexación sobre prestaciones sociales.

**III. El sistema de administración de personal.** 1. Delegación de funciones en materia de administración de personal. 2. Reducción de personal.

**IV. Situaciones pasivas de los funcionarios públicos.** 1. La jubilación. A. Jubilación de funcionarios del C.I.C.P.C. B. Requisitos para el otorgamiento de la jubilación. C. Jubilación frente a la potestad disciplinaria. D. Elementos integrantes de la pensión de jubilación. E. Imposibilidad del disfrute de dos jubilaciones simultáneas.

**V. Protección a la maternidad y paternidad en la función pública.** 1. Régimen general. 2. La protección paternal.

**VI. Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos.** 1. Causales de destitución. A. Vía de hecho en materia de función pública. 2. Principio de proporcionalidad.

**VII. Procedimiento administrativo disciplinario.** 1. Debido proceso. 2. Presunción de inocencia.

**VIII. El acto administrativo en materia de función pública.** 1. Eficacia de los actos administrativos. 2. Notificación de actos administrativos a funcionarios suspendidos.

**IX. El contencioso administrativo funcional.** 1. Pretensiones. A. Pago de sueldos dejados de percibir. 2. La querrela. A. Lapso de interposición de la querrela. B. El expediente administrativo en el contencioso funcional. 3. Competencia. A. Actos de la comisión judicial.

## **X. El amparo constitucional en materia de función pública.** Amparo constitucional en materia de función pública frente a la pandemia por COVID-19.

### **I. FUNCIONARIOS PÚBLICOS**

#### **1. TIPOS: CARRERA Y LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN**

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*11 de febrero de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2013-000387*

*Sentencia N°: 2020-000018*

*Caso: María Gabriela Parés Barrios Vs. Contraloría Municipal del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda*

*Ponente: Freddy Vásquez Bucarito*

De las normas estudiadas se desprende que a la luz de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley del Estatuto de la Función Pública todos los funcionarios públicos se rigen por sus propias normas sobre carrera administrativa en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado suspensión retiro, sistemas de remuneración estabilidad y régimen jurisdiccional. Así, se han establecido mecanismos tendientes a depurar la subvertida estructura funcional que otrora soportó nuestro sistema jurídico en torno a los cargos de la administración pública en relación a su ingreso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración estabilidad y régimen jurisdiccional.

Es por ello que nuestra legislación ha establecido los mecanismos de ingreso a la carrera administrativa, separando bajo parámetros obtenidos de manera objetiva los supuestos que definen y regulan a los funcionarios de carrera como a los de libre nombramiento y remoción. Es decir separar la naturaleza y efectos que se desprenden de dichos cargos.

A raíz de ello, el propio texto Constitucional prevé la carrera administrativa como la regla en los cargos de la Administración Pública, mientras que la excepción resultan los denominados cargos de libre nombramiento y remoción. Se debe indicar además que en la clasificación de los cargos de libre nombramiento y remoción deben distinguirse los funcionarios de confianza de los de alto nivel, ya que mientras los segundos dependen de su ubicación en la estructura organizativa referidos de forma expresa taxativa en el artículo 20 de la Ley del estatuto de la Función Pública, los primeros atienden exclusivamente a las funciones que puedan ejercer conforme al artículo 21 eiusdem. En este contexto, se debe aclarar que el elemento mediante el cual se califica un cargo de confianza son los que ejerce el funcionario que ostenta el cargo y no por la naturaleza del órgano o por el carácter confidencial de la información que maneje.

## A. LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*11 de febrero de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2013-000387*

*Sentencia N°: 2020-000018*

*Caso: María Gabriela Parés Barrios Vs. Contraloría Municipal del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda*

*Ponente: Freddy Vásquez Bucarito*

Del mismo modo es menester señalar que no es suficiente que un cargo sea determinado como de alto nivel o confianza, sino que el mismo debe referirse a cargos cuyo nivel de jerarquía y su ubicación jerárquica dentro de la organización administrativa o cuyas funciones según sea el caso, determinen que al cargo se le pueda atribuir dicha naturaleza de manera de demostrar objetivamente tal condición pues no es suficiente para clasificar un cargo como de confianza, la sola clasificación como tal toda vez que dicha mención no determina que sea efectivamente de libre nombramiento y remoción sino que se trata de una clasificación de la Administración a los funcionarios de libre nombramiento, así como al personal obrero y contratado, los cuales se deben considerar en principio como ajenos a la función pública. Siendo que, los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción a los cargos de carrera, no puede aplicarse sobre los mismos interpretación extensiva alguna sino al contrario la interpretación debe ser restrictiva o en el mejor de los casos taxativa y en tal sentido debe determinarse la tipicidad del cargo que se ejerce en la norma en la norma que lo considera de libre nombramiento y remoción.

Así, en los términos del ya reseñado artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, la Administración debe demostrar que las funciones ejercidas por el funcionario afectado por la clasificación de su cargo de confianza, efectivamente requieren de un alto grado de confidencialidad y que estas son ejercidas en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros o viceministras de los directores o sus equivalentes; o que se encuentran dentro de las especificadas en la norma. No basta señalar de manera genérica que el funcionario ejercía funciones consideradas por la Administración como de confianza, sin establecer en qué consiste tal confidencialidad o señalar que el cargo estaba adscrito una Dirección determinada del Órgano por tanto corresponde a la Administración, definir y demostrar la actividad del funcionario de forma concreta, específica o individualizada al cargo tal como lo ha sostenido este Juzgado Nacional en reiteradas decisiones.

## 2. RÉGIMEN FUNCIONARIAL DE LOS JUECES

*Sala Político Administrativa*

*29 de enero de 2020*

*Expediente N°: 2009-0575*

*Sentencia N°: 00035*

*Caso: Flor María Torres Villasana Vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial*

*Ponente: Marco Antonio Medina Salas*

Respecto al alegato de que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial incurrió en el vicio de incompetencia de extralimitación de atribuciones y violentó el principio de la autonomía e independencia de la función jurisdiccional, cabe destacar que el acto administrativo impugnado emanó de la extinta Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, por lo que cabe precisar que la misma es un órgano colegiado creado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 36.857 del 27 de diciembre de 1999, reimpresso en la referida Gaceta número 36.920 del 28 de marzo de 2000. (Vid., sentencia de esta Sala número 01343 del 1° de diciembre de 2016).

Dicha Comisión asumió las competencias de gobierno, administración, inspección y vigilancia de los tribunales, defensorías públicas y demás funciones asignadas al extinto Consejo de la Judicatura, así como la atribución disciplinaria judicial, ello hasta tanto este Máximo Tribunal organizara la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y la Asamblea Nacional aprobara la legislación que determinara los procesos y tribunales disciplinarios, de conformidad con lo establecido en los artículos 22, 24 y 28 del mencionado Decreto.

Posteriormente, de acuerdo a la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial dictada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 2 de agosto de 2000, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 37.014 del 15 de agosto de 2000, se creó la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, órgano que asumió las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, permaneciendo la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial en ejercicio de la competencia disciplinaria judicial (vid., sentencias números 00769 y 00972, dictadas por esta Sala el 2 de julio y el 13 de agosto de 2008, respectivamente).

Luego, el 6 de agosto de 2009 fue publicado el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana en la Gaceta Oficial de la República Boliva-

riana de Venezuela número 39.236, el cual en su artículo 1° dispone que su objeto es “establecer los principios éticos que guían la conducta de los jueces y juezas de la República, así como su régimen disciplinario (...)”. (Negrillas de la Sala).

En ese sentido, resulta necesario traer a colación los artículos 39, 40, 42 y 82 del aludido Código, los cuales disponen lo siguiente:

“Artículo 39. Los órganos que (...) tienen la competencia disciplinaria sobre los jueces o juezas de la República, son el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial, los cuales conocerán y aplicarán en primera y segunda instancia, respectivamente, los procedimientos disciplinarios por infracción a los principios y deberes contenidos en este Código (...)”.

“Artículo 40. Corresponde al Tribunal Disciplinario Judicial, como órgano de primera instancia, la aplicación de los principios orientadores y deberes en materia ética (...). En este orden el Tribunal ejercerá las funciones de control durante la fase de investigación; decretará las medidas cautelares procedentes; celebrará el juicio; resolverá las incidencias que puedan presentarse; dictará la decisión del caso; impondrá las sanciones correspondientes y velará por la ejecución y cumplimiento de las mismas”.

“Artículo 42. Corresponde a la Corte Disciplinaria Judicial, como órgano de alzada, conocer de las apelaciones interpuestas contra decisiones ya sean interlocutorias o definitivas (...)”.

“Artículo 82. Dentro de los cinco días siguientes, el Tribunal Disciplinario Judicial publicará el texto íntegro de la decisión. Esta decisión podrá ser apelada ante la Corte Disciplinaria Judicial (...)”.

De las referidas normas se desprenden tres (3) aspectos importantes, a saber: i) Se previó la creación del Tribunal Disciplinario Judicial y de la Corte Disciplinaria Judicial; ii) El legislador dispuso expresamente que el ejercicio de la competencia disciplinaria judicial detentada por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, le será atribuida en primera y segunda instancia a los mencionados Tribunales Disciplinarios y iii) La impugnación de las decisiones de naturaleza disciplinaria que afecten a los Jueces y Juezas de la República se garantiza a través del ejercicio del recurso ordinario de apelación. (Vid., sentencia de esta Sala número 01275 del 12 de diciembre de 2018).

