

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO**

**ESTABILIDAD DE LA FUNCIONARIA PÚBLICA DE LIBRE
NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN
EN ESTADO DE GRAVIDEZ**

Trabajo Especial de Grado para optar al
Grado de Especialista en Derecho del
Trabajo

Autor: Karla Caterina Veitía González
Asesor: Dr. Alejandro Cáribas

Caracas, 12 de diciembre de 2006

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO

APROBACION DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Karla Caterina Veitía González**, para optar al Grado de Especialista en Derecho del Trabajo, cuyo título es: **Estabilidad de la Funcionaria Pública de Libre Nombramiento y Remoción en Estado de Gravidéz**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los doce (12) días del mes de diciembre de 2006.

Dr. Alejandro Cáribas

C.I. _____.

A mis padres, mi mayor apoyo e inspiración

Mi agradecimiento infinito a todas las personas
que de una u otra forma colaboraron para hacer
de este proyecto una realidad

Al Dr. Cáribas, por toda su paciencia, su
conocimiento, su tiempo y ánimo de cooperación
permanentes

A Cecilia y Andreina, queridas amigas y colegas,
por su apoyo y amistad incondicional

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
APROBACIÓN DEL ASESOR	ii
DEDICATORIA.....	iii
RECONOCIMIENTOS.....	iv
INDICE GENERAL.....	v
LISTA DE SIGLAS	vii
RESUMEN.....	viii
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO	
I. CONTENIDO Y ALCANCE DE LA PROTECCION INTEGRAL DE LA MATERNIDAD.....	5
A. Fundamento político y social de la protección de la maternidad.....	5
B. Mecanismos de protección a la maternidad.....	10
II. CONTENIDO Y ALCANCE DEL RÉGIMEN GENERAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL DE LA TRABAJADORA EN ESTADO DE GRAVIDEZ.....	17
A. Fuero maternal.....	17
B. Régimen legal del trabajo de la mujer embarazada en el sector privado.....	25

III. RÉGIMEN DE ESTABILIDAD DE LA FUNCIONARIA PÚBLICA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN.....	32
A. Noción de función pública.....	32
B. Noción de servidor público.....	36
C. Régimen general de estabilidad de los servidores públicos.....	44
D. Incidencia del fuero maternal en el régimen general de estabilidad de las servidoras públicas.....	47
IV. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES Y POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LA ESTABILIDAD DE LA FUNCIONARIA PÚBLICA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION EN ESTADO DE GRAVIDEZ.....	51
CONCLUSIONES.....	65
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	68

LISTA DE SIGLAS

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela	CRBV
Corte Primera de lo Contencioso Administrativo	CPCA
Corte Suprema de Justicia	CSJ
Ley de Carrera Administrativa	LCA
Ley del Estatuto de la Función Pública	LEFP
Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos	LOPA
Ley Orgánica del Trabajo	LOT
Organización Internacional del Trabajo	OIT
Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo	RLOT
Tribunal Supremo de Justicia	TSJ

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO DEL TRABAJO**

**ESTABILIDAD DE LA FUNCIONARIA PÚBLICA DE LIBRE
NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN
EN ESTADO DE GRAVIDEZ**

Autor: Karla Caterina Veitía González.
Asesor: Dr. Alejandro Cáribas.
Fecha: 12 de Diciembre 2006

RESUMEN

Se analiza el contenido y alcance de la estabilidad de las funcionarias públicas de libre nombramiento y remoción en estado de gravidez, partiendo del contexto constitucional de la protección integral a la maternidad, se revisa la normativa, la doctrina y la jurisprudencia que rige la protección foral por maternidad en términos generales, y de las funcionarias públicas de libre nombramiento y remoción de manera más específica, ello en virtud de que la capacidad de procreación es uno de los elementos más importantes para la continuidad de la especie humana, y en la misma inciden factores de orden social, psicológico, económico, político, etc. Se evidencia la confrontación de dos situaciones susceptibles de protección y tutela jurídica por parte del Estado; por una parte, la maternidad, y por otra, la continuidad y eficiencia del aparato administrativo público, la cual ha sido resuelta, como se comprueba del resultado de la investigación, a favor del bien jurídico tutelado maternidad. El presente trabajo sigue para su desarrollo el diseño monográfico, de tipo documental a nivel descriptivo, siendo una investigación analítica y de desarrollo conceptual, en la cual se utiliza como técnica el análisis de contenido cualitativo, en el que el apoyo principal de la investigación esta constituido por una amplia revisión bibliográfica y documental, así como de los variados aspectos que las decisiones de los tribunales han abordado y de las consideraciones de parte de la doctrina y de las leyes involucradas.

Descriptores: Estabilidad, estado de gravidez, funcionarias públicas, tutela jurídica.

INTRODUCCION

El alcance de la protección al trabajo de la mujer, pese a la progresiva constitucionalización y reconocimiento jurídico de sus derechos económicos y sociales, continúa siendo objeto de densos debates. Es permanente la diatriba acerca de la fundamentación ético-política, naturaleza, valor normativo y modo de protección al trabajo de la mujer, tanto en el ámbito de diferentes dogmáticas, como en la teoría y filosofía jurídica. En todos ellos, se pone de manifiesto que estos derechos ofrecen rasgos y peculiaridades que ensombrecen la conveniencia e, incluso, la posibilidad de reconocerles rango iusfundamental.

A la imprecisión de encontrarnos ante uno de los conceptos más inciertos y menos unívocos del derecho público – derechos sociales - se añade la existencia de una cierta conciencia que los derechos sociales en general, y muy particularmente, los derechos prestacionales, o no son auténticos derechos fundamentales, representando una suerte de retórica jurídica, o bien, en el mejor de los casos, son derechos disminuidos o en formación.

