



# LA LABORALIZACIÓN PROGRESIVA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA EN VENEZUELA

ARÁMBULO MÁRQUEZ, NICOLÁS (\*)

Recibido: 10 - 10 - 2018

Revisado: 28 - 10 - 2018

Aceptado: 03 - 11 - 2018

## RESUMEN

El régimen de la función pública siempre ha estado regido por sus propias normas distintas del derecho laboral. Tiene su propio estatuto donde se establecen tareas públicas asignadas a funcionarios que éstos tienen el deber de cumplir, lo cual se diferencia de la relación contractual que priva en el derecho laboral. Sin embargo, la función pública se ha ido laboralizando con el paso del tiempo. En muchos casos esa laboralización ha derivado de cambios legislativos, en otros han sido producto de los hechos, que en materia laboral, han sido históricamente canales naturales para avances y reivindicaciones. En el presente artículo me propongo realizar un análisis del proceso de laboralización de la función pública tocando aspectos como el ingreso, estabilidad y el derecho colectivo del trabajo en la función pública.

**Palabras clave:** Laboralización, función pública, derecho laboral, funcionario público, trabajador.

## ABSTRACT

### **THE PROGRESSIVE LABORALIZATION OF THE PUBLIC FUNCTION IN VENEZUELA**

*The regime of the public function has always been governed by its own rules other than labor law. It has its own statute where public tasks assigned to officials that they have the duty to fulfill are established, which differs from the contractual relationship that deprives in labor law. However, the public function has been working with the passage of time. In many cases this laboralization has derived from legislative changes, in others they have been the product of the facts, which in labor matters have historically been natural channels for advances and demands. In this article I propose to perform an analysis of the process of laboralization of the public function touching aspects such as income, stability and the collective right to work in public office.*

**Keywords:** Laborization, Public function, labor law, public official, worker.

---

(\*) Profesor contratado con categoría de Instructor de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de los Andes, Venezuela, adscrito a la Cátedra de Legislación Organizacional Abogado egresado de la Universidad de los Andes, Venezuela. Estudiante del Doctorado en Ciencias Organizacionales (DCO) del Grupo de Legislación Organizacional y Gerencia (GILOG-FACES). E-mail: arambulonicolas@gmail.com

## 1. INTRODUCCIÓN

La condición, el régimen y las situaciones administrativas propias de los servidores públicos o personal al servicio del Estado, ha estado regulado por normas propias, sin que le fuera aplicable la normativa que rige las relaciones de trabajo pertenecientes al denominado Derecho Social, desde luego, con excepciones como la remisión que hace la propia Ley del Estatuto de la Función Pública a las normas laborales en materia de prestaciones sociales, o el régimen aplicable a los contratados al servicio de la Administración Pública, entre otras. Por tanto, la función pública ha tenido su propio estatuto de personal, destacándose una relación de tipo estatutaria y no contractual.

La designación o acto de nombramiento de los funcionarios es un acto administrativo que al emitirse subsumía al funcionario en un régimen de personal establecido unilateralmente por el Estado, ha venido estando condicionado por las tareas públicas que tienen asignadas los funcionarios públicos y que éstos tienen el deber de cumplir. Por ello, no eran propias del derecho de la función pública figuras como la sindicalización, el derecho a huelga, la contratación colectiva, ni le eran aplicables regímenes de beneficios pertenecientes al derecho laboral. En Venezuela, a lo largo de los años, privó esta corriente, con algunos intentos de llevar las normas laborales al campo funcionarial, hasta que luego del proceso de recuperación de la democracia en 1958, se presentaron esfuerzos por aplicar beneficios laborales a los funcionarios públicos.

En la Constitución de 1947 se adopta con rango constitucional por primera vez el sistema estatutario como sistema de regulación de las relaciones de empleo público, lo que posteriormente se repite en la Constitución Nacional



de 1961(artículo 122), que equivale al actual artículo 144 de la Constitución de 1999. Ahora bien, la sanción de la Ley de Carrera Administrativa en 1970, momento en el cual se regula mediante una ley especial por primera vez la función pública, comienza a generarse debates por las iniciativas de algunos sectores de la sociedad de extender algunos derechos de los trabajadores a los funcionarios públicos. En el proyecto presentado por la Comisión de Administración Pública del Congreso Nacional de aquellos años, se proponía la prohibición expresa de la contratación colectiva y la huelga en la función pública. Sin embargo, luego de discusiones al respecto, se llegó a la conclusión de que no era necesaria la prohibición expresa de tales aspectos y luego mediante las vías de hecho, como es común en el ámbito laboral, fueron produciéndose cambios que permitieron introducir elementos del derecho laboral en el ámbito funcional, verbigracia las llamadas “Actas Convenio”, que eran una manera de ir regulando las condiciones de trabajo de los funcionarios, y la aceptación de la sindicalización en la función pública.