Como complemento de lo anterior, resulta necesario hacer referencia a las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda del Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana, las cuales establecen, lo siguiente:

“Régimen Transitorio

Primera. A partir de la entrada en vigencia del presente Código, y una vez constituido el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial cesará en el ejercicio de sus competencias y, en consecuencia, las causas que se encuentren en curso se paralizarán y serán remitidas al Tribunal Disciplinario Judicial.

Una vez constituido e instalado el Tribunal Disciplinario Judicial, éste procederá a notificar a las partes a los fines de la reanudación de los procesos.

Segunda. Los procedimientos en curso se tramitarán conforme a las siguientes pautas:

1. Causas en que se encuentren en sustanciación o estado de sentencia. Las causas que se encuentren en sustanciación o en estado de sentencia ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, serán decididas por la misma (...)."

De lo anterior, se colige que el legislador previó un régimen de transitoriedad, del cual se desprende que hasta tanto se constituyeran e instalaran el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial se mantendría en el ejercicio de la competencia disciplinaria atribuida por el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público y la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial. (Vid., sentencia de esta Sala número 559 del 17 de mayo de 2017).

Así pues, visto que para la fecha en que fue dictada la decisión impugnada (28 de marzo de 2008) aun no había sido publicado el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana (6 de agosto de 2009) y por tanto no se había constituido el Tribunal Disciplinario Judicial, el cual comenzó su funcionamiento efectivo el 16 de septiembre de 2011, considera esta Sala que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial era el órgano competente para pronunciarse sobre la responsabilidad disciplinaria de los jueces para ese entonces. Así se declara.

En ese sentido, esta Sala en reiteradas oportunidades ha señalado que el examen de la disciplina de los jueces incluye en muchas ocasiones la revisión de aspectos jurisdiccionales, lo cual debe hacerse atendiendo al caso concreto y abstrayendo la conducta cuestionada de los hechos y del derecho planteados en sede jurisdiccional, para determinar si la misma está incurso en alguna de las causales disciplinarias establecidas en el ordenamiento legal, todo ello a los fines de no invadir su ámbito jurisdiccional. (Vid. decisiones números 00618 y 00424 del 13 de mayo de 2009 y 4 de julio de 2017, respectivamente).

De lo anterior se concluye que la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial tiene la potestad de revisar las actuaciones de los jueces y juezas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, siempre que éstas se vinculen de manera directa con las causales que dieron lugar a la imposición de la o las sanciones. Ello, por cuanto pasar por alto este tipo de conductas “(...) alejaría al propio órgano encargado de su función esencial, pues aun cuando pueden ser resueltas las fallas jurisdiccionales cometidas por el juez a través de la alzada respectiva, quedaría este funcionario judicial exento de las sanciones pertinentes y que solamente podrían provenir, en este caso, de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial”. (Vid., sentencia número 00933 dictada por esta Sala el 29 de julio de 2004).

### 3. RÉGIMEN APLICABLE AL PERSONAL DEL INSTITUTO POSTAL TELEGRÁFICO DE VENEZUELA (I.P.O.S.T.EL.)

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*  
27 de febrero de 2020

*Expediente N°: 2019-594*

*Sentencia N°: 2020-000048*

*Caso: Arnaldo Nazario Rosas Pérez Vs. Instituto Postal Telegráfico (I.P.O.S.T.E.L.)*

*Ponente: Marvelys Sevilla Silva*

Dentro de este contexto, el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL) de acuerdo con la Ley de su creación tendrá personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional, estará adscrito al Ministerio de Infraestructura y gozará de las prerrogativas que acuerda al Fisco Nacional el Título Preliminar de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional.

Ello así, esta Instancia Jurisdiccional estima pertinente el análisis de la Ley de creación del Instituto Postal Telegráfico de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.398 Extraordinario del 26 de octubre de 1999, la cual, establece en su artículo 34, que:

“Artículo 34.- Los trabajadores del Instituto no serán considerados como empleados públicos y al efecto se registrarán por la Ley del Trabajo y su Reglamento”.

De la cita anterior concluye esta Instancia Decisora, que estableció el Legislador que los trabajadores del Instituto no serán considerados como empleados públicos y al efecto se registrarán por la Ley del Trabajo y su Reglamento; ocurriendo, que al sujetar el legislador a los trabajadores del Instituto Postal Telegráfico de Venezuela a la legislación común, a juicio de esta Sede Jurisdiccional, no contraría ningún principio, valor o normativa constitucional o derecho fundamental; siendo, que tal sujeción, obedece a las particularida-

des propias de la prestación de la labor en dicho campo de comunicaciones postales y telegráficas.

En referencia al presente tema, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia N° 00045 de fecha 22 de enero de 2002, caso: César León Blanco, estableció en relación con la competencia para conocer de las reclamaciones de los trabajadores del Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL), que: "...se observa que los empleados del Instituto Postal Telegráfico de Venezuela 'se regirán por la Ley del Trabajo y su Reglamento', por lo que, dichos empleados se encuentran excluidos del campo de aplicación de la Ley de Carrera Administrativa (...) Visto lo anterior advierte la Sala que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo debió al realizar el análisis de la competencia para conocer del presente caso, atender a la normativa aplicable al Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL), y no al criterio material como lo hizo, toda vez que dicha normativa es de aplicación preferente (...) debe esta Sala declarar competente para conocer del presente caso a los Tribunales del Trabajo, a efecto de que sigan sustanciando el proceso y se decida el recurso contencioso-administrativo de anulación interpuesto conjuntamente con acción de amparo constitucional y medida cautelar innominada provisionalísima y subsidiariamente solicitud de suspensión de efectos contra el acto administrativo de efectos particulares contenido en el Oficio N° 360 de fecha 4 de mayo de 2001 dictado por el Presidente del Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL)...". (Resaltado agregado).

Así, se observa, que el Instituto Postal Telegráfico de Venezuela (IPOSTEL), consagró en su ley de creación, específicamente en su artículo 34, que los trabajadores a su cargo no serían considerados como empleados públicos y al efecto se regirán por la Ley del Trabajo y su Reglamento; por ello, sus empleados no pueden ostentar la condición de funcionarios públicos; razón por la cual, las controversias que surjan entre los trabajadores y el referido Instituto deberán ser dirimidas a la luz de la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento y no mediante la Ley del Estatuto de la Función Pública.

## II. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

### 1. PERMISOS Y LICENCIAS

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*11 de febrero de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2013-000387*

*Sentencia N°: 2020-000018*

*Caso: María Gabriela Parés Barrios Vs. Contraloría Municipal del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda*

*Ponente: Freddy Vásquez Bucarito*

Al respecto, es idóneo señalar con referencia a la consignación de los certificados de incapacidad, lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública en su artículo 26 que los "...funcionarios o funcionarias al servicio de la Administración Pública tendrán derecho a los permisos y licencias que se establezcan en los reglamentos de es[a] Ley, los cuales pueden ser con goce de sueldo o sin él y de carácter obligatorio o potestativo"; del mismo modo conforme el artículo 55 del Reglamento General de Carrera Administrativa, "[c]uando por circunstancias excepcionales no le sea posible al funcionario solicitar el permiso, dará aviso de tal situación a su superior inmediato a la brevedad posible; al reintegrarse a sus funciones justificará por escrito su inasistencia y acompañará, si fuere el caso, las pruebas correspondientes". (Corchetes y negritas de este Juzgado).

De dichas normas se desprende en primer lugar el derecho de todo funcionario a gozar de los permisos y licencias de acuerdo a lo que pauten el reglamento de dicha ley y que, si al funcionario se le imposibilita solicitar permiso por circunstancias excepcionales, deberá i) informar a su superior de las razones de su ausencia a la brevedad posible y ii) demostrar o justificar las mismas con los instrumentos probatorios correspondientes. (Vid. Sentencia N° 915, del 9 de junio de 2011, emanada de este Juzgado).

## 2. PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

*Juzgado Nacional Primero de lo Contencioso Administrativo*  
*20 de febrero de 2020*

*Expediente N°: 2019-356*

*Sentencia N°: 2020-0041*

*Caso: Carlos Julio Gámez Contreras Vs. Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (S.E.B.I.N.)*

*Ponente: Emilio Ramos González*

Con respecto a lo anterior, estima conveniente este Juzgado Nacional resaltar el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece lo siguiente:

"Artículo 92. Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los ampare en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. ...". (Resaltado de este Juzgado). La citada norma destaca que, cuando se rompe el vínculo funcional con la Administración, emerge la obligación para esta última de hacer efectivo el pago de las prestaciones sociales, derecho que se engloba dentro de los derechos sociales que tiene todo trabajador, funcionario público o no, como recompensa al trabajo por los servicios prestados. Las prestaciones sociales se originan en el ámbito de la relación laboral y, al ser considerado como un

derecho social enmarcado dentro de nuestra Lex Fundamental y desarrollado por las leyes, debe ser suficientemente garantizado por el Estado, de manera que no se ejecuten actos tendentes a menoscabar el ejercicio de tal derecho constitucional.