Si bien la legislación social y laboral ha venido progresivamente superando las sempiternas discriminaciones hacia la mujer en cuanto a los asuntos económicos, la superación de esas discriminaciones en la esfera social no ha alcanzado la plenitud deseada. Dentro de éstas se destaca el objeto de este trabajo, la protección de la mujer embarazada en el sector público, desde la perspectiva de la permanencia temporal en el cargo y su remoción o retiro sólo por las causales establecidas en la Ley y cumpliéndose el procedimiento de rigor.

La legislación laboral venezolana a lo largo de su evolución histórica ha consolidado un conjunto de indicadores, prerrogativas y derechos asociados a la mujer con ocasión de la gestación y la maternidad.

Dentro de la dinámica de cambio y reformulación del orden jurídico imperante en el país desde la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999, y partiendo del contexto constitucional de la protección integral a la maternidad, en el Capítulo I del presente trabajo se tratarán los aspectos generales y fundamentales que rigen la protección foral por maternidad.

Seguidamente, en el Capítulo II, se estudiará la situación general de estabilidad laboral de la mujer trabajadora en estado de gravidez, para luego, en el Capítulo III, determinar la incidencia de ese fuero maternal pero ya específicamente para el caso de la funcionaria pública de libre nombramiento y remoción; por ser ese aspecto objeto de tutela por parte del Estado, en virtud que la capacidad de procreación, es uno de los elementos más importantes para la continuidad de la especie humana, y en la que inciden factores de orden social, jurídico, psicológico, económico, político, etc.

Lo dicho, nos ubica frente a dos situaciones jurídicas susceptibles de protección por parte del Estado, a saber, la naturaleza jurídica del cargo de funcionario público, específicamente cuando es de libre nombramiento y remoción, ya que éste ofrece al jerarca la facultad discrecional de proveerlo con la persona que considere conveniente sin que el juez esté facultado para penetrar el ámbito de tal discrecionalidad y, consecuentemente, su titular pierde toda estabilidad; frente al bien social y jurídico tutelado como es el del fuero maternal, y que en principio ampara a quienes se encuentran en estado de gravidez.

Finalmente, en el Capítulo IV, se analizarán las normas constitucionales, laborales y administrativas, así como las posturas doctrinas y los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia.

La metodología utilizada en el presente trabajo, es de tipo documental, de corte monográfico a nivel descriptivo.

En cuanto al tema principal a ser tratado, se pudo constatar la existencia de vasto material jurisprudencial en torno al tema de la estabilidad laboral asociada al estado de gravidez de las trabajadoras del sector privado, resultando por el contrario escasa respecto al mismo tema pero en el ámbito del sector público, específicamente, respecto a las funcionarias públicas de libre nombramiento y remoción bajo la misma condición de gravidez.

Igualmente, de la revisión bibliográfica, documental y doctrinaria se evidenció, que en efecto, el tema de la estabilidad es abordado de una forma general por importantes juristas y tratadistas nacionales, los cuales no profundizan sobre este particular en el ámbito del derecho funcional, de quien siendo funcionaria pública se encuentra en estado de gravidez. Adicionalmente, el tema relativo a la protección de la mujer trabajadora y de la maternidad es más bien enfocado desde un punto de vista económico y social, que jurídico, y con mayor énfasis en el ámbito del sector privado que en el público.

El material recopilado para la elaboración de este trabajo especial de grado, está constituido por distintos textos de autores venezolanos, ponencias nacionales, y en cuanto al marco jurídico, se analizaron los cuerpos normativos que regulan la materia en estudio, tales como la Constitución de

la República Bolivariana de Venezuela, los convenios internacionales suscritos por Venezuela, y las demás leyes laborales y administrativas.

De tal manera que el aporte del presente trabajo de investigación esta orientado a determinar el verdadero alcance de la protección a la mujer embarazada y a la maternidad, específicamente para aquella que labora como funcionaria pública de libre nombramiento y remoción.

CAPITULO I

CONTENIDO Y ALCANCE DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA MATERNIDAD

A. FUNDAMENTO POLÍTICO Y SOCIAL DE LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos la mujer constituye un sujeto de protección especial, ello motivado a elementos fisiológicos y circunstancias sociales que se han visto reflejados en la historia de la humanidad, principalmente, en los tiempos de la Revolución Industrial, momento histórico trascendente que tiene su epicentro en Inglaterra a mediados del siglo XVIII y principios del siglo XIX, y que desencadena a nivel mundial el cambio de una economía agraria y artesana a otra dominada por la industria y la mecanización de la producción, es decir, del trabajo manual al de la máquina.

Así, el autor Arístides Silva,¹ señala que el desarrollo industrial trajo como consecuencia que los trabajadores fueran abiertamente explotados, y que las mujeres comenzaran a competir en el mercado laboral con los hombres, pero trabajaban sobre todo en las primeras fases de elaboración de la lana y en las fábricas textiles. Los dueños de las empresas preferían emplear a mujeres en este tipo de sectores, por su habilidad y porque pagaban menores salarios.

¹ Silva, A., y Mata, M. (2005). *La llamada revolución industrial*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello. Pág. 231.

Lo habitual era que las mujeres fueran explotadas en las factorías, institucionalizándose un sistema en el que predominaban los bajos salarios, pésimas condiciones de medio ambiente de trabajo, largas jornadas de trabajo y otra serie de abusos que, junto con el trabajo infantil, eran algunos de los peores ejemplos de la explotación de los trabajadores durante el primer capitalismo industrial.

De tal manera, fue evolucionando la actividad productiva y con esta, la adecuación de sistemas sociales y jurídicos, favoreciendo con ello la creación de cuerpos normativos que consagran la protección tanto del hombre como de la mujer empero, según ya se dijo, en función de sus diferencias derivadas de elementos fisiológicos y circunstancias sociales; que a su vez se traducen en funciones naturales y sociales de uno y otro.