A partir de la entrada en vigencia de la Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa de 1975, se introducen aspectos relevantes de naturaleza laboral en la función pública, como lo son la aplicación a los funcionarios públicos el régimen general de prestaciones sociales de la Ley del Trabajo y el derecho a la sindicalización, lo cual condujo por la vía de los hechos a la suscripción de contratos colectivos en algunos sectores de la administración pública y al uso de la huelga como mecanismo conflictivo de lucha para exigir cumplimiento de acuerdos y reivindicaciones laborales.

La Ley Orgánica del Trabajo de 1990 en su artículo 8 consagra para los funcionarios públicos, el derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, los cuales, como hemos advertido, ya tenían



lugar en la administración pública, en algunos casos, con débil fundamentación legal y en la mayoría sin ninguna fundamentación. En la reforma parcial de la Ley del Trabajo de 1997 se mantuvo el texto íntegro del artículo 8.

La Ley del Estatuto de la Función Pública de 2002, en su artículo 32, consagra de manera expresa para los funcionarios públicos de carrera, el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. El análisis realizado en el presente artículo, se concentrará en los aspectos de ingreso y las controversias sobre si se considera o no funcionario público a quien tiene una relación de empleo público con la administración pública tomando como referencia el modo en que ingresó, la estabilidad y el derecho colectivo del trabajo en la función pública, con mayor énfasis y concentración en los funcionarios de carrera.

## 2. LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LA CARRERA ADMINISTRATIVA

El estado como conjunto orgánico que persigue unos fines superiores, sólo puede considerarse existente en cuanto que es actual, y esta actualidad la alcanza cuando actúa, es decir, cuando de modo permanente e ininterrumpido realiza una serie de actos. En el momento en que tales actos dejan de tener lugar cesan de ser una realidad presente para convertir en pasado histórico (García-Pelayo, 2001).

Observando al Estado como conjunto de entes órganos e instituciones, está la Administración pública, de la cual existen cuando menos dos concepciones, una orgánica y otra material, y cuyo concepto en sentido orgánico, y desde el punto de vista restringido (Por cuanto si bien la Administración



desde el punto de vista orgánico realiza siempre una actividad administrativa, también la realizan otros órganos de los otros Poderes del Estado), apunta al conjunto de estructuras administrativas, de ministerios, de oficinas y departamentos que forman parte del Poder Ejecutivo. La Administración como actividad, en cambio, es una noción material que atiende a una acción o tarea administrativa realizada por el Estado (Brewer-Carías, 2005).

Esta actividad administrativa se materializa a través de quienes ejercen las funciones propias del cargo que ocupen dentro de la Administración. Por tanto es a través de los funcionarios públicos como el Estado y la Administración pública ejecuta las acciones dirigidas a cumplir con sus cometidos y fines superiores.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia de fecha 15 de Mayo de 2001, signada bajo el número 000943, estableció lo que debe entenderse por función pública en los siguientes términos:

Con carácter general la función pública es toda la actividad destinada a realizar los intereses del colectivo. Lo cual es por antonomasia la ratio de la prestación del servicio público llevada a cabo por la Administración Pública. Esa función pública en específico está tanto delineada como regulada por el ordenamiento jurídico. Así, en particular ex lege y reglamentariamente se estatuye las competencias y atribuciones que los agentes públicos tienen, y así mismo, los fines que se persiguen con su ejercicio y sus límites, las cuales por principio, como se expresó, atienden a la realización del interés público, y en tal sentido, como es obvio, excluyen absolutamente propósitos quebrantadores de la Ley, o en general de los principios, derechos y garantías que soportan a un Estado de Derecho.



Resulta evidente que entre el trabajador en el sector privado y su empleador, existe un vínculo jurídico de naturaleza contractual de derecho privado, conforme al cual trabajador y patrono convienen las condiciones de trabajo, reguladoras de esa prestación dentro del marco normativo laboral, tiene que ver con la teoría de la relación de trabajo (Alfonzo-Guzmán, 2016).

No así ocurre en el sector público, lo cual ha significado un punto de discusión abordado entre dos tendencias contrapuestas; por un lado la tesis tradicional administrativista que plantea la rigidez estatutaria; para los administrativistas, hay una marcada diferencia entre las relaciones de empleo en el sector privado, y las del sector público; es diferente la naturaleza de la prestación de servicio en uno y otro, de allí que se requiera necesariamente de instrumentos legales distintos y que para el sector público debe haber normas de derecho público, regulación unilateral por parte del Estado, la conformación de derechos, deberes y condiciones de trabajo reguladas por un Estatuto de manera diferenciada; y por otra parte la corriente laboralista, que se fundamenta en la equiparación de la relación jurídica entre el funcionario y el Estado a la relación jurídica de naturaleza contractual entre el trabajador y su Patrono, que el mundo del trabajo es uno sólo, por lo cual, aun cuando pueden existir situaciones especiales o grupos específicos de trabajadores, que por sus características requieran ciertas particularidades, pero todos ellos deben estar sometidos a una misma legislación: la legislación laboral.