En torno al tema, es menester señalar que conforme a lo establecido en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las prestaciones sociales son un derecho social irrenunciable que le corresponden a todo funcionario o trabajador, sin distingo alguno, al retirarse o ser retirado del servicio activo.

Dentro de esta perspectiva, debe destacar este Órgano Jurisdiccional que el pago de las prestaciones sociales efectuado al querellante, no puede entenderse como una manifestación de conformidad del funcionario con la forma en que fue retirado de la Administración (cese en sus funciones), por cuanto ello supondría en criterio de este Juzgado, la renuncia del recurrente al derecho de acceder a los Órganos de Administración de Justicia, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 26 de la Constitución, en reclamo de sus derechos como lo son el derecho al trabajo y a la estabilidad.

Estos derechos le permiten al funcionario una vida digna y productiva, y le garantizan una estabilidad en su medio de subsistencia, creándole seguridad y confianza sobre el futuro, pues, se trata de la satisfacción de una necesidad fundamental de la vida como lo es el trabajo, el cual está íntimamente relacionado con el desarrollo de la personalidad. De manera tal, que mal puede pretender el órgano recurrido otorgarle al pago de prestaciones sociales realizado al recurrente la consecuencia de conformidad con la terminación de la relación funcional “cese en sus funciones”, pues con ello se estaría convalidando un acto viciado de nulidad (acto recurrido), mediante el cual se retiró al querellante en detrimento de su estabilidad funcional.

De modo que nuestros máximos tribunales se han pronunciado de manera pacífica y reiterada afirmando que el pago de las prestaciones sociales constituyen un hecho irrelevante a los efectos del fondo de la cuestión planteada, puesto que dicho pago no puede tener efecto procesal respecto a la pretensión del recurso de nulidad o de la querrela, en todo caso, acordada la nulidad del acto impugnado y la reincorporación del funcionario, las sumas de dinero recibidas por el trabajador deben ser imputadas a un adelanto de prestaciones sociales.

*Juzgado Nacional Primero de lo Contencioso Administrativo*

*13 de febrero de 2020*

*Expediente N°: 2019-494*

*Sentencia N°: 2020-0023*

*Caso: Elizabeth Yrua Laurenat Torres Vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM)*

*Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño*

Sobre el particular, este Órgano Jurisdiccional ha señalado en forma reiterada y pacífica que en virtud del egreso del funcionario de la Administración Pública, procede el pago inmediato de sus prestaciones sociales; de lo contrario, el retardo en dicho pago generará los intereses moratorios a que se refiere el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone expresamente que:

(...omissis...)

De la norma constitucional citada, dimana de manera precisa que las prestaciones sociales constituyen créditos laborales de exigibilidad inmediata, y que el retardo en su pago genera el derecho al pago de intereses moratorios, de manera que, una vez llegado el término de la relación laboral o funcional de que se trate, nace el derecho del funcionario o trabajador a que se le cancele de manera inmediata el monto que le corresponde por concepto de prestaciones sociales generado por el tiempo de servicio.

### 3. OTROS BENEFICIOS LABORALES

#### A. INDEXACIÓN SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*11 de febrero de 2020*

*Expediente N°: 2019-585*

*Sentencia N°: 2020-000031*

*Caso: Beatriz Navarro de Rengifo Vs. Universidad Nacional Abierta (U.N.A).*

*Ponente: Igor Enrique Villalón Plaza*

No obstante lo anterior, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 517, de fecha 8 de noviembre de 2018, caso Nieves del Socorro Pérez de Agudo, se pronunció sobre la corrección monetaria o indexación en los siguientes términos:

(...omissis...)

Del criterio judicial anteriormente transcrito, se desprende que debido a la realidad económica actual de la nación, que afecta el valor de nuestra moneda de curso legal y que impacta de forma directa en su poder adquisitivo, las distintas Salas de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, paulatinamente han acogido como criterio la necesidad de indexar de oficio las cantidades adeudadas, sin incluir los respectivos intereses moratorios que puedan generarse por el retardo en el pago, otorgando justicia a quienes acuden a los tribunales con el fin de que no quede ilusoria la ejecución del fallo, toda vez que el problema inflacionario que aqueja la economía nacional ha dejado de ser un

problema de orden privado, a un problema de orden público, siendo esta la justificación principal para instruir a los jueces nacionales a decretar de oficio la indexación judicial, y de esta forma otorgar justicia a quienes acuden a los órganos jurisdiccionales solicitando una solución.

Ello así, esta Juzgado conforme a lo expresado por la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 517, de fecha 8 de noviembre de 2018 ordena la aplicación de la corrección monetaria, la cual deberá ser calculada desde la fecha en que interpuso la presente querrela hasta la fecha de ejecución de la sentencia, entendida como la fecha del efectivo pago, excluyendo únicamente el lapso en que el proceso haya estado suspendido por acuerdo de las partes o paralizado por motivos no imputables a ellas, es decir, caso fortuito o fuerza mayor. Para lo cual, el Tribunal de Primera Instancia al momento de la ejecución solicitará al Banco Central de Venezuela un informe sobre el índice inflacionario acaecido en el país entre dicho lapso, a fin de que este índice se aplique sobre el monto que en definitiva corresponda pagar a la ciudadana Beatriz Navarro De Rengifo. Así se declara.

### III. EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

#### 1. DELEGACIÓN DE FUNCIONES EN MATERIA DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

*Juzgado Nacional Primero de lo Contencioso Administrativo*  
*13 de febrero de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2009-001513*

*Sentencia N°: 2020-0030*

*Caso: Belarmino Márquez Díaz Vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda*

*Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño*

Una vez analizados los elementos antes descritos, observa este Juzgado Nacional que no existe impedimento legal alguno para la delegación de funciones en cuanto a la administración de personal se refiere, por parte del Alcalde hacia los funcionarios que estén a su cargo y bajo su dependencia, según lo previsto en el artículo 34 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (omisis), el cual prevé la facultad para la delegación de funciones y el artículo 35 eiusdem que establece las limitaciones de la delegación interorgánica, dentro de las cuales no se encuentra la imposibilidad de delegación de las atribuciones en materia de administración de personal.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal tampoco establece limitación alguna para la delegación de las atribuciones en materia de

administración de personal, otorgadas al Alcalde o Alcaldesa en el numeral 7 del artículo 88 de la referida Ley.

## 2. REDUCCIÓN DE PERSONAL

*Juzgado Nacional Primero de lo Contencioso Administrativo*

*11 de marzo de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2017-000269*

*Sentencia N°: 2020-0054*

*Caso: Adriana María Arrechdera Palacios Vs. Junta Supresora del Ministerio del Poder Popular para Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda hoy Ministerio del Poder Popular para Ecosocialismo y Aguas*

*Ponente: Hermes Barrios Frontado*

Ahora, es importante acotar que la supresión de un Órgano de la Administración Pública, viene precedido de una reducción de personal, la cual se encuentra sujeta a una serie de formalidades legales, constituyendo esto el debido proceso administrativo, el cual es de obligatorio cumplimiento para la administración.

El procedimiento legalmente establecido para llevar a cabo una reducción de personal, se encuentra contemplado en el artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública en concordancia con los artículos 118 y 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, los cuales establecen lo siguiente:

(...omissis...)

Con relación al debido proceso a los fines de llevar a cabo una reducción de personal, resulta necesario traer a colación lo establecido en la sentencia N° 03-463 dictada por este Juzgado Nacional Primero Contencioso Administrativo de la Región Capital en fecha 19 de febrero de 2003, la cual reiteró el criterio pacífico sostenido por la misma anteriormente, en sentencia N° 02-2232 del 14 de agosto de 2002.

De lo anteriormente mencionado, tenemos que la reducción de personal obedece a uno de los cuatro motivos i) limitaciones financieras; ii) reajustes presupuestarios; iii) modificación de los servicios y iv) cambios en la organización administrativa, para lo cual se requiere como requisito ineludible la aprobación previa del Concejo de Ministros.

En ese contexto, cabe acotar que el retiro de un funcionario público fundamentado en la reducción de personal, es un procedimiento administrativo constitutivo integrado por una serie de actos como i) elaboración del informe motivado del organismo que justifique la medida, ii) presentación de la solicitud, iii) aprobación por parte del Concejo de Ministros, y finalmente remoción y retiro del funcionario si no se logra su reubicación, es decir que, para

que los retiros sean validos debe cumplirse con el procedimiento establecido en el artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Publica y los artículos 118 y 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.

#### IV. SITUACIONES PASIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

##### 1. LA JUBILACIÓN

###### A. JUBILACIÓN DE FUNCIONARIOS DEL C.I.C.P.C.

*Juzgado Nacional Primero de lo Contencioso Administrativo*

*29 de enero de 2020*

*Expediente N°: 2019-160*

*Sentencia N°: 2020-0014*

*Caso: Pedro José Requena Navarro Vs. Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales Y Criminalísticas (C.I.C.P.C.)*

*Ponente: Emilio Ramos González*

Al respecto, resulta necesario para este Juzgado, traer a colación el contenido de los artículos 7, 10 y 12 del Reglamento de Jubilaciones para los funcionarios que prestan servicios en el Cuerpo de Investigaciones, Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC), dictado mediante Decreto 2.734 de fecha 31 de enero de 1989, y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Número 34.149 de fecha 1 de febrero de 1989, que establece el procedimiento para tramitar las jubilaciones y pensiones de quienes prestan servicio en el referido organismo. En este sentido, se observa que dicho Reglamento establece lo siguiente:

(...omissis...)