Con el progreso del sector industrial, la reducción del salario fue cada vez mayor, lo que unido a las pésimas condiciones ambientales de trabajo llevó a despertar la conciencia de la masa trabajadora, propiciando movimientos sociales que dieron origen a las primeras leyes laborales, y según acota el Dr. Rafael Alfonso Guzmán, es así como se inicia históricamente el Derecho del Trabajo:

“(…) con la promulgación de las primeras leyes destinadas a la protección de la mujer y del menor, personas físicamente menos aptas para el esfuerzo muscular exigido por la inmensa mayoría de las labores de comienzos de la moderna era industrial.”

Destacando además que:

“(…) filósofos, filántropos y políticos, entre los cuales sobresalen Sir Robert Peel, Jules Simon y el mismo Carlos Marx, alientan con sus llamados y advertencias contra la escandalosa realidad una reacción generalizada favorable a la promulgación de leyes atentas al cuidado de la mujer y del menor, como células vitales del cuerpo social.”²

Dentro de esas normas protectoras del trabajo, fueron evolucionando las normas relativas a la protección de la mujer trabajadora, especialmente, de aquella que se encuentra en estado de gravidez; y es que precisamente señala la OIT³ que en los últimos 45 años, se ha producido una creciente toma de conciencia en relación con la influencia del medio ambiente de trabajo en las cuestiones de salud, principalmente, en aquellas que afectan al embarazo y crianza, así como de los resultados negativos que suele tener el embarazo cuando se asocia con la exposición materna a sustancias, agentes y procesos peligrosos.

Indicando además, que esa concienciación ha tenido como resultado un nuevo enfoque de la legislación sobre seguridad y salud en algunos países, que ha pasado de un planteamiento exclusivamente dirigido a proteger a las mujeres embarazadas, a las madres que están criando o a las mujeres en sus años de crianza, para adoptar actualmente otro planteamiento encaminado a la protección de trabajadores en general ante los peligros que puedan afectar a sus funciones de procreación en el lugar de trabajo.

En el mismo orden de ideas, la OIT, considera que los riesgos en el lugar de trabajo comprenden los agentes químicos, físicos y biológicos, los

² Alfonzo, R. (2004). *Nueva didáctica del derecho del trabajo* (13ª. ed.). Caracas: Autor. Pág. 25.

³ Organización Internacional del Trabajo (1999). *Conferencia internacional del trabajo 87.a reunión 1999. Informe V La protección de la maternidad en el trabajo* [Documento en Línea]. Consultado el 04 de abril de 2006 en: <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm>

procedimientos industriales considerados como peligrosos para la seguridad o salud de las trabajadoras embarazadas y lactantes, así como las condiciones de trabajo que suponen movimientos y posturas insalubres, fatiga mental y física y demás cargas físicas y mentales.

Así, la exposición a los productos químicos tóxicos, a los agentes biológicos, a los metales pesados y a las radiaciones ionizantes constituye una fuente de profunda preocupación para las trabajadoras en edad de procrear, puesto que se han visto envueltas en un creciente número de casos de aborto espontáneo, nacimientos prematuros, malformaciones fetales y cáncer infantil. Los efectos mutagénicos, teratogénicos, carcinogénicos y embriotóxicos de tales sustancias ocurren en distintos estadios del embarazo y, en determinados casos, las exposiciones anteriores al embarazo de uno de los padres pueden estar implicadas en los resultados negativos.

Todo lo anterior, plantea una contraindicación inevitable entre el objetivo estatal de preservar el crecimiento demográfico y la promoción de la mano de obra femenina en la expresión económica.

Según informe de la OIT,⁴ desde la adopción en 1952 de su Convenio N° 103 sobre la Protección de la Maternidad, los Estados miembros de la referida Organización, han logrado un avance considerable en la concesión de protección en virtud de la maternidad a las mujeres trabajadoras; sin embargo, todavía no está asegurada una cobertura universal a todas las trabajadoras.

⁴ Organización Internacional del Trabajo (1997). **Informe de la revisión del Convenio Número 103 sobre protección de la maternidad y de la Recomendación número 95 sobre la protección de la maternidad** [Documento en Línea]. Consultado el 20 de marzo de 2006 en: <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm>

Es de significar, que además del referido instrumento, las normas internacionales del trabajo que rigen la protección de la maternidad, están contempladas en el Convenio N° 3 de la misma OIT sobre la Protección de la Maternidad de 1919⁵, instrumento éste vigente para el caso venezolano, ya que aquél debió ser denunciado en 1985, en virtud que al momento de su ratificación el Gobierno Venezolano no se acogió a la excepción expresamente permitida en el artículo 7 del mismo, sobre las categorías de trabajos a las que puede no aplicárseles el convenio en cuestión, siendo que en ese entonces la legislación nacional no permitía el cumplimiento amplio de dicho instrumento. En ese sentido, se mantiene la vigencia del Convenio N° 3. [Recomendación N° 95 sobre Protección de la Maternidad, 1952].⁶

Aunque la vasta mayoría de países en el mundo conceden por ley una licencia retribuida de maternidad y muchos otros ofrecen prestaciones sanitarias y protecciones del empleo, la distancia entre la ley y la realidad sigue siendo enorme. Los modelos de protección son desiguales y dan lugar a que algunas mujeres disfruten de buenas prestaciones, mientras que otras están total o parcialmente desprotegidas.

En tal sentido, encontramos que el artículo 76 de la CRBV,⁷ establece que el Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad desde la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, entendido éste último como el “tiempo o período que inmediatamente sigue al parto.”⁸

⁵ Convenio N° 3 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Protección de la Maternidad 1919 (1945). *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela*, 118 (Extraordinario), Enero 04 de 1945.

⁶ Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (1986). *Síntesis de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Venezuela* [Base de datos en línea]. Consultado el 01-09-2006 en: <http://www.inpsasel.gov.ve/paginas/conveniooit.htm>

⁷ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 36.860 (Extraordinario), Diciembre 30 de 1999.