Al respecto, Alegría (2005) dice lo siguiente:

Lo que en todo caso debe resaltarse es que la concepción estatutaria a ultranza, está perdiendo espacio de forma evidente. Los funcionarios públicos están adquiriendo

▼

cada vez un estatus frente al ente público, que implica el ejercicio de derechos considerados como privativos en el mundo del trabajo regido por la Ley del Trabajo y esto supone un cambio trascendental. Pareciera estarse abriendo paso a una concepción unitaria del mundo del trabajo donde las diferencias entre Empleados-Administración, por un lado y por el otro, trabajador-patrono van perdiendo perfiles; adecuando áreas comunes. (p.57)

La asunción del sistema estatutario de la función pública en Venezuela tiene como antecedente constitucional primigenio la Constitución de 1947, la cual en su artículo 90 dispuso:

**Artículo 90.** El Estado dictará un estatuto que rija sus relaciones con los funcionarios y empleados públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la administración y las de ascenso, traslado, suspensión y retiro. Los empleados públicos están al servicio de la Nación y no de parcialidad política alguna.

Asimismo la Constitución de 1961 en su artículo 122 estableció:

**Artículo 122.** La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social. Los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna.

Todo funcionario o empleado público está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de su cargo.



Como ya mencionamos, la Ley de Carrera Administrativa en 1970 es la que viene por primera vez a regular, mediante una ley especial, la función pública atendiendo al mandato constitucional dispuesto en el citado artículo 122, disposición ésta que fue asumida de manera similar por la vigente Constitución de 1999 cuando en su artículo 144 establece:

**Artículo 144.** La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerá su incorporación a la seguridad social.

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

En acatamiento a esta disposición constitucional, en el año 2002, es sancionada la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública, en la que se regulan los distintos aspectos de las relaciones de empleo público por mandato expreso de la Constitución, consagrando entre otros aspectos, de manera expresa el derecho a la contratación colectiva y el derecho a huelga, derogando prácticamente con el artículo 32 al artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo e incluyendo aspectos del derecho laboral, a la función pública (Caballero, 2006).

En cuanto al concepto de funcionario público, existen múltiples definiciones en la doctrina. El Diccionario de Derecho de Rafael de Piña (1970), define al funcionario público como: “Persona que, por disposición inmediata de la Ley, por elección popular o por nombramiento de autoridad

competente, participa en el ejercicio de una función pública.” (p.183).

Lares Martínez (2001) al construir una definición de funcionario público dice que son: “los individuos que, en razón de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el ejercicio de las funciones públicas, al servicio de las entidades públicas estatales” (p.360).

Doctrinariamente se ha intentado diferenciar el concepto de funcionario con el de empleado público y servidor público. Sin embargo la legislación ha tomado dichos conceptos como equivalentes por lo que carece de valor práctico ahondar sobre tal distinción, que pudiera reducirse a aspectos de posición jerárquica o social. En este sentido la derogada Ley de Carrera Administrativa utilizaba los conceptos de empleado público y funcionario público dándoles un significado equivalente. En efecto, el artículo 1 de dicha Ley en su Parágrafo Único expresaba: “A los efectos de la presente Ley las expresiones funcionario público, empleado público, y servidor público, tendrán un mismo y único significado”. Ha sido común, pues, en la legislación que regula las relaciones de empleo público, el tratamiento equivalente a los términos de funcionario, empleado público o servidor público, aunque doctrinariamente éste último tenga una pretendida mayor extensión o generalidad refiriéndose a todas aquellas personas al servicio del estado y cuyas actividades tienen un fin de interés general y público.

Finalmente debemos referir la definición de funcionario público contenida en el artículo 3 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que siguiendo el lineamiento establecido por la Constitución Nacional dice: “Funcionario o funcionaria público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente,



se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente”.

## 2.1. TIPOS DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

La Constitución Nacional de 1999, establece, en el artículo 146 como regla general, que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera, reconociendo la existencia de los cargos de libre nombramiento y remoción y los de elección popular. En este mismo orden de ideas, la Ley del Estatuto de la Función pública, establece una clasificación de los funcionarios (Artículos 19,20 y 21), en los siguientes términos:

- a) Funcionarios de carrera: quienes habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerado y con carácter permanente.
- b) Funcionarios de libre nombramiento y remoción: aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas en esta Ley.