Según los artículos anteriormente citados, el funcionario del hoy Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, podría adquirir el beneficio de jubilación por dos vías, a saber, i) al ser otorgada de oficio por la Administración, al funcionario que haya cumplido en la prestación de servicio un tiempo de treinta (30) años y ii) la que es solicitada por el funcionario a la Administración, siempre que éste haya prestado servicios por un tiempo mínimo de veinte (20) años. Así, se entiende que la primera, supone una actividad unilateral por parte de la Administración, al evidenciar que el funcionario ha cumplido con el requisito de tiempo de servicio señalado anteriormente; mientras que la segunda, supone la existencia de una solicitud previa, formulada por el funcionario que desea obtener el beneficio, siempre que éste cuente con el tiempo mínimo de prestación de servicio.

No obstante lo anterior, este Juzgado considera imperioso señalar que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia Nro.

168, del 7 de abril de 2017, interpretó la aplicación del referido articulado, dejando establecido el siguiente criterio:

(...omissis...)

De acuerdo al criterio jurisprudencial ut supra transcrito, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas se encuentra facultado para otorgar de oficio la jubilación por tiempo mínimo, siempre y cuando acuerde el pago máximo de la correspondiente pensión, ello en resguardo de la esfera de derechos del funcionario y de la potestad organizativa del Estado en el manejo del personal.

## **B. REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA JUBILACIÓN**

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*28 de enero de 2020*

*Expediente N°: 2019-243*

*Sentencia N°: 2020-000011*

*Caso: Yuveira María Guevara Pacheco Vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (S.E.N.I.A.T.)*

*Ponente: Marvelys Sevilla Silva*

Del criterio parcialmente transcrito se colige que, no obstante el legislador haber establecido una serie de requisitos que deben concurrir para que los trabajadores y las trabajadoras puedan hacerse acreedores del derecho a la jubilación, estableciendo como límite de edad, en el caso de los hombres 60 años y 55 años en el de las mujeres, sin embargo, las interpretaciones que se hagan en relación al derecho de jubilación deben garantizar la protección de aquellas personas que han entregado su vida productiva al Estado, así, por ejemplo, si un trabajador para el momento de su retiro de la Administración Pública ha cumplido con la prestación del servicio por un mínimo de 25 años, pudiera hacerse acreedor del derecho a la jubilación, al sumarle los años de servicio en exceso, a los años de edad para obtener tal beneficio.

## **C. JUBILACIÓN FRENTE A LA POTESTAD DISCIPLINARIA**

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*28 de enero de 2020*

*Expediente N°: 2019-243*

*Sentencia N°: 2020-000011*

*Caso: Yuveira María Guevara Pacheco Vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (S.E.N.I.A.T.)*

*Ponente: Marvelys Sevilla Silva*

Ahora bien, aprecia ésta Alzada que el Juzgado de instancia declaró la nulidad absoluta la Resolución N° SNAT/DDS/ORH/2017-E-003895 de fecha 31

de julio de 2017, con base en la doctrina de la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal por quebrantamiento del orden constitucional, toda vez que la jubilación es un derecho que debe privar sobre cualquier tipo de sanción como la remoción, retiro y/o destitución; en ese sentido, este Juzgado Nacional Segundo sostiene, que si bien es cierto la jubilación es un beneficio que conteste con la doctrina en materia de seguridad social de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, priva sobre cualquier acto de remoción o retiro, no es menos cierto que tal razón no óbice (sic) por sí misma para declarar la nulidad de actos administrativos.

En refuerzo a lo anterior se tiene que la nulidad de todo acto administrativo procederá cuándo: 1) dichos actos posean en sus elementos constitutivos un vicio que de pie a su nulidad absoluta; 2) cuando esa nulidad este expresamente determinada por alguna norma de carácter constitucional o legal; 3) cuando estos resuelvan casos anteriormente decididos con carácter definitivo que haya creado derechos particulares; 4) cuando su contenido sea de imposible ejecución, y 5) cuando hayan sido dictados por autoridades manifiestamente incompetentes o con prescindencia total del procedimiento legalmente establecido. Por lo cual, advierte ésta Alzada que el Iudex A quo erró al declarar la nulidad de la Resolución N° SNAT/DDS/ORH/2017-E-003895 de fecha 31 de julio de 2017, por medio de la cual se retira y remueve a la ciudadana Yuveira Guevara del cargo de Profesional Aduanero y Tributario Grado 12.

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*27 de febrero de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2018-000213*

*Sentencia N°: 2020-000040*

*Caso: Manuel Eduardo Carabaño Campos Vs. Instituto Nacional de Transporte Terrestre (I.N.T.T.)*

*Ponente: Freddy Vásquez Bucarito*

Establecido lo anterior, considera pertinente este Órgano Colegiado traer a colación lo establecido en los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales indican lo siguiente:

(...omissis...)

De los artículos transcritos se desprende que el Estado venezolano se constituye en el guardián del pleno ejercicio de los derechos y garantías de los ciudadanos de la tercera edad. De igual modo se deriva de dicho articulado que toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de vejez.

Por otro lado, el artículo 8 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, establece lo siguiente:

(...omissis...)

Del artículo reseñado se desprende que los trabajadores podrán ser beneficiados con la jubilación cuando hubiesen cumplido como mínimo 25 años de servicio en la Administración Pública y tengan la edad de 60 años en el caso de ser hombre y 55 años si es mujer, o cuando con cualquier edad, contasen con 35 de servicio. De la misma manera, se deduce que la jubilación y la pensión de vejez constituyen derechos adquiridos, los cuales no son renunciables, ni podrán ser suspendidos bajo ningún motivo.

Ahora bien, de la revisión de los medios de prueba contenidos en autos se observa que el ciudadano Manuel Eduardo Carabaño Campos, al momento de su retiro y remoción contaba con 63 años de edad y con al menos 25 años de servicio en la Administración Pública, por lo que resulta notorio que el mismo cumple con los requisitos mínimos exigidos en ley para ser acreedor del beneficio de jubilación.

(...omissis...)

En atención a la referida consagración, es que considera esta Sala que debe realizar una interpretación ajustada y conforme a los principios e intereses constitucionales que debe resguardar el Estado Venezolano y por ende los órganos de administración de justicia, razón por la cual, se advierte y se exhorta a los órganos de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, que 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 aún 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”.

Del criterio jurisprudencial emanado de nuestro máximo tribunal, se desprende que el derecho a la jubilación es un beneficio o pensión que se le otorga a quienes prestan sus servicios al Estado como subsidio perenne e intransferible, para el sustento de su vejez, el cual se otorga previo a la cons-

tatación de los requisitos establecidos en la ley, como lo son la edad y un determinado tiempo de servicio dentro de la Administración Pública, y que además es un beneficio que priva sobre cualquier medio o mecanismo que desvincule al funcionario público con la Administración, por lo que debe ser garantizado un derecho adquirido de suma importancia como lo es la jubilación.

#### D. ELEMENTOS INTEGRANTES DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

*Juzgado Nacional Primero de lo Contencioso Administrativo*  
20 de febrero de 2020

*Expediente N°: AP42-R-2017-000821*

*Sentencia N°: 2020-0040*

*Caso: Esther Fernández Mendoza Vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación*

*Ponente: Emilio Ramos González*

En ese sentido, este Juzgado aprecia que en la sentencia objeto de apelación se estableció que de acuerdo con lo expresado en el artículo 15 de 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, la pensión de jubilación estará comprendida el sueldo básico mensual, la compensación de la antigüedad y servicio eficiente y las primas vinculadas a tales conceptos, siempre que esos conceptos sean percibidos por el funcionario de forma reiterada y continua.

Ello así, del análisis del referido artículo se evidencia que efectivamente, la pensión de jubilación que le corresponda a los funcionarios estará integrada además del sueldo base y las primas que se cancelen de acuerdo a ese sueldo, también por aquellos montos compensatorios que sean recibidos de manera reiterada y continua, llámese “compensación, bono o bonificación por servicio eficiente” o pudiendo tener otra calificación mediante el cual se recompensa la responsabilidad demostrada por el trabajador en el desempeño de sus labores, de acuerdo con el artículo 4 numeral 7 del ya mencionado Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Trabajadores y Trabajadoras de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal.

#### E. IMPOSIBILIDAD DEL DISFRUTE DE DOS JUBILACIONES SIMULTÁNEAS

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*  
27 de febrero de 2020

*Expediente N°: AP42-R-2017-000404*

*Sentencia N°: 2020-000030*

*Caso: Fredi León Grillet Vásquez Vs. Gobernación del Estado Carabobo*  
*Ponente: Igor Enrique Villalón Plaza*

Bajo este contexto, considera este Órgano Jurisdiccional traer a colación lo previsto en el artículo 45 del Reglamento de 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 los Municipios el cual establece que:

(...omissis...)

