

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 casos ha conllevado a errores en su aplicación, aumentando 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 del 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 entretrejo 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 subjetivo¹.

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

¹ 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 sistemas², 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 Nacionales³.

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 afín⁴ que

² 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.

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

⁴ 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 Pública⁵.

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 ordinaria⁶ (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 estatutaria⁷.

Se ubican naturalmente dentro de este sistema normativo todas las personas que la ley cataloga como obreros⁸, 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.* IPOSTEL⁹), 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 laboral¹⁰.

siones del personal del servicio exterior se registró 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.

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

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

⁷ 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.

⁸ 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”.

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

¹⁰ 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 estatutario¹¹.

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 analogía¹², 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 6¹³ 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>

¹¹ Vid. Artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

¹² Segundo párrafo del artículo 5 del Código Civil Venezolano.

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

DLOTTT¹⁴, 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*¹⁵. 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, Estadal 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, estadales 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, estadal 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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 Pública¹⁶, 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 constitucionales¹⁷ sino por disposiciones de rango de ley, tales como la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social¹⁸, la Ley del Seguro Social y su reglamentación¹⁹, la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo²⁰, la Ley del Régimen Prestacional de Empleo²¹, entre otras, que integran el Sistema de Seguridad Social venezolano²², que lógicamente integrarán ese sistema estatutario que, junto

¹⁶ G.O. N° 37.522 del 06-09-2002.

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ 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.

²⁰ G.O. N° 38.236 del 26-07-2005.

²¹ G.O. N° 38.281 del 27-09-2005.

²² 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 Trabajadoras²³, 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.

²³ 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 jurisprudencia²⁴. 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

²⁴ 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 Electoral²⁵ (hoy Consejo Nacional Electoral), Contraloría General de la República²⁶, entre

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

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

otros²⁷, 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 carrera²⁸ ya que por esta vía no podrán ingresar a la carrera adminis-*

²⁷ 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.

²⁸ 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 tribunales²⁹.

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-2007-000731³⁰ 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 público³¹; 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-

²⁹ <http://nueva-esparta.tsj.gob.ve/decisiones/2008/noviembre/1478-20-AP42-R-2003-002670-2008-2142.html>, <http://zuliala.tsj.gob.ve/decisiones/2009/enero/527-28-06703-07.html>, <http://zuliala.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>

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

³¹ 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 absoluta³².

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 objetividad³³, 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.

³² 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”.

³³ 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 Pública³⁴.

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 trabajadores³⁵.

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.

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

³⁵ 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 leyes³⁶.

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 DLOAP³⁷, 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*³⁸. Coexisten regulaciones del con-

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

³⁷ 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

³⁸ 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 civil³⁹.

(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

³⁹ 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 funcionarial⁴⁰ evidente, por cuanto, salvo algunas previsiones de la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública⁴¹, se aplica primordialmente la DLOTTT, su reglamento⁴² y

⁴⁰ 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.

⁴¹ 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”.

⁴² 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 públicos⁴³.

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 contratadas⁴⁴, la provisión de los puestos de trabajo sin concurso público a través de contratos, las retribuciones convenidas, contratación del menor de edad⁴⁵, soluciones a situaciones no reguladas en el en la ley estatutaria –como tratamiento de vacaciones no disfrutadas⁴⁶, supuesto en que tribunales contenciosos han optado por aplicar las salidas consagradas en la norma laboral⁴⁷–, regulación

⁴³ 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.

⁴⁴ 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.

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

⁴⁶ 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.

⁴⁷ 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 2000⁴⁸, dictó el Decreto con Rango y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Pública⁴⁹. Este Decreto-Ley jamás entro en vigencia, pero constituye un aporte de miras a la deslaboralización de esta temática⁵⁰.

Actualmente algunos de los temas señalados en el párrafo anterior se encuentran regulados en la Ley del Estatuto de la Función Pública⁵¹, 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.

⁴⁸ G.O. N° 30.076 del 13-11-2000.

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

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 sueldos⁵² 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:

⁵² 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 pensiones⁵³. Las convencio-

⁵³ 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 Civil⁵⁴.

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”.

⁵⁴ 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 todas⁵⁵, 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 regirán por el Derecho laboral⁵⁶. Igual consideración podríamos hacer respecto a la dero-

⁵⁵ 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.

⁵⁶ 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 Municipal⁵⁷ respecto a las mancomunidades⁵⁸ 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 Administrativas⁵⁹, 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. Parágrafo 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".

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

⁵⁸ 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".

⁵⁹ 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 Estatal⁶⁰.

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 Estadales⁶¹.

(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 estadales⁶².

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>

⁶⁰ 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).

⁶¹ 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”.

⁶² 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 funcionario⁶³.

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

⁶³ 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”⁶⁴; 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 Municipal⁶⁵ y las ordenanzas de los municipios⁶⁶.

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 funcionarios⁶⁷.

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

⁶⁵ 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.

⁶⁶ 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”.

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

En nuestro derecho formal, las leyes son derogadas por otras leyes⁶⁸ 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 Pública⁶⁹ 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 República⁷⁰ 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 ley⁷¹.

⁶⁸ Art. 218 de la CRBV y 7 del Código Civil Venezolano.

⁶⁹ 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”.

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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 mediada 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.