⁸ *Diccionario Enciclopédico* (2002). España: Espasa Calpa, S.A. Pág. 1412.

Es el caso, que esta protección integral a la maternidad que consagra el Texto Fundamental Venezolano rige, sin excepción, para todas las mujeres en estado de gravidez y comprende fundamentalmente la garantía de acceso al mejor empleo, la promoción y la estabilidad en el trabajo, la salud y la seguridad económica antes y después del parto, y el derecho a la lactancia.

Al respecto, encontramos que la LOT vigente⁹ acoge el precepto constitucional y consagra, entre otras cosas, la inamovilidad de la mujer trabajadora en estado de gravidez durante el embarazo y hasta un (01) año después del parto.

No obstante ello, este tema sobre la protección de la maternidad, ha tenido diversos tratamientos por los tribunales venezolanos, variando en función de la normativa que lo regula, independientemente del contexto privado o público en el que se desarrolle la prestación personal del servicio.

B. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD

La CRBV, en su artículo 76, señala al Estado como principal garante de la asistencia y protección integral a la maternidad, en general, a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio.

En este particular, ha de observarse que el mencionado postulado constitucional garante de la asistencia y la protección integral a la maternidad, debe ser interpretado en armonía con lo pautado en el artículo

⁹ Ley Orgánica del Trabajo. (1997). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5.152 (Extraordinario), Junio 19 de 1997.

23 ejusdem, por cuanto el derecho a la vida, del cual también es titular el feto, es un derecho humano fundamental.

Es el caso que, el artículo 23, referido ut supra, establece que los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional, prevalecen en el orden interno en la medida en que contengan normas sobre el goce y ejercicio más favorables, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.

Por lo cual, las normas internacionales protectoras de la maternidad, en salvaguardar el derecho humano fundamental a la vida, del cual también es titular el feto que está por nacer, son de obligatoria observancia por todo operador jurídico en Venezuela.

En tal sentido, tenemos que el artículo 25 ordinal segundo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, establece que "...La maternidad y la infancia tienen derecho a un cuidado y asistencia especial..."¹⁰

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Artículo 10 establece que:

"...Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o prestaciones adecuadas de seguridad social..."¹¹

¹⁰ Organización de las Naciones Unidas (1948). **Declaración universal de los derechos humanos** [Documento en Línea]. Consultado el 10 de abril de 2006 en: <http://www.defensoria.gov.ve>

¹¹ Organización de las Naciones Unidas (1966). **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales** [Documento en Línea]. Consultado el 10 de abril de 2006 en: <http://www.defensoria.gov.ve>

Asimismo, los numerales 1° y 2° del artículo 3 del Convenio N° 103 de la OIT, establecen que:

“(...) 1.- Toda mujer (...) tendrá derecho, mediante presentación de un certificado médico en el que se indique la fecha presunta del parto, a un descanso de maternidad. 2. La duración de este descanso será de doce semanas por lo menos; una parte de este descanso será tomada obligatoriamente después del parto (...)”¹²

Igualmente, establece el artículo 6 ejusdem que:

“Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

La precitada norma, se encuentra desarrollada en los mismos términos, en el Convenio N° 3, ya citado.

En razón de todo lo anterior, resulta imperioso colegir que en el orden constitucional venezolano, el Estado garantiza a toda mujer trabajadora protección y asistencia especial con ocasión a la maternidad; la cual comprende, como mínimo, una licencia remunerada a cargo de la seguridad social, para ausentarse de su lugar de trabajo durante por lo menos doce semanas, siendo calificado como ilegal todo despido, destitución o remoción que haga el empleador de dicha trabajadora en el transcurso de tal período sin que medie causa justificada, debidamente calificada mediante un procedimiento contradictorio.

¹² Convenio N° 103 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Protección de la Maternidad. (1981). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 2.850 (Extraordinario), Agosto 27 de 1981.

En efecto, el legislador venezolano además de acoger tales postulados constitucionales los amplió en su contenido en beneficio de la trabajadora embarazada, al establecer en los artículos 384 y 385 de la LOT vigente que “(...) la mujer trabajadora en estado de gravidez gozará de inamovilidad durante el embarazo y hasta un (1) año después del parto...” y que “...la trabajadora en estado de gravidez tendrá derecho a un descanso durante seis (6) semanas antes del parto y doce (12) semanas después(...)”

En tal sentido, encontramos la sentencia de los tribunales venezolanos en la cual expresamente se deja sentado que:

“(...) toda funcionaria de carrera o de libre nombramiento y remoción, que esté en estado de gravidez, encuentra una protección especial de carácter constitucional por medio de la cual efectivamente no podrá ser removida, retirada, trasladada, o desmejorada en sus condiciones de trabajo, salvo que incurra en causas que lo justifiquen, para lo cual deberá el ente a quien corresponda abrir un procedimiento tendiente a demostrar dichas causas con todas las garantías de defensa, alegación y contradicción necesarias(...)”¹³

Sin embargo, este avance jurisprudencial entró inmediatamente en retroceso, en criterio del investigador, por erradas interpretaciones judiciales de los postulados constitucionales y de normas legales expresas protectoras de la maternidad.

En efecto, con posterioridad al reconocimiento jurisprudencial de la protección foral por maternidad a funcionarias públicas en estado de gravidez, fue reiterado el criterio según el cual dicha protección sólo abarca

¹³ Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 04 de abril de 2001. **Lilian Carvajal vs Consejo Legislativo del Edo. Amazonas**. Expediente N° 00-23473. Venezuela.

“(...) el lapso que dure el embarazo y sus correspondientes períodos pre y post natal que la legislación especial prevé (...)”¹⁴

Obsérvese que, dicho criterio jurisprudencial limita la protección foral por maternidad al periodo del embarazo y el correspondiente descanso pre y post natal, cuando en realidad ha debido aplicar supletoriamente la LOT, en virtud de lo dispuesto en su artículo 8, y por ende hacer extensivo la protección in comento en los términos establecidos en el artículo 384 *ibídem*, es decir hasta un (1) año después del parto.