De la norma transcrita se desprende que no es compatible el goce simultáneo de dos jubilaciones, de dos pensiones o de una jubilación o de una pensión; en este sentido, cabe destacar que el sentenciador de instancia señaló en su fallo que de acuerdo a lo previsto en el artículo 14 de 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 los Municipios, aquellos funcionarios sin derecho a jubilación deberán percibir una pensión por incapacidad dependiendo de la imposibilidad que tenga para realizar sus labores habituales a causa de una enfermedad ocupacional o accidente de trabajo, y por lo tanto amerite ser separado de sus funciones, tal imposibilidad es determinada de acuerdo a lo previsto en el artículo 13 de la Ley del Seguro Social.

## V. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

### 1. RÉGIMEN GENERAL

*Juzgado Nacional Primero de lo Contencioso Administrativo*  
*13 de febrero de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2009-001513*

*Sentencia N°: 2020-0030*

*Caso: Belarmino Márquez Díaz Vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Miranda*

*Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño*

No obstante, es importante hacer referencia al hecho de que si bien es cierto que el ciudadano demandante ejercía un cargo de libre nombramiento y remoción, al momento de su remoción y retiro de la institución, la mujer con quien hace vida en común el demandante, conforme con la prueba documental que riel a folio 24 del expediente judicial, se encontraba en estado de gravidez al momento en que fue dictado dicho acto, el cual viola, a decir de la parte recurrente, el fuero paternal del cual se encontraba investido. Por ello, considera este Juzgado oportuno analizar la protección que conlleva el fuero por maternidad y paternidad estipulado en la Constitución de la Re-

pública Bolivariana de Venezuela. En ese sentido, cabe destacar que la figura de dicho fuero implica una obligación de parte del Estado, referente a la protección a la niñez y a la familia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual se consagra la protección a la maternidad y a la paternidad, garantizando la "...asistencia integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio...".

De esta manera, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela instauró un régimen de derecho de familia, el cual comporta una protección y asistencia integral a cada uno de sus integrantes, ubicando a la maternidad en un lugar preponderante, cuya defensa se ha convertido en un objetivo compartido por los Órganos que ejercen el Poder Público y uno de los fines del Estado Social de Derecho y Justicia en el cual se ha erigido la República Bolivariana de Venezuela, tal como se ha señalado anteriormente, siendo su conocimiento de orden público, por su naturaleza constitucional.

## 2. LA PROTECCIÓN PATERNAL

*Juzgado Nacional Primero de lo Contencioso Administrativo*

*13 de febrero de 2020*

*Expediente N°: 2019-463*

*Sentencia N°: 2020-0022*

*Caso: Héctor José Acosta Calderón Vs. Coordinación del Circuito Judicial de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de la Circunscripción Judicial del Estado Apure*

*Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño*

En efecto, el derecho de protección integral a la Paternidad consagrado en el artículo 76 del Texto Fundamental, es desarrollado por el legislador nacional en la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, cuyo objeto se encuentra precisado en el artículo 1° del referido texto normativo, en los términos siguientes:

(...omissis...)

Aunado a lo anterior es importante destacar, que en el presente nos encontramos con la novísima Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, para regular una situación nacida con anterioridad a su promulgación, a los efectos de la protección por fuero maternal, por lo que este Órgano Jurisdiccional encuentra pertinente citar lo decidido mediante sentencia N° 964 de fecha 16 de julio de 2013, (caso: Luis Alberto Matute), dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, donde en revisión constitucional de una decisión dictada por este Órgano Jurisdiccional estimó lo siguiente:

“[...] Sobre este particular, cabe hacer referencia a que la inamovilidad laboral por fuero paternal de la parte recurrente devino del nacimiento de su hijo el 14 de febrero de 2011, es decir con anterioridad a la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, razón por la cual, de conformidad con la legislación entonces aplicable (Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, publicada en la Gaceta Oficial N° 38.773 del 20 de septiembre de 2007), era en principio de un (1) año y culminaría el 14 de febrero de 2012, no obstante, la entrada en vigencia de la nueva Ley, si bien fue posterior a esta última fecha, es de aplicación inmediata y extendió el lapso de esta especial protección a la paternidad a dos (2) años. Sobre la aplicación temporal de la Ley, se ha pronunciado esta Sala en reiteradas ocasiones, tomando en consideración la prohibición constitucional de aplicar retroactivamente las disposiciones legales (vid sentencia N° 15 del 15 de febrero de 2005, caso Tomás Arencibia):

(...omissis...)

Considera la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que la nueva norma que amplía el lapso de inamovilidad laboral del padre es de aplicación inmediata y no se trata de una aplicación retroactiva, sino por el contrario, consecuencia directa de la eficacia de la Ley a partir del momento de su entrada en vigencia, en virtud de ampliar el lapso de inamovilidad laboral (vid. sentencia N° 1.650 del 31 de octubre de 2008, caso General Motors Venezolana C.A.), ya que si bien el hecho que originó la inamovilidad especial por paternidad ocurrió con anterioridad a la promulgación de la nueva ley, el hecho regulado por la norma es la protección a la paternidad hasta los dos (2) años posteriores al nacimiento, por lo que, al tratarse de una regulación de evidente orden público, no puede dejar de aplicarse en protección del trabajador y su hijo.

Por último, de data más reciente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 708 de fecha 14 de agosto de 2017, dictó un criterio vinculante donde establece los requisitos para demostrar que un trabajador se encuentra amparado por el fuero paternal, al respecto estableció lo siguiente:

“Ello así, en virtud de todo lo expresado con fundamento en lo dispuesto en el ordenamiento jurídico venezolano esta Sala establece: 1) Para la acreditación del fuero paternal, el trabajador deberá consignar acta de nacimiento ó la ficha de nacimiento con los datos de identificación del recién nacido, mediante los cuales se determina su condición de progenitor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 117 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes y 8 de la Ley Para la Protección de las Familias, la Maternidad y de la Paternidad; 2) No podrá beneficiarse del fuero paternal quien la alegue ante la presencia simultánea del matrimonio y del con-

cubinato o cualquier otra unión estable de hecho, pues se desnaturalizaría el objetivo de la institución de protección familiar de fuero paternal. Así se establece”.

## VI. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

### 1. CAUSALES DE DESTITUCIÓN

#### A. VÍA DE HECHO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*27 de febrero de 2020*

*Expediente N°: 2020-016*

*Sentencia N°: 2020-000051*

*Caso: Rocky Esmiere Rodríguez Suarez Vs. Consejo Disciplinario de la Región Oriental adscrita al Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C)*

*Ponente: Marvelys Sevilla Silva*

No obstante, las normas invocada, vale decir, numerales 6 y 10 del artículo 91 del Decreto con Rango Valor y; Fuerza de Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación con el numeral 6 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública contienen a su vez varias causales las cuales han sido definidas por la doctrina; resultando que en el presente caso es de ineludible citar lo que dicha doctrina y la jurisprudencia han definido, por ejemplo, como vías de hecho, injuria, conducta y inmoral en el trabajo a los fines de analizar las referidas conductas, a objeto de verificar que la actuación de la Administración estuvo ajustada a derecho, considera necesario partir del análisis de las normas invocadas por la Administración en el acto administrativo impugnado, a los fines de verificar si la misma se subsume al caso de marras y así desvirtuar la existencia o no del falso supuesto de hecho y de derecho.

Al respecto, vías de hecho, como causal de destitución de los funcionarios no debe ser confundida con otras figuras del mismo nombre que se configura cuando se dicta un acto administrativo sin procedimiento previo y violentando el derecho al debido proceso. Esa es la vía de hecho procedimental que nada tiene que ver con la vía de hecho como causal de destitución que consiste fundamentalmente en la utilización de la violencia por parte del funcionario, bien contra la institución a la cual se encuentra adscrito, bien contra sus mismos compañeros de labores, o incluso contra un administrador. Injuria, como causal de destitución abarca todos aquellos hechos, de palabras o por escrito, que tengan la finalidad de desacreditar en su honor y reputación a otros funcionarios públicos. La injuria debe cumplir con los

requisitos establecidos en el artículo 446 del Código Penal; y finalmente Conducta Inmoral en el Trabajo, se refiere a actividades de tipo sexual o de tipo higiénico. El funcionario que demuestre una actitud bochornosa, realizando actos sexuales en las dependencias oficiales, que se presente embriagado al sitio de trabajo o que estando en él se embriague. De igual manera quién utilice en todo momento un lenguaje soez, y vulgar con calificativos despectivos y groseros, y quién reiteradamente realice gestos impropios.

## 2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*  
27 de febrero de 2020

*Expediente N°: 2020-016*

*Sentencia N°: 2020-000051*

*Caso: Rocky Esmiere Rodríguez Suarez Vs. Consejo Disciplinario de la Región Oriental adscrita al Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C)*

*Ponente: Marvelys Sevilla Silva*

En este orden de ideas, es imperativo para esta Alzada aludir a uno (1) de los principios básicos del Derecho Administrativo Sancionatorio, aplicables al caso sub examine, a saber:

El principio de proporcionalidad, el cual supone que en todo régimen sancionatorio se establece una escala de sanciones atendiendo a la mayor o menor gravedad del incumplimiento del deber o al mayor o menor daño que produce la actuación u omisión del funcionario.

