

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

Pelayo de Pedro Robles\*

RDF, N° 29 (2020): 75-112

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

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

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

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

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

## Introducción

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

---

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

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

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

---

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

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

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

## 1. La tesis de la relación funcionarial encubierta

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

### **A modo de corolario**

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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