A su vez, advierte la Ley que los funcionarios de libre nombramiento y remoción podrán ocupar cargos de alto nivel y los denominados cargos de confianza, enumerando los cargos de alto nivel de la siguiente forma:

1. El Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutivo.
2. Los ministros o ministras.
3. Los jefes o jefas de las oficinas nacionales o sus equivalentes.
4. Los comisionados o comisionadas presidenciales.



5. Los viceministros o viceministras.
6. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios.
7. Los miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales.
8. Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía en los institutos autónomos.
9. Los registradores o registradoras y notarios o notarias públicos.
10. El Secretario o Secretaria General de Gobierno de los estados.
11. Los directores generales sectoriales de las gobernaciones, los directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía.
12. Las máximas autoridades de los institutos autónomos estadales y municipales, así como sus directores o directoras y funcionarios o funcionarias de similar jerarquía.

En cuanto a los cargos de confianza la Ley los define como aquellos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros, de los directores generales y de los directores o sus equivalentes. También se considerarán cargos de confianza aquellos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de



seguridad del estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley.

Los funcionarios que ocupan cargos de alto nivel son los que dirigen las políticas de los órganos y entes en los cuales prestan su servicio, planifican, programan, orientan y dirigen la actividad gubernamental en un momento determinado. Los funcionarios de confianza son los que pudieran no tener un rango jerárquico relevante, no tener la dirección de la institución, ni personal bajo su dirección, pero el cargo posee ciertas características que ameritan que el máximo jerarca tenga libertad para su nombramiento y remoción; estos son los cargos en materia de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras. Respecto de éstos últimos, es importante destacar que las actividades mencionadas, para ser consideradas como de confianza, deben tener carácter principal, fundamental, no eventual o esporádico (De Pedro, 2004).

## 2.2. ASPECTOS SOBRE EL INGRESO DE LOS FUNCIONARIOS DE CARRERA

Durante la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, el ingreso de los funcionarios se daba en la práctica mediante la adquisición de esa condición por su permanencia en el cargo desempeñado por un período superior a seis (06) meses, contados a partir de su nombramiento. Al momento de cumplir ese tiempo se procedía a su nombramiento por ratificación. Es decir, aunque la Ley de Carrera Administrativa, establecía como regla general que el nombramiento en un cargo de carrera debía estar precedido de la celebración de un concurso, admitía el nombramiento en omisión del concurso en aquellos casos en que no existieran candidatos a ocupar el cargo en el registro de elegibles. Esto en la

práctica pasó a ser de excepcional a general. También existía la posibilidad de que un trabajador que prestara servicios bajo la modalidad de contratado, si la relación contractual pasa a ser por tiempo indeterminado (renovación sucesiva de dos o más contratos) y ejercía funciones análogas a un funcionario, que previo cumplimiento de los requisitos de Ley había adquirido tal condición, en la misma dependencia o dirección y con el mismo horario, sin importar el salario que devengara, podía adquirir la condición de funcionario, al comprobar en sede judicial los supuestos aludidos y es lo que la doctrina y la jurisprudencia denominó “Ingreso Simulado a la Administración Vía Contrato”.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en el año 1999, y luego la sanción de la Ley del Estatuto de la Función Pública, cambian de manera importante estos criterios de ingreso a los cargos de carrera en la función pública. La Constitución Nacional establece de manera categórica como regla que los cargos de la administración pública son de carrera, (sin que haya otra forma para al ingreso a la carrera administrativa) y que excepcionalmente pueden ser de libre nombramiento y remoción, dejando a salvo por supuesto los de elección popular, obreros al servicio de la administración y contratados (Art. 146 CRBV).

En concordancia con la norma constitucional, el artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública ratifica que todo aspirante a un cargo de carrera en la Administración Pública, debe someterse a un concurso público y dispone de manera expresa y categórica, que aquellos nombramientos de funcionarios de carrera realizados sin haber efectuado el correspondiente concurso, serán absolutamente nulos. Es decir, se sanciona con nulidad absoluta aquellos nombramientos de funcionarios de carrera que no hubiesen sido producto de los respectivos concursos (Fiamore, 2012).