El principio de proporcionalidad limita el ejercicio de la potestad sancionatoria, pues la Administración antes de ejercer dicha potestad deberá evaluar la gravedad de la infracción a objeto de evitar que la sanción aplicable resulte desproporcionada y que además ésta se aleje sustancialmente de los objetivos de la propia actuación administrativa y de los fines perseguidos por el legislador.

## VII. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

### 1. DEBIDO PROCESO

*Juzgado Nacional Primero de lo Contencioso Administrativo*  
11 de marzo de 2020

*Expediente N°: 2019-563*

*Sentencia N°: 2020-0057*

*Caso: José Antonio Brito García Vs. Corporación de Salud del Estado Aragua (CORPOSALUD)*

*Ponente: Hermes Barrios Frontado*

El querellante alega que “no se le garantizó el derecho a la defensa y al debido proceso según el artículo 49 de la Constitución, no se le garantizó el derecho a ser oído, NO se le notificó del procedimiento administrativo, según el 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, no se le garantizó el acceso al expediente, NO LOGRO presentar pruebas en tiempo oportuno, debido a la falta de notificación. No contó en el procedimiento con la debida asistencia jurídica; NO se le informó sobre los recursos y medios de defensa que dispone sobre los actos administrativos;”.

Vale traer a colación lo establecido en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referente a los derechos a la defensa y al debido proceso; el cual dispone lo siguientes:

(...omissis...)

Del análisis de este precepto de la Lex Fundamentalís, se observa que el debido proceso se encuentra previsto como la garantía que tiene todo ciudadano, ante los órganos administrativos o judiciales competentes, comprensiva de un conjunto de derechos constitucionales procesales, sin los cuales, desde una óptica constitucional, el proceso no sería justo, razonable y confiable, permitiendo que todas las actuaciones se realicen en función de proporcionar una tutela judicial efectiva.

Para ello, la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino por el contrario, prevé la garantía de que cualquiera que sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos e intereses legítimos, las leyes procesales garanticen la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva, tal como lo ha establecido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en diversos fallos (Vid. Sentencia N° 810 de fecha 11 de mayo de 2005, caso: Carlos Galvis Hernández).

De manera que, es preciso señalar que el derecho al debido proceso se erige como el más amplio sistema de garantías previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues procura la obtención de una actuación judicial o administrativa, que en función de los intereses individuales y simultáneamente coherente con la protección y respeto de los intereses públicos, proporcione los mecanismos que sean necesarios para la protección de los derechos fundamentales.

Justamente, con relación al alcance del derecho constitucional al debido proceso y, singularmente, con relación a las hipótesis de infracción o violación de esta garantía constitucional, el Máximo Intérprete de la Constitución en Sentencia N° 926 de fecha 1° de junio de 2001 (caso: María de los Ángeles Hernández Villadiego y otros), criterio recientemente ratificado por la misma Sala mediante decisión N° 1189 del 25 de julio de 2011, caso: Zaide Ville-

gas Aponte, en el cual indicó con carácter general los supuestos violatorios de esta garantía constitucional adjetiva:

(...omissis...)

El debido proceso constituye un conjunto de garantías fundamentales que conllevan a la exigencia de un proceso legal en el cual se garantiza a los administrados, en las oportunidades previstas por la ley, ejercer plenamente su defensa, a los fines de su efectividad.

(...omissis...)

Se colige entonces que el derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que concordado con el derecho que otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas, toda vez que este derecho incluye el acceso al expediente para que la parte pueda tener conocimiento de la situación real que está siendo debatida en el proceso, y valerse de los medios probatorios para fundamentar su defensa.

De tal manera que se articula en el proceso instaurado –procedimiento- por ello, las garantías de ese debido proceso (ser oído, tener conocimiento de los hechos por los que se le investiga, ser notificados oportunamente del inicio de la investigación, de los actos que así lo ameriten, posibilidad de presentar alegatos y defensas, etcétera.), inciden directamente en el principio que garantiza que ningún individuo pueda ser juzgado a priori -pre-juzgamiento- es decir, sin los elementos procesales que coadyuvan a la búsqueda de la verdad procesal.

## 2. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*  
27 de febrero de 2020

*Expediente N°: AP42-R-2015-001138*

*Sentencia N°: 2020-000050*

*Caso: Delimer Yamaris Villegas Colmenares Vs. Superintendencia de la Actividad Aseguradora*

*Ponente: Marvelys Sevilla Silva*

Con respecto al referido argumento, vinculado a una supuesta violación a la presunción de inocencia, aducido por el querellante ya que a su decir no se valoro el acerbo probatorio este Juzgado considera pertinente destacar que el artículo 49, numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que:

(...omissis...)

Tal presunción garantiza a los ciudadanos la realización de un procedimiento previo para poder atribuirle la culpabilidad sobre algún hecho, en el cual puedan exponer sus alegatos y defensas que consideren pertinente para luego de que sea determinada la culpabilidad o no del imputado, pueda ser desvirtuada la presunción de inocencia si fuera el caso.

Así, en virtud del derecho a la presunción de inocencia una persona acusada de una determinada conducta antijurídica, no puede ser considerada culpable hasta que así lo declare una decisión condenatoria, la cual deberá estar precedida de un procedimiento suficiente para procurar su dimanación, lo que equivale a que su eventual condena sea objeto de una actividad probatoria suficiente. Esto implica, que pueda verificarse si ha existido la prueba de lo que racionalmente resulte, o pueda deducirse motivadamente de ella, el hecho o los hechos que desvirtúen la presunción, que el imputado pueda contradecir dichas pruebas, y que además hayan sido legalmente obtenidas. Este juzgado considera pertinente hacer mención a que este vicio denunciado por la recurrente es violado cuando la Administración cuando no realiza el debido procedimiento previo con el fin de verificar los hechos y proceder posteriormente a imponerle o no la sanción que corresponda.

## VIII. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

### 1. EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*11 de febrero de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2014-000682*

*Sentencia N°: 2020-000013*

*Caso: Juan Antonio Figueroa Acuña Vs. Gobernación Del Estado Bolivariano de Nueva Esparta*

*Ponente: Igor Enrique Villalón Plaza*

En efecto, se estimará que es válido todo acto administrativo que ha nacido conforme al ordenamiento jurídico vigente, por lo que la eficacia sólo se vinculará a la ejecutoriedad, a su fuerza ejecutoria, a la posibilidad de ponerlo inmediatamente en práctica.

En tal sentido, la notificación o publicación de los actos administrativos de efectos particulares o de efectos generales, según sea el caso, es una formalidad posterior a la emisión del acto, en razón de lo cual, sin el previo cumplimiento de la publicidad o notificación respectivamente, el acto administrativo podrá ser válido más no eficaz, pues en la medida en que no se haya efectuado se considerará que los administrados ignoran su existencia, ya que, el fundamento de la publicidad y de la notificación consiste en

llevar al conocimiento del interesado el acto administrativo y así se declara. En consecuencia, se estima que la Administración no podría ejecutar lícita y válidamente un acto administrativo de efectos particulares contenido de una sanción disciplinaria, sin su previa notificación, porque de lo contrario, su actuación resultaría irrita y arbitraria, pues sólo a través de la notificación, el administrado adquiere el debido conocimiento del asunto.

## 2. NOTIFICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS A FUNCIONARIOS SUSPENDIDOS

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*  
27 de febrero de 2020

*Expediente N°: 2019-554*

*Sentencia N°: 2020-000049*

*Caso: José Reinaldo Schwarzemmer Medina Vs. Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C.)*

*Ponente: Marvelys Sevilla Silva*

Se colige de lo anterior, que la validez del acto administrativo tiene su fundamento en la inexistencia de la nulidad absoluta o relativa del acto; esto es, su conformidad con el ordenamiento jurídico; ocurriendo, que la nulidad absoluta se refiere a la carencia o padecimiento por el acto de fallas en sus elementos constitutivos; de allí, que el acto así viciado no produce efectos nunca desde su inicio; siendo que, su carácter general hace oponible el vicio con efectos erga omnes; asimismo, puede el juez apreciar de oficio este tipo de vicios resultando nulo el acto que lo posea; por el contrario, la nulidad relativa solo puede solicitarla el afectado por el acto, dentro de cierto plazo y puede ser convalidada.

En cuanto a la eficacia a juicio de este Juzgado Nacional tal concepto resulta de la idoneidad del acto para producir los efectos para los cuales ha sido dictado.

De allí, que la notificación del acto resulta una actuación aneja del acto administrativo; esto es, no constituye un elemento estructurante del acto; sin embargo, conduce a la activación de la eficacia del mismo; siendo entonces, que la notificación al no incidir en la estructura del acto no conduce de alguna manera a la revisión de la validez del mismo; siendo, que si la notificación resulta de cualquier manera o por alguna razón sin efectos, tal circunstancia no incidiría en la validez del acto.