Igualmente, la jurisprudencia venezolana se permitió considerar pertinente que “(...) restablecer la situación jurídica lesionada (...) implica que se efectúen los pagos de los beneficios socioeconómicos”¹⁵; cuando en realidad se trata de un derecho constitucional susceptible de amparo y cuya transgresión sólo puede ser resarcida por el juzgador al declarar, con fundamento en lo pautado en el artículo 19 de la LOPA¹⁶, la nulidad del acto administrativo de remoción de una funcionaria pública en estado de gravidez que no sea producto de un procedimiento administrativo que cumpla con todas las garantías de defensa, alegación y contradicción.

Lo dicho traería como consecuencia, en principio, que se considere que la funcionaria pública afectada por el acto administrativo de remoción declarado nulo, nunca fue separada del cargo que ejercía y por ende se debe proceder a su inmediata reincorporación y, además de las indemnizaciones que sean

¹⁴ Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 04 de abril de 2002. **S.V. Olivares vs Corpozulia**. Expediente N° 02-26919. Venezuela.

¹⁵ Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 10 de mayo de 2002. **Linne E. Pinto de Paz vs Presidente del Consejo Legislativo del Estado Zulia**. Expediente N° 01-26366. Venezuela.

¹⁶ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (1981). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 2.818 (Extraordinario), Julio 1 de 1981.

procedentes, se le debe imputar el tiempo que haya transcurrido a su antigüedad en la administración pública.

En el mismo orden de ideas, la CPCA¹⁷ ha dejado sentado que, para aquellos casos en los cuales el órgano administrativo involucrado no hubiese esperado que transcurriera el lapso para que se considerarían extinguidos los correspondientes permisos para proceder a separar del cargo a una funcionaria pública que se encuentre bajo la protección especial del fuero maternal, procedería entonces su reincorporación por el tiempo que faltase para que se vencieran dichos permisos.

Continúa la CPCA¹⁸ aclarando, en lo atinente a la reincorporación, que en aquellos casos de reorganización administrativa en los términos previstos en la Constitución y en las Leyes, en los cuales se hubiese ocasionado la supresión del cargo que era desempeñado por la funcionaria pública bajo las condiciones in comento, no existe la posibilidad material de ordenar tal reincorporación; debiendo cancelársele lo que le corresponda por el tiempo que debió permanecer activa en la nómina del personal al servicio del respectivo organismo, incluido el período correspondiente al permiso postnatal.

Esto último, como consecuencia de, como bien señala la CPCA:

“(...) que el acto de remoción por razones de reestructuración administrativa no requiere apertura de un procedimiento administrativo previo a la constitución del acto definitivo, en el

¹⁷ Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 13 de marzo de 2003, **Yelizbeth Yáñez Lira vs Instituto Autónomo Regional de Vialidad del Estado Carabobo (INVIAL)**. Expediente N° 03-000538. Venezuela.

¹⁸ *Ibíd.*

que la funcionaria tenga que intervenir de alguna manera (...)", indicando además que "(...)la estabilidad en el cargo (...) es un derecho supeditado a las causales de retiro previstas en las Leyes y no un derecho absoluto (...) por lo que este tipo de funcionarios pueden ser suspendidos, removidos o destituidos de acuerdo a los supuestos y procedimientos consagrados en la Ley, siendo uno de tales supuestos la reorganización administrativa."¹⁹

¹⁹ Ibid.

CAPITULO II

CONTENIDO Y ALCANCE DEL REGIMEN GENERAL DE LA ESTABILIDAD LABORAL DE LA TRABAJADORA EN ESTADO DE GRAVIDEZ

A. FUERO MATERNAL

La protección a la maternidad, como ya se dijo, comprende esencialmente la garantía de acceso al empleo, la promoción y la estabilidad en el trabajo, la salud y la seguridad económica antes y después del parto y el derecho a la lactancia; confiere a la mujer trabajadora que se encuentra embarazada o en la fase del puerperio, el denominado fuero maternal²⁰, lo cual se traduce en inamovilidad que emana de su especial condición, y en consecuencia, no podrá ser removida, retirada, trasladada, o desmejorada en sus condiciones de trabajo, sin causa justificada, en los términos previstos en la normativa respectiva.

En el Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973²¹, se consagra por primera vez y de manera expresa en el ordenamiento jurídico venezolano, la inamovilidad durante el embarazo (más allá del período pre y post natal); disposición esta que no fue desarrollada en los mismos términos que en la Ley del Trabajo de 1936²² ni en su momento en el Convenio N° 103 de la OIT, ya que en estos instrumentos normativos la inamovilidad de la

²⁰ Orellana, I. *La mujer y la Ley del Trabajo*. (1990). Caracas: Publicaciones El Pueblo. Pág. 16.

²¹ Reglamento de la Ley del Trabajo. (1973). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 1.631 (Extraordinario), Diciembre 31 de 1973.

²² Ley del Trabajo. (1936). *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela*, (Extraordinario), Julio 16 de 1936.

trabajadora embarazada sólo comprendía el período pre y post natal y era sólo por efecto de la suspensión del contrato de trabajo durante ese lapso.

Así tenemos, que el artículo 218 del Reglamento de la Ley del Trabajo de 1973 disponía que:

”Las mujeres en estado de gravidez no podrán ser despedidas. Cuando incurran en alguna de las causales establecidas (...) en la Ley del Trabajo para su despido será necesaria la calificación previa del Inspector del Trabajo de la jurisdicción.”