Ahora bien, puesto en contexto esto, es importante analizar lo que ha sido la tendencia laboralizadora de los últimos años y la interaplicación del derecho laboral y el derecho administrativo funcional, considerando si el caso concreto se trata de un trabajador o de un funcionario, tomando en cuenta el modo en que ingresó a la administración pública. Para quienes defienden la tesis laboralista un funcionario que ingresó de manera irregular a la función pública, esto es, que el nombramiento haya sido otorgado sin cumplir con el requisito de la celebración de un concurso público, debe considerarse como un trabajador cuya relación con la administración pública debe ser regulada por el derecho laboral. Este ha sido el criterio manejado por el Ministerio del Trabajo en los últimos años (con recientes cambios de criterios), el cual a través de las Inspectorías del Trabajo se venían declarando competentes y conociendo de solicitudes realizadas por funcionarios públicos relacionadas con estabilidad y condiciones de trabajo, incluso cuando el ingreso del solicitante fue anterior a la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, lo cual como ya lo expusimos, les da carácter de funcionarios de carrera, por el solo hecho de haber designado mediante nombramiento a un cargo de carrera, aun sin realización de previo concurso. Esto en nuestra opinión, el hecho de declararse competentes y decidir sobre estas situaciones fuera de su esfera de competencias, configura una vía de hecho con visos de usurpación de funciones en la que está incurriendo el Ministerio del Trabajo, por cuanto, al ser los recurrentes, funcionarios públicos y no trabajadores, cualquier conflicto que se genere en virtud de su relación de empleo con la administración pública debe ser ventilada por ante los tribunales contenciosos administrativos, tal como lo establece la Ley del Estatuto de la Función Pública en su artículo 93.

En caso de los funcionarios que ingresaron a la administración pública luego de la entrada en vigencia de la



Constitución de 1999, cuando los nombramientos realizados para su ingreso hayan omitido el requisito del concurso, se considera como un ingreso irregular a la carrera administrativa, por no haberse celebrado el concurso, no obstante, no dejan de ser funcionarios, su relación con la administración pública está sujeta al régimen estatutario de derecho administrativo. Sobre este particular la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 521, de fecha 01 de Julio de 2016, expuso:

En consecuencia, aprecia esta Sala que en virtud de los considerandos expuestos, deben los órganos jurisdiccionales al momento de decidir las querellas funcionariales, atender al momento y la forma de ingreso a la Administración Pública, en virtud que si el ingreso fue realizado con anterioridad a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el querellante poseía la cualidad de funcionario de carrera debe el órgano administrativo previo al dictamen de los actos de remoción o retiro atender a tal condición y, en consecuencia, proceder a efectuar las gestiones reubicatorias.

Si por el contrario, el querellante ingresó a la Administración Pública con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y no poseía la cualidad de funcionario de carrera puede el órgano administrativo, si no se ha efectuado un concurso público proceder a la remoción del mismo.



En atención a lo dispuesto, debe aclararse que a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -30 de diciembre de 1999-, la única forma de ingreso a la carrera administrativa será, exclusivamente, si el funcionario ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes respectivas. (Vgr. Artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).

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 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.

(...)

El fallo objeto de revisión, realizó una errónea interpretación de la anterior jurisprudencia, visto que ésta no se refiere a funcionarios públicos en sentido genérico, sino a cómo se adquiere la condición de funcionario de carrera, siendo falsa la aseveración



realizada por el Juzgado Superior referente a que el ciudadano Wilson Marino Morales no era funcionario público por el hecho de no haber ingresado por concurso al Instituto Autónomo Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda.

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



Ahora bien, en relación al caso de autos esta Sala conviene en la necesidad de verificar cuál es la naturaleza del cargo ejercido por el ciudadano Wilson Marino Morales, a los efectos de determinar si efectivamente la Inspectoría del Trabajo del Municipio Guaicaipuro del Estado Bolivariano de Miranda resultaba incompetente para dictar el acto administrativo de reenganche y pago de salarios caídos.

Al efecto, corre inserto al folio 51 del presente expediente copia certificada del acto de nombramiento, en el cual el Jefe de la División de Personal del Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda, le informó al ciudadano Wilson Marino Morales, que había reunido los requisitos para ocupar el cargo de Bombero (Conductor) y al folio 52 Resolución N° 017-2013 mediante la cual el Comandante General Director Presidente del Instituto declaró la destitución del mencionado ciudadano, luego de verificado un procedimiento administrativo conforme a la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En virtud de lo anterior, estamos en presencia de dos actos administrativos emanados de una autoridad competente, por lo que el Juzgado Superior Primero del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, debió darle plena validez y notar que había ingresado al Instituto Autónomo Cuerpo de Bomberos del Estado Miranda “como funcionario”, al cargo de “Bombero

Conductor”, lo cual resultaba suficiente para determinar que la controversia se trataba de una relación de empleo con la Administración, y en razón de ello resultaba ser objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso administrativa.

El Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, mediante el citado fallo, se pronuncia sobre el alcance del artículo 146 de la Constitución Nacional, y, que al tratarse de un Recurso de Revisión Constitucional es un fallo que se considera de carácter vinculante para las otras salas del TSJ y para los demás tribunales de la República conforme lo establece el artículo 335 de la carta magna (Casal, 2006). En el fallo se deja claro, que por el hecho de haber ingresado de manera irregular, esto es, omitiendo el requisito de concurso público, no se debe considerar, a quien presta servicios a la administración pública en este caso, como trabajador subsumiendo su caso en supuestos regulados por la legislación laboral. En todo caso, no es procedente considerarle funcionario de carrera, no obstante deben aplicársele las normas que protegen la estabilidad de los funcionarios de carrera. En tal sentido, la laboralización de las relaciones de empleo público en cuanto a la estabilidad y otros aspectos generadores de controversia se ha venido instaurando por la vía de los hechos, la interpretación errónea de la Ley, de las normas constitucionales y de jurisprudencia del máximo tribunal de la república por parte de funcionarios del Ministerio del Trabajo, en algunos casos bajo lineamientos de la Consultoría Jurídica de dicho órgano.

### 2.3. LOS CONTRATADOS AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

Como lo mencionamos con anterioridad, la figura del contrato de trabajo entre un particular y la administración pública, a la luz de la derogada Ley de Carrera Administrativa,

en los hechos se convirtió en una vía de ingreso a la carrera administrativa, por cuanto fue admitido así cuando era acordado en sede judicial y previo cumplimiento de ciertos requisitos. En efecto, aunque ya había una clara separación en los regímenes que regulaban las relaciones de empleo público y las relaciones laborales, los contratados al servicio de la Administración Pública podían transmutarse en funcionarios, aún a pesar de las previsiones de la Ley de Carrera Administrativa, por virtud de la aplicación de una tesis jurisprudencial a la que, se denominó “la tesis de la relación funcional encubierta” (Kiriakidis, 2006, p.128).

Con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública se laboraliza los asuntos atinentes a los contratados al servicio de la Administración Pública por disposición expresa de Ley. El Título IV referente al “Personal Contratado” contentivo de tres artículos, el 37, 38 y 39 limita la posibilidad de proceder a dar ingreso a personal en la Administración Pública por la vía de la contratación a menos que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado (Art. 37), dispone que el régimen aplicable al personal contratado será el previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral (Art. 38); y deja claro que en ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública (Art. 39). De tal manera que la Ley del Estatuto de la Función Pública por remisión expresa a la legislación laboral, excluye a los contratados al servicio de la Administración Pública de la regulación estatutaria.

#### 2.4. LA ESTABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS DE CARRERA

El derecho a la estabilidad, es un derecho exclusivo de los funcionarios de carrera, es decir, no tienen derecho a ella los funcionarios de libre nombramiento y remoción.



La estabilidad constituye la columna vertebral de la función pública y más específicamente de la carrera administrativa, sin estabilidad no podría concebirse la carrera administrativa. La Ley del Estatuto de la Función Pública establece en su artículo 30 que “los funcionarios o funcionarias públicos de carrera que ocupen cargos de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por las causales contempladas en la presente Ley”.

La referida disposición, nos impone destacar cuáles son esas causales contempladas en la Ley para poder retirar de su servicio a un funcionario de carrera. De acuerdo a lo establecido por el artículo 78 de Ley del Estatuto de la Función Pública son:

- 1) Por renuncia escrita del funcionario o funcionaria público debidamente aceptada.
- 2) Por pérdida de la nacionalidad.
- 3) Por interdicción civil.
- 4) Por jubilación y por invalidez de conformidad con la ley.
- 5) Por reducción de personal debido a limitaciones financieras, cambios en la organización administrativa, razones técnicas o la supresión de una dirección, división o unidad administrativa del órgano o ente.
- 6) Por estar incurso en causal de destitución.
- 7) Por cualquier otra causa prevista en la presente Ley.

Como cualquier situación administrativa, y en este caso cualquier acto administrativo mediante el cual el órgano

u autoridad competente decida el retiro de un funcionario de carrera de su cargo, dicho acto debe ir precedido del procedimiento administrativo que corresponda con las debidas garantías de rigor. En el caso de presumirse incurso al funcionario en algunas de las causales de destitución señaladas por la propia Ley del Estatuto de la Función Pública en su artículo 86, debe seguirse el procedimiento administrativo de destitución contemplado en el artículo 89 ejusdem.

El derecho a la estabilidad tiene un carácter absoluto, no puede ser sustituido por indemnización económica alguna y se pierde sólo por la aplicación de algunas de las causales preestablecidas en la Ley y mediante un procedimiento administrativo contradictorio. El incumplimiento por parte de la administración pública, del procedimiento establecido en la Ley para poder retirar a un funcionario de carrera de su servicio, sería la perpetración de una vía de hecho, que vicia de nulidad el acto respectivo (Becerra, 2006, p. 90).