En ese sentido, debe puntualizar este Juzgado Nacional que el hecho relativo a la notificación intempestiva del acto no violenta de ninguna manera los derechos del actor; asimismo, el acto, puede llevarse a conocimiento del administrado en situación de suspensión del servicio por parte del mismo sin que se lesionen sus derechos por tal actuación; solo, que la Administra-

ción a todos los efectos debe reputar como notificado al particular desde que concluya la situación de suspensión y se produzca la reincorporación a sus actividades funcionariales habituales o una situación equiparable.

## IX. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL

### 1. PRETENSIONES

#### A. PAGO DE SUELDOS DEJADOS DE PERCIBIR

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*28 de enero de 2020*

*Expediente N°: 2019-243*

*Sentencia N°: 2020-000011*

*Caso: Yuveira María Guevara Pacheco Vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (S.E.N.I.A.T.)*

*Ponente: Marvelys Sevilla Silva*

Habida cuenta de lo anterior, se aprecia que el Juzgado A quo arguyó que en el caso de marras, si bien es cierto que la declaratoria de nulidad del acto administrativo conlleva a la reincorporación de la funcionaria y de manera concomitante al pago de los sueldos dejados de percibir por el tiempo en que se materializó la ilegal remoción, lo cual tiene un carácter meramente indemnizatorio, no es menos cierto que los montos que deben integrar a dichos sueldos dejados de percibir son los que integran o forman parte del salario integral, y que los bonos o bonificaciones son beneficios que perciben los funcionarios con motivo de la prestación del servicio activo dentro de la entidad.

### 2. LA QUERRELLA

#### A. LAPSO DE INTERPOSICIÓN DE LA QUERRELLA

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*11 de febrero de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2010-000803*

*Sentencia N°: 2020-000012*

*Caso: Fabián De Jesús Escobar Luna Vs. Consejo Legislativo del Estado Carabobo*

*Ponente: Igor Enrique Villalón Plaza*

En tal sentido, este Órgano Jurisdiccional debe señalar que la acción es considerada como el derecho de toda persona de exigir de los órganos jurisdiccionales mediante el proceso, la resolución de una controversia o una petición; la Ley exige que este derecho sea ejercido en un determinado lapso y si no se ejerce en dicho tiempo la acción deviene en inadmisibles y la tutela jurídica del Estado invocada por el accionante, no tiene lugar si ella se ejerce después de vencido el plazo, pues la caducidad es un término fatal y es un

plazo en el cual se debe realizar la actividad que la Ley previno para ello; es decir, se debe interponer formalmente la acción con la pretensión que mediante ella se hace valer, y si esto no ocurre la acción caduca y se extingue. El legislador ha previsto la institución de la caducidad por razones de seguridad jurídica, y establece un límite temporal para hacer valer derechos y acciones.

(...omissis...)

De conformidad con la decisión parcialmente transcrita se evidencia, que los lapsos procesales, como es el de la caducidad para el ejercicio de la acción, no admite interrupciones, suspensiones, ni paralizaciones. Por lo contrario, es un lapso que transcurre de forma fatal sin excepción alguna, y es de obligatoria observancia por parte del Juzgador, toda vez que formando parte de los derechos de acceso a la justicia, defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva, deben ser protegidos en su globalidad por los Tribunales.

Así las cosas, por tratarse el presente caso de un recurso contencioso administrativo funcional, debe este Juzgador revisar el lapso de caducidad para estas acciones, el cual se encuentra previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que a tal efecto establece:

(...omissis...)

Por su parte el numeral 1º, del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece:

(...omissis...)

De los artículos parcialmente transcritos se desprende que toda acción deberá ser interpuesta ante los Órganos Jurisdiccionales en el lapso que establece la Ley para la cual se rige, en el caso en comento se refiere específicamente a las causas intentadas bajo la Ley del Estatuto de la Función Pública que como anteriormente se dijo, establece un lapso de tres (03) meses para incoar la querrela, contados a partir del día en que se produjo el hecho o su notificación que dio lugar al reclamo.

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*11 de febrero de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2019-000020*

*Sentencia N°: 2020-000026*

*Caso: Marco Antonio Hidalgo Lisboa Vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda*

*Ponente: Marvelys Sevilla Silva*

Como se observa de la cita efectuada, la demanda se declarará inadmisibles cuando haya caducado la acción; esto es, cuando se interpusiere el recurso contencioso administrativo funcional fuera del lapso establecido en el

artículo 94, del Título VIII, de la Ley del Estatuto de la Función Pública, aplicable por mandato del artículo 102 de la Ley del Estatuto de la Función Policial; los cuales establecen, que:

“Artículo 102.- La medida de destitución del funcionario o funcionaria policial agota la vía administrativa, y contra ella es procedente el recurso contencioso administrativo conforme a lo previsto en el Título VIII de la Ley del Estatuto de la Función Pública”.

“Artículo 94.- Todo recurso con fundamento en esta Ley sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres meses contado a partir del día en que se produjo el hecho que dio lugar a él, o desde el día en que el interesado fue notificado del acto”. (Resaltado agregado).

Como se observa de los dispositivos adjetivos citados, los funcionarios policiales que ejercieren el recurso contencioso administrativo funcionarial, deberán hacerlo por mandato del artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, aplicable por disposición del artículo 102 de la Ley del Estatuto de la Función Policial, dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación del acto; estableciéndose, que la medida de destitución agota la vía administrativa; por lo que, el Recurso de Revisión, (folios 63 al 86 de la pieza judicial), interpuesto en fecha 17 de abril de 2017, por el Defensor Público Gustavo Antonio Martín Silva, en representación del ciudadano Marco Antonio Hidalgo Lisboa, en este caso resulta contrario a la norma citada (artículo 102 de la Ley del Estatuto de la Función Policial); observando este Órgano Jurisdiccional que el Defensor Público pretendía abrir los lapsos fenecidos con la interposición del recurso administrativo mencionado; ocurriendo entonces, que el lapso de caducidad para interponer el recurso contencioso administrativo funcionarial se inició en fecha 27 de junio de 2013; esto es, al día siguiente de producirse la notificación.

## B. EL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO EN EL CONTENCIOSO FUNCIONARIAL

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*  
28 de enero de 2020

*Expediente N°: AP42-R -2018-000260*

*Sentencia N°: AMP-2020-000001*

*Caso: Darlis Francisca Acevedo Castro Vs. Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C)*

*Ponente: Marvelys Sevilla Silva*

Dicho lo anterior este Órgano Jurisdiccional evidencia que de las actas que conforman el presente expediente no se desprende del mismo que haya sido remitido el expediente administrativo de la presente causa, circunstancia esta que hace necesario traer a colación lo establecido en el encabezamiento

del artículo 99 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual indica, que:

(...omissis...)

Dentro de este contexto debe subrayar este Órgano Jurisdiccional, que el expediente administrativo constituye un elemento de prueba fundamental para establecer a quién corresponde justicia en el contencioso administrativo funcional; ello así, la sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.257 de fecha 11 de julio de 2007, caso: Echo Chemical 2000, C.A., estableció, que:

(...omissis...)

De la sentencia antes transcrita entiende esta Instancia Jurisdiccional que la no consignación en autos de la copia certificada del expediente administrativo por parte del órgano o ente administrativo, puede obrar como una presunción en contra de la Administración.

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*

*27 de febrero de 2020*

*Expediente N°: AP42-R-2018-000405*

*Sentencia N°: 2020-000039*

*Caso: José Gregorio Ochoa Martínez Vs. Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (I.N.A.C.)*

*Ponente: Freddy Vásquez Bucarito*

Es así como, de la revisión de las actas que constituyen el presente expediente se desprende en primer lugar que el Juzgador de Instancia cumplió con su deber de solicitar al ente querellado la remisión del expediente administrativo del ciudadano querellante. De igual forma se observa que frente a dicha solicitud el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (I.N.A.C.) no consignó las actuaciones correspondientes, obrando en este caso una omisión que tiene de la posibilidad de tener efectos contrarios a los intereses de la administración y a favor del hoy querellante. No obstante, de la revisión del fallo recurrido es claro que el Juez determinó a través de las pruebas consignadas por el propio querellante, que a este no le correspondía el otorgamiento del beneficio de jubilación pretendido. De igual forma está comprobado que fue ante esta instancia judicial cuando la defensa técnica del ente querellado consignó el expediente administrativo en cuestión, por lo que para el momento de la decisión emitida por el Juzgado a quo, este no tenía a su disposición dicho medio de prueba.

Lo anterior no puede reprocharse como una actuación desacertada por parte del Juzgador de Instancia, dado que este cumplió con su deber de solicitar el expediente administrativo del caso para formarse un mejor criterio para la solución del caso. A pesar de ello, el mismo no fue consignado y dictó su

fallo con el material probatorio del cual disponía, esto es, las documentales consignadas por el propio querellante, las cuales el decisor consideró suficientes para la resolución de la controversia, cumpliendo con creces el deber de la búsqueda material de la verdad en el proceso. En vista de estas consideraciones, se desecha la presente denuncia. Así se decide.