Igualmente, el artículo 77 de la Ley del Trabajo de 1936, señalaba que:

“(...) la mujer tendrá derecho a dejar de asistir al trabajo desde seis semanas antes del alumbramiento hasta seis semanas después del mismo, o por mayor tiempo a causa de alguna enfermedad que según certificado médico sea consecuencia del embarazo o parto, que la incapacite para el trabajo, conservando su derecho al empleo.”

Y finalmente el artículo 6 del referido Convenio N° 103 establece que:

“Cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”²³

En el mismo orden de ideas, es importante resaltar, que en este Convenio N° 103 sobre la Protección de la Maternidad se mejoran ostensiblemente las garantías establecidas en el Convenio N° 3²⁴, ambos antes citados. Así, éste

²³ Convenio N° 103 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Protección de la Maternidad. Op.cit.

²⁴ Convenio N° 3 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Protección de la Maternidad 1919. Op.cit., artículo 4.

último dispone que toda mujer tiene derecho a un descanso de maternidad, que deberá tener una duración de doce semanas, por lo menos, parte de las cuales será tomada obligatoriamente después del parto, pero en ningún caso menor a las seis semanas; con idénticas disposiciones en cuanto a la ilegalidad del despido durante ese período, en los términos indicados supra.

La normativa laboral protectora de la maternidad y la familia tiene su fundamento en el ya citado artículo 76 de la CRBV, al señalar que el Estado garantizará la protección de la maternidad, a partir de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio; de donde se fundamenta su ámbito de aplicación general, y por lo que debería entenderse que abarca a todas las trabajadoras tanto del sector público como privado.

Actualmente, el RLOT²⁵, no desarrolla tan extensamente lo relativo a la protección de la maternidad; a diferencia de la normativa derogada, éste se limita a tratar lo relativo a la contratación preferente en función de cargas familiares, a la discriminación precontractual con ocasión al embarazo, y el permiso por lactancia. Así tenemos:

Artículo 98: Quien aspire a obtener un empleo y acredite responsabilidades familiares, deberá, en igualdad de condiciones, ser preferido por el patrono o patrona (...).

Artículo 99: Si quien optare a un empleo se considerare discriminada por razón de su embarazo, podrá ejercer la acción prevista en el artículo 14 del presente Reglamento.

Artículo 100: El período de lactancia (...) no será inferior a seis (6) meses contado desde la fecha del parto, sin perjuicio de que los Ministros del Trabajo y Salud puedan extender este período mediante Resolución conjunta. La mujer trabajadora,

²⁵ Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. (2006). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 38.426, Abril 28 de 2006.

finalizado el período de licencia postnatal, notificará al patrono o patrona la oportunidad en que disfrutará los descansos diarios para la lactancia. El patrono o patrona solo podrá imponer modificaciones a lo planteado por la trabajadora, cuando a su juicio ello afecte el normal desenvolvimiento de la unidad productiva y lo acredite fehacientemente.

Desde la primera Ley del Trabajo de 1928²⁶, se resguarda la salud de la mujer trabajadora; así tenemos, los artículos que consagraban dicha protección:

Artículo 14: La jornada de trabajo de las mujeres y de los menores (...) sólo podrá prestarse en las horas comprendidas entre las seis de la mañana y las seis de la tarde.

Artículo 15: Se prohíbe emplear a menores (...) en los trabajos de minas, en los talleres de fundición, empresas que acarreen riesgos para la vida o riesgos de intoxicación, y en trabajos superiores a sus fuerzas, o que impidan o retarden su desarrollo físico normal. Queda también prohibido el trabajo de las mujeres en el interior de las minas.

Artículo 16: Se prohíbe emplear mujeres y menores hábiles para el trabajo en Empresas que puedan perjudicar su moralidad o sus buenas costumbres, y en ningún caso en detales de licores.

Artículo 17: Se prohíbe emplear mujeres en estado de gravidez en trabajos que por requerir esfuerzos físicos considerables, o por otras circunstancias, sean capaces de producir el aborto, o de impedir el desarrollo normal del feto.

Artículo 18: Durante el período de la lactancia las mujeres tendrán derecho a dos descansos diarios, de medio hora cada uno, para amamantar a sus hijos. Este tiempo no se les descontará de su salario.

²⁶ Ley del Trabajo. (1928). *Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela*, (Extraordinario), Agosto 13 de 1928.

En el contexto normativo de los artículos correspondientes a las leyes derogadas, se vedaba la realización de labores que requerían esfuerzo físico importante a la mujer embarazada; sin embargo, como señala Fernando Villasmil, “ahora el legislador, en lugar de prohibirle el empleo en labores fatigosas o que exigen un esfuerzo considerable, simplemente la exime de trabajar en tales labores, una vez diagnosticado su embarazo”²⁷, acotando además que “si el trabajo que la mujer ejecuta resultare perjudicial para su estado, y no se produce la reubicación o traslado a otro sitio de trabajo, la trabajadora puede negarse legítimamente a ejecutar su labor, sin que tal negativa constituya un abandono de trabajo.”²⁸

Si bien desde el punto de vista conceptual pareciera que hay una cierta disminución de la protección hacia la mujer en aquel tipo de actividades, en la práctica, el desempeño o no de dicho trabajo, se encuentra sujeto a que la trabajadora invoque el efecto perjudicial que el mismo genera en su salud, ya que prohibida la actividad o establecida su exención, se encuentra supeditado a que la mujer haga valer tal derecho, de manera que la norma per se, no representa disminución de los derechos a la protección contra este tipo de trabajo.

Así pues, el derecho a obtener la protección legal por maternidad se obtiene por el embarazo y el parto clínicamente diagnosticado²⁹; la prueba de la maternidad se acredita con el certificado médico³⁰ o los exámenes de laboratorio que comprueben el embarazo y la fecha probable de parto.

²⁷ Villasmil, F. (2000). *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo* (Tomo II). Maracaibo: Editorial Monfort. Pág. 112.

²⁸ *Ibíd.*, pág. 113.