Ahora bien, la estabilidad en la función pública es distinta a la estabilidad del derecho laboral a la que tienen derecho los trabajadores cuyas relaciones laborales están reguladas por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. En efecto el artículo 86 de la mencionada Ley consagra el derecho a la estabilidad de los trabajadores y los artículos 88, 89, 90 y 91 establecen el procedimiento que debe seguirse a fin de dirimir las controversias relacionadas con la estabilidad laboral. Asimismo, la legislación laboral establece la figura de la inamovilidad laboral, también denominada estabilidad absoluta, que consiste más allá de la garantía de estabilidad, en una protección especial que se otorga a determinados grupos de trabajadores en condiciones especiales artículo, esto es, los protegidos por fuero sindical mencionados en el artículo 419 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, y los protegidos por inamovilidad indicados



en el artículo 420 de la misma Ley. La inamovilidad implica que para poder despedir a un trabajador no solamente debe éste estar incurso en alguna de las causales tipificadas en el artículo 79 de la mencionada Ley laboral, sino que además debe seguirse el procedimiento especial dispuesto en el artículo 422, cuya omisión puede acarrear el reenganche con pago de salarios caídos conforme al procedimiento establecido en el artículo 425 de la misma Ley. La inamovilidad aunque está establecida en la Ley para ciertos grupos de trabajadores, en los últimos años se ha convertido en la regla general, por cuanto el ejecutivo nacional ha venido emitiendo anualmente decretos de inamovilidad nacional para todos los trabajadores, excepto los de dirección (Carmona, 2016).

En los hechos se presentan circunstancias en las cuales Inspectorías del trabajo, como órganos competentes para conocer de las solicitudes de reenganche en los casos de despidos sin causa justificada, se han extralimitado al intervenir en controversias por la destitución, la remoción de funcionarios públicos, e incluso han ordenado reenganches en casos para los cuales son manifiestamente incompetentes, siendo estos asuntos que deben ser ventilados en jurisdicción contencioso administrativa. Por lo general estos casos se han presentado por la errónea concepción de que si el funcionario no ingresó por concurso, no es funcionario de carrera y por tanto las inspectorías son competentes para conocer de las solicitudes de reenganche. Es este pues, otro aspecto más que se suma a la tendencia laboralizadora que ha surgido en los últimos años.

### 3. EL DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO Y LA FUNCIÓN PÚBLICA

La convención colectiva en la administración pública, es un hecho reciente data en Venezuela. Dentro de los antecedentes nacionales contemporáneos se ubica en el año



1958, la creación de una Junta Normalizadora de Salarios y Condiciones de Trabajo de los Obreros al Servicio del Estado y la subsiguiente creación de la Oficina Normalizadora de Salarios, como ente centralizador de la política colectiva del Estado; Posteriormente el Procurador General de la República asume la dirección exclusiva de todos los Contratos Colectivos, y cesa en sus funciones dicha Oficina Normalizadora de Salarios (Ramírez, 2008).

Mediante las vías de hecho, como es común en el ámbito laboral, fueron produciéndose cambios que permitieron introducir elementos del derecho laboral en el ámbito funcionarial, verbigracia las llamadas “Actas Convenio”, que eran una manera de ir regulando las condiciones de trabajo de los funcionarios, y la aceptación de la sindicalización en la función pública.

A partir de la entrada en vigencia de la Reforma Parcial de la Ley de Carrera Administrativa de 1975, se introducen aspectos relevantes de naturaleza laboral en la función pública, como lo son la aplicación a los funcionarios públicos el régimen general de prestaciones sociales de la Ley del Trabajo y el derecho a la sindicalización, lo cual condujo por la vía de los hechos a la suscripción de contratos colectivos en algunos sectores de la administración pública y al uso de la huelga como mecanismo conflictivo de lucha para exigir cumplimiento de acuerdos y reivindicaciones laborales.

Con la vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo el 01 de Mayo de 1991, y su artículo 8, se perfila definitivamente la convención colectiva de trabajo, como un instrumento normativo en cuyo ámbito de validez subjetivo era posible incorporar no solo laborantes regidos por normas de la relación común de trabajo, sino también funcionarios o empleados públicos, adquiriendo de esta forma el derecho

▼  
a discutir y aprobar convenciones colectivas del trabajo, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga.