### 3. COMPETENCIA

#### A. ACTOS DE LA COMISIÓN JUDICIAL

*Sala Político Administrativa*

*22 de enero de 2020*

*Expediente N°: 2019-0154*

*Sentencia N°: 00012*

*Caso: Francisco Ramón García Pinto Vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia*

*Ponente: Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta*

En este sentido, cabe precisar que a propósito de la creación de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM) mediante la “*Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial*” (artículo 2), dictada por este Alto Tribunal y publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 37.014 del 15 de agosto de 2000, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial -hoy suprimida- cesó en las funciones que correspondían al extinto Consejo de la Judicatura en sus Salas Plena y Administrativa, siendo creada la Comisión Judicial -como órgano del Tribunal Supremo de Justicia- para ejercer por delegación las funciones de control y supervisión de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM) y las demás competencias previstas en esa Normativa.

En tal virtud, este Máximo Tribunal le ha asignado a la Comisión Judicial la función de designar y remover jueces y juezas, sujeta siempre a la determinación de la Sala Plena. Asimismo, se ha reiterado que dicha Comisión es la representación abreviada de la totalidad de los miembros que componen el Tribunal Supremo de Justicia y que además, está legitimada para actuar por delegación en las tareas que le sean asignadas por la Sala Plena del Máximo Tribunal, dentro del amplio espectro que conlleva la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, lo cual comprende el ingreso y permanencia de los jueces y las juezas (*vid.*, sentencia de esta Sala Nro. 01798 del 19 de octubre de 2004, ratificada entre otras en la decisión Nro. 00344 del 24 de abril de 2012).

Vale decir, entonces, que aun en ejercicio de funciones netamente administrativas, la Comisión Judicial, como parte del Tribunal Supremo de Justicia, órgano rector del Poder Judicial, goza del rango constitucional expresamente

atribuido a este por el artículo 262 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Precisado lo anterior, debe atenderse a lo previsto en el numeral 5 del artículo 23 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual atribuye a esta Sala Político-Administrativa la competencia para conocer de las demandas de nulidad que se ejerzan contra los actos administrativos dictados por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, los Ministros o Ministras “*así como por las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional, si su competencia no está atribuida a otro tribunal*”.

De manera que, conforme al análisis antes expuesto, esta Sala se declara competente para conocer y decidir la demanda de nulidad incoada conjuntamente con solicitud de amparo cautelar por el ciudadano Francisco Ramón García Pinto asistido por la abogada Galimar Lourdes Abreu Castro, antes identificados, contra el acto tácito denegatorio en el que incurrió el Presidente y demás miembros de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia al no decidir el recurso de reconsideración ejercido el 13 de agosto de 2018, contra la decisión contenida en el oficio identificado en el alfanumérico TSJ-CJ-N°1890-2018 del 10 de julio de 2018, dictada por la referida Comisión, a través del cual acordó la “(...) remoción [del prenombrado ciudadano] del cargo como Juez Itinerante de los Tribunales de Primera Instancia en Función de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del estado Yaracuy (...)”. Así se establece.

## X. EL AMPARO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

### 1. AMPARO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA FRENTE A LA PANDEMIA POR COVID-19

*Juzgado Nacional Segundo de lo Contencioso Administrativo*  
*08 de junio de 2020*

*Expediente N°: 2020-122*

*Sentencia N°: 2020-00053*

*Caso: Richard Alberto Sánchez Dávila Vs. Instituto Autónomo de Policía del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda*

*Ponente: Freddy Vásquez Bucarito*

De la Resolución transcrita, se desprende claramente que debido a la particular situación generada por la pandemia COVID-19 nivel mundial, y en concordancia con las medidas adoptadas por el Ejecutivo Nacional en cuanto a la cuarentena preventiva dictada a nivel nacional, ningún Tribunal despachará desde el miércoles 13 de mayo hasta el viernes 12 de junio de 2020,

ambas fechas inclusive, por lo que durante dicho lapso han permanecido en suspenso las causas que cursan en los Tribunales de la República y no han transcurrido los lapsos procesales.

En vista de tal hecho, hay que resaltar que, si bien es cierto que existe una vía más idónea para ventilar los alegatos deducidos por el ciudadano accionante, siendo el recurso contencioso administrativo funcional, esta no se encuentra al alcance del funcionario, en vista a la suspensión de las actividades en los tribunales del territorio nacional producto de la pandemia del COVID-19.

Es por ello que este Alzada considera que yerra el Juzgador de primera instancia al declarar la inadmisibilidad de la acción de amparo constitucional propuesta, ya que no le estaba dado al ciudadano Richard Alberto Sánchez Dávila acudir a los vehículos procesales ordinarios para proteger su esfera jurídica, visto que los tribunales no están habilitados para despachar y sustanciar los asuntos correspondientes a su competencia, resultando de ello, que la acción de amparo constitucional, sea la única vía para que el hoy recurrente restablezca su situación jurídica infringida.

No obstante, debe precisar este Juzgado Nacional Segundo Contencioso Administrativo de la Región Capital, que dada la situación actual, siendo que nos encontramos ante un estado de alarma en virtud de la pandemia que afecta al mundo por el virus COVID-19, debe entenderse, que solo serán tramitados por la vía de amparo constitucional, aquellos asuntos que sean de máxima necesidad, es decir que sean de carácter urgentes, para garantizar el acceso a la justicia, tal como fue señalado en la Resolución N.º 003 - 2020 de fecha 13 de mayo de 2020, dictada por la Sala Plena de nuestro Máximo Tribunal.

En virtud de las consideraciones expuestas, visto que en el presente caso si existe la violación constitucional al debido proceso y al acceso a la justicia alegado por el apelante, por cuanto el tribunal de instancia debió analizar la urgencia del presente caso, y no remitir a la vía ordinaria para que pudiera ejercer su acción, es por lo que este Órgano Jurisdiccional debe declarar CON LUGAR la apelación interpuesta por el ciudadano Richard Alberto Sánchez Dávila y en consecuencia, REVOCA por motivos de orden público la decisión dictada en fecha 1 de junio de 2020 por el Juzgado Superior Estatal Noveno Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, la cual declaró inadmisibile la acción de amparo propuesta. Así se decide.

**NORMATIVA**  
**ENERO – JUNIO 2020**

**ENERO**

**Gaceta Oficial N° 6.502 Extraordinario del 09-01-2020**

Decreto N° 4.093, mediante el cual se incrementa el salario mínimo nacional mensual obligatorio en todo el territorio de la República Bolivariana de Venezuela, para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores públicos y privados, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 2° de este Decreto, a partir del 01-01-2020, estableciéndose la cantidad Bs. 250.000 mensuales.

Decreto N° 4.094, mediante el cual se fija el Cestaticket Socialista mensual para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores público y privado, en la cantidad de Bs. 200.000, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y Trabajadoras.

**FEBRERO**

Ninguna normativa relevante publicada en el mes sobre la materia.

**MARZO**

**Gaceta Oficial N° 6.519 Extraordinario del 13-03-2020**

Decreto N° 4.160, mediante el cual se decreta el Estado de Alarma en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen.

**Gaceta Oficial N° 6.520 Extraordinario del 23-03-2020**

Decreto N° 4.167, mediante el cual se ratifica la inamovilidad laboral de las trabajadoras y trabajadores del sector público y privado regidos por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, hasta el 31-12-2020, a partir de la entrada en vigencia de este decreto, a fin de proteger el derecho al trabajo como proceso fundamental que permite la promoción de la prosperidad, el bienestar del pueblo.

## ABRIL

### **Gaceta Oficial N° 6.528 Extraordinario del 12-04-2020**

Decreto N° 4.186, mediante el cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.160, de fecha 13 de marzo de 2020, mediante el cual fue decretado el Estado de Excepción de Alarma en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.519 Extraordinario; visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural que motivo la declaratoria del Estado de Excepción de Alarma.

### **Gaceta Oficial N° 6.532 Extraordinario del 27-04-2020.**

Decreto N° 4.193, mediante el cual se incrementa el ingreso mínimo mensual y la protección social. G.O. N° 6.532 Extraordinario del 27-04-2020.

## MAYO

### **Gaceta Oficial N° 6.535 Extraordinario del 12-05-2020**

Decreto N° 4.198, mediante el cual se declara el Estado de Alarma para atender la Emergencia Sanitaria del Coronavirus (COVID-19).

## JUNIO

### **Gaceta Oficial N° 6.542 Extraordinario del 11-06-2020**

Decreto Nro. 4.230, mediante el cual se prorroga por treinta (30) días, el plazo establecido en el Decreto N° 4.198, de fecha 12 de mayo de 2020, mediante el cual fue decretado el Estado de Excepción de Alarma en todo el Territorio Nacional, dadas las circunstancias de orden social que ponen gravemente en riesgo la salud pública y la seguridad de los ciudadanos y las ciudadanas habitantes de la República Bolivariana de Venezuela, a fin de que el Ejecutivo Nacional adopte las medidas urgentes, efectivas y necesarias, de protección y preservación de la salud de la población venezolana, a fin de mitigar y erradicar los riesgos de epidemia relacionados con el coronavirus (COVID-19) y sus posibles cepas, garantizando la atención oportuna, eficaz y eficiente de los casos que se originen, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.535 Extraordinario; visto que subsiste la situación excepcional, extraordinaria y coyuntural que motivo la declaratoria del Estado de Excepción de Alarma.