²⁹ Reglamento General de la Ley del Seguro Social. (1991). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 4.267 (Extraordinario), Abril 8 de 1991. Artículo 139.

³⁰ Convenio N° 103 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Protección de la Maternidad. *Op.cit.*, artículo 3.

En tal sentido, es importante destacar el señalamiento hecho por Jorge Longa respecto a que “el patrono no incurre en responsabilidad alguna si la mujer trabajadora no ha manifestado su embarazo o cuando éste no haya sido notorio, de manera que el empleador pudiere haber tomado las previsiones del caso.”³¹

Cabe señalar, que cuando la mujer trabajadora desee ampararse en la Ley y disfrutar de los beneficios que ésta le otorga, tiene la posibilidad de exigir que le practiquen los exámenes pertinentes a determinar su condición.

Así, corresponde a la trabajadora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 381 de la LOT vigente, suministrar al empleador dicha prueba para ampararse en las disposiciones legales, y desde el momento en que acredita la prueba del embarazo obtiene automáticamente la protección de la Ley, sin importar que su apariencia física no revele su estado. Así señala la norma:

Artículo 381: En ningún caso el patrono exigirá que la mujer aspirante a un trabajo se someta a exámenes médicos o de laboratorio destinado a diagnosticar embarazo, ni pedirle la presentación de certificados con ese fin. La mujer trabajadora podrá solicitar que se le practiquen dichos exámenes cuando desee ampararse en las disposiciones de esta Ley.

Correlativamente y desde el momento en que la trabajadora invoque la protección legal, el empleador está obligado a respetar el fuero maternal, a menos que demuestre la falsedad o falsificación de los certificados médicos o de laboratorio, mediante acción principal o incidental.

³¹ Longa, J. (1999). *Ley Orgánica del Trabajo comentada* (Vol. II). Distribuciones Jurídicas J. Santana: San Cristóbal. Pág. 713.

Se recoge en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1999, es el caso que:

El despido durante la licencia de maternidad está prohibido en los Convenios sobre la protección de la maternidad (núms. 3 y 103), y el período de protección se amplió en la Recomendación núm. 95, según la cual debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de esa mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes después de la terminación del período de descanso de maternidad.

(...) un gran número de legislaciones se limitan a vincular la concesión de la licencia de maternidad a la presentación de un certificado médico, de conformidad con el Convenio núm. 103. Tal es el caso, por ejemplo, en Bahrein, Bélgica, Botswana, Colombia, Fiji, Francia, Guatemala, Haití, Honduras, Iraq, Islandia, Islas Salomón, Italia, Líbano, Luxemburgo, Paraguay, Portugal y en la República Árabe Siria (...)

(...) Los procedimientos que deben seguirse para la notificación, ya sea porque ésta incumba directamente a la trabajadora o porque se concrete o formalice mediante un certificado expedido por un médico u otra autoridad médica competente, son más o menos estrictos, según los casos. En Alemania, por ejemplo, se debe comunicar lo antes posible al empleador tanto el embarazo como la fecha presunta del parto. En Australia, la legislación federal relativa a la licencia de maternidad y a la licencia parental dispone que la mujer comunique al empleador su embarazo y su intención de tomar licencia con diez semanas de antelación por lo menos, y que debe presentar su solicitud de licencia cuatro semanas antes, por lo menos, e indicar en la solicitud la fecha de comienzo y la fecha de terminación de la licencia. En Austria, la mujer embarazada debe informar a su empleador sobre su embarazo y la fecha prevista del parto tan pronto como tenga conocimiento de su estado; también tiene que señalar, con cuatro semanas de antelación, la fecha inicial de la licencia prenatal.

En Irlanda y en el Reino Unido, la notificación es objeto de un procedimiento bastante estricto, cuyo incumplimiento puede incluso privar a la mujer de la protección de los tribunales en caso de conflicto.

(...) La falta de información no tiene tampoco necesariamente consecuencias legales en países como Francia, donde la mujer está protegida por el hecho en sí de estar embarazada y de que su empleador tenga conocimiento de su estado, sea cual sea el medio por el cual haya sido informado. Lo mismo ocurre en Dinamarca, Italia y Grecia. En Finlandia, para poder gozar de todos los derechos inherentes a la protección la trabajadora sólo tiene obligación de informar a su empleador en el caso de que quiera tomar su licencia más de 30 días antes de la fecha presunta del parto.³²

De lo dicho, se evidencia que a pesar de no encontrarse previsto en los convenios internacionales que emanan de la OIT, un lapso determinado para la participación al patrono por parte de la trabajadora de la existencia del embarazo; en diversos ordenamientos jurídicos de algunos de sus países miembros, dicha notificación es regulada con ciertas variantes, haciendo depender, en algunos casos, la validez o vigencia de la licencia de maternidad al cumplimiento de esta formalidad.

En el caso Venezolano, a luz de la normativa interna así como de los convenios internacionales, antes referidos, la trabajadora puede notificar, en cualquier tiempo, la existencia de su embarazo, sin un aparente efecto jurídico perjudicial para ella, ya que, ésta siempre contará con el amparo previsto en la Ley en virtud de su condición.

Por otra parte y a título ilustrativo, es de destacar el comentario de la autora Carmen Zuleta en cuanto a que, la mujer que busque empleo y se encuentre en estado de preñez:

³² Organización Internacional del Trabajo (1999). Op.cit.

“(...) no solamente puede guardar silencio sobre su estado de gravidez, sino que puede, inclusive, mentir para ocultarlo, sin que el empleador pueda luego imputarle dolo o mala fe para demostrar vicios en el consentimiento y pedir anulación del contrato o relación de trabajo, ya que no estando obligada la mujer a suministrar datos sobre su condición de embarazada y, además, incurriendo el empleador en infracción a la Ley al pretender informarse sobre dicho estado, carece de efectos legales la falsa declaratoria de la mujer.”³³

B. RÉGIMEN LEGAL DEL TRABAJO DE LA MUJER EMBARAZADA EN EL SECTOR PRIVADO

La LOT vigente establece situaciones especiales en las cuales exige que, en forma previa a la materialización del despido justificado de un trabajador, la falta cometida por éste sea calificada por el Inspector del Trabajo, en virtud de la inamovilidad que podría disfrutar en un momento determinado, tal como sería el caso de la mujer trabajadora en estado de gravidez.