La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, dedica un capítulo especial (del artículo 442 al 447) para regular y desarrollar las convenciones colectivas en el sector público. El legislador busca cumplir con un mandato constitucional puesto que la Constitución Nacional de 1999, en los artículos 95, 96, 97, reconoce expresamente a los trabajadores del sector público los derechos propios de la libertad sindical, derecho al conflicto, derecho a la negociación colectiva y derecho a huelga. También persigue con ello dar cumplimiento a las obligaciones que dimanarían del Convenio del OIT (Organización Internacional del Trabajo) N° 98, relativo a los principios del Derecho de Sindicación y Negociación Colectiva, ratificado por Venezuela.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

La función pública venezolana, que había estado ideada bajo esquemas de regulación estatutarias cerrada con condiciones de trabajo siempre limitadas, a la naturaleza e interés de su empleador, como es la de servicio público y el interés colectivo, las cuales les impedían el desarrollo de sus derechos individuales, de los beneficios e indemnizaciones; e igualmente les cercenaba el derecho colectivo del trabajo y a sus instituciones básicas como son las organizaciones sindicales, la negociación colectiva de trabajo y el derecho a la huelga.

El funcionario público, comienza a percatarse de su condición de legitimado activo de los mismos derechos y beneficios establecidos para los trabajadores del sector privado de la economía. Esta nueva noción del empleo público, favoreció el planteamiento por parte de los funcionarios públicos, de reivindicaciones de naturaleza

laboral, especialmente los de carácter colectivo, expresadas eminentemente por la vía de los hechos, cuyo ejemplo emblemático fueron las huelgas recurrentes en los servicios de salud y de educación que empujaron a través de las “actas convenios”, la flexibilización y permeabilidad del régimen estatutario y fueron creando mediante el reconocimiento y efectos de una verdadera convención colectiva, donde se fijaron condiciones de trabajo, beneficios, derechos e inclusive equiparaciones a normas de la legislación laboral.

Igualmente se han producido extralimitaciones y vías de hecho que han generado presiones a nuestro modo ver excesivas sobre el sistema estatutario, toda vez que éste está instituido por mandato constitucional y no es sano para el estado de derecho desconocer un sistema que por razones incuestionables establece una regulación diferenciada del ámbito laboral. Sin embargo el establecimiento de mejores condiciones para los funcionarios como fuerza humana con cuyo esfuerzo se busca lograr los cometidos del estado, es cuando menos justo.

## 5. REFERENCIAS

ALEGRÍA, Marco Aurelio. (2005). Derecho Colectivo del Trabajo. Colección Minerva. Universidad Gran Mariscal de Ayacucho. Libros de El Nacional. Caracas.

ALFONZO GUZMÁN, Rafael J. (2016). Nueva Didáctica del Derecho del Trabajo. (16ª edición). Impresos Minipres, C. A. Caracas.

BECERRA DE RAMIREZ, Francys Coromoto. (2006). La Función Pública en el Ámbito Municipal Venezolano. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas.

BREWER - CARÍAS, Allan R. (2005). Derecho Administrativo. Tomo I. (1ª edición). Universidad Externado de Colombia, Universidad Central de Venezuela. Caracas.



CABALLERO ORTIZ, Jesús. (2006). El funcionario público y el Derecho del Trabajo. ¿ Que relevancia tiene en la actualidad el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo?. Colección de estudios jurídicos de la Universidad Monteávila. Primera edición. Editorial Jurídica venezolana. Caracas

CARMONA GARCÍA, José Leonardo. (2016). Inamovilidad laboral y estabilidad relativa en Venezuela. Lito-Formas. San Cristóbal, Estado Táchira.

CASAL H., Jesús María. (2006). Constitución y Justicia Constitucional. (2ª edición ampliada). Universidad Católica Andrés Bello. Caracas

DE PEDRO FERNANDEZ, Antonio. (2004). Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública. (2ª edición). Vadell Hermanos Editores. Valencia- Caracas.

DE PIÑA, Rafael. (1970). Diccionario de Derecho. (2ª edición). Editorial Porrúa, S.A. México.

FIAMORE, María Antonieta. (2012). El ingreso por concurso público a la carrera administrativa. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas.

GARCIA - PELAYO, Manuel. (2001). Derecho Constitucional Comparado. (8ª edición). Fundación Manuel García Pelayo. Caracas.

KIRIAKIDIS L., Jorge C. (2006). Notas sobre la situación de los contratados por la administración pública en la ley de la función pública. Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas.

LARES MARTINEZ, Eloy. (2001). Manual de Derecho Administrativo. (12ª edición). Editorial Exlibris. Caracas.

RAMÍREZ, Gerardo. (2008). La Laborización de la función pública en La estructura de las cláusulas normativas en la convención colectiva de trabajo en el Régimen Funcionarioal. Trabajo de Grado presentado para optar al grado de Magíster en Derecho Laboral y Administración del Trabajo. Mención: Derecho Laboral. Universidad del Zulia. Maracaibo.