El artículo 384 ejusdem, señala que “la mujer trabajadora en estado de gravidez gozará de inamovilidad durante el embarazo y hasta un (1) año después del parto”, lo cual garantiza a la trabajadora en estado de gravidez el goce de una inamovilidad en el empleo durante ese período; y en razón de ello, no podrá ser despedida sin causa justificada previamente calificada por el Inspector del Trabajo conforme al procedimiento establecido en esta Ley.

En efecto, la falta grave de una trabajadora en el sector privado investida de fuero maternal, autoriza a su empleador a solicitar la calificación de despido por ante la Inspectoría del Trabajo de su jurisdicción según el procedimiento

³³ Zuleta, C. (1999). *Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo*. Barquisimeto: Editorial Horizonte. Pág. 418.

establecido en el artículo 453 de la misma Ley. Se entiende que la trabajadora ha cometido falta grave cuando incurre en alguna de las causales establecidas en el artículo 102 ibídem.

No obstante el despido de la trabajadora inamovible por su fuero maternal tiene una limitación derivada del artículo 4 del Convenio N° 3 sobre la Protección de la Maternidad de la OIT, ya citado, que al efecto dispone que cuando una mujer se ausente de su trabajo por motivo del reposo de maternidad, será ilegal que su empleador le comunique el despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.

La aludida limitación inhibe al empleador de la facultad de despedir a la trabajadora durante el reposo por maternidad; con la aparente intención de mantener con ello el equilibrio emocional de la madre, el cual pudiera verse afectado por la presión y amenaza de un despido futuro.

Por consiguiente, el empleador tendrá la posibilidad de solicitar la calificación de despido de la trabajadora que se trate ante el Inspector del Trabajo, expresándole que la misma se encuentra en su período de descanso pre o post natal, según sea el caso; por lo que dicho procedimiento deberá suspenderse hasta la terminación de ese permiso, siendo carga del patrono reactivar el procedimiento de despido una vez que se haya producido la reincorporación de la trabajadora.

De esta manera, el empleador no vería transcurrir el plazo de “treinta (30) días continuos desde aquel en que el patrono(...) haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que constituya causa justificada para terminar la relación”, produciéndose con ello el perdón de la falta previsto en el artículo

101 de la LOT vigente; circunstancia ésta que preserva la igualdad de las partes, en tanto que no se afecta a la trabajadora durante el reposo al cual tiene derecho, y tampoco el patrono pierde el derecho a la calificación de la falta de la trabajadora.

Durante todo ese período de inamovilidad, el patrono tiene limitada la facultad de despedir a la trabajadora con fuero, debiendo necesariamente obtener la autorización del Inspector del Trabajo para despedirla por causa justificada.

El despido de una trabajadora aforada, que no haya sido autorizado por la autoridad competente para ello, es ilegal y la trabajadora interesada puede solicitar al mismo Inspector del Trabajo su inmediata reincorporación así como el pago de los salarios caídos conforme el procedimiento previsto en el artículo 454 y siguientes de la ya citada LOT.

Igual recurso tiene la trabajadora embarazada para solicitar su reposición cuando ha sido trasladada de su lugar de trabajo infringiéndose los términos del artículo 383 ejusdem, vale decir, cuando el traslado se ha efectuado sin que sea necesario por razones de servicio, cuando se perjudica su estado de gravidez o cuando se reduzca el salario o se desmejoren sus condiciones de trabajo.

Artículo 383: La trabajadora embarazada no podrá ser trasladada de su lugar de trabajo a menos que se requiera por razones de servicio y el traslado no perjudique su estado de gravidez, sin que pueda rebajarse su salario o desmejorarse sus condiciones por ese motivo.

Cabe observar que el fuero maternal otorga a la trabajadora una estabilidad absoluta, entendida ésta en los términos expuestos por el Dr. Rafael Alfonso Guzmán como aquella que “origina en favor del sujeto que la goza, el derecho de ser reincorporado en el cargo del cual fue privado por su patrono sin autorización del Inspector del Trabajo de la jurisdicción”³⁴ en consecuencia, esa estabilidad no puede ser convertida en dinero, a título de indemnización por causa de un despido ilegal, ni aún en el caso en que se pagaran los salarios correspondientes al período legal de inamovilidad.

En el mismo sentido, la Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer dispone en su artículo 15 lo siguiente:

“Se prohíbe despedir o presionar a la mujer trabajadora o menoscabar sus derechos con ocasión de su estado de gravidez o por motivo de embarazo. Las trabajadoras que vean afectados sus derechos por estos motivos podrán recurrir al amparo constitucional para que le sean restituidos los derechos violentados.”³⁵

Así pues, la vigencia del fuero maternal lleva a puntualizar varias situaciones no previstas expresamente en la ley, a saber:

a) Trabajadoras cuya relación de trabajo deriva de un contrato por tiempo indeterminado:

Se debe señalar como premisa general que, toda mujer en estado de gravidez, que preste sus servicios por tiempo indeterminado y bajo relación de dependencia, está amparada por un fuero maternal durante el embarazo y

³⁴ Alfonzo, R. (1999). *Nueva didáctica del derecho del trabajo* (10ª. ed.). Caracas: Editorial Melvin. Pág. 289.

³⁵ Ley de igualdad de oportunidades para la mujer. (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 5.398 (Extraordinario), Octubre 26 de 1999.

hasta un (01) año después del parto, por lo que, durante dicho período, no podrá ser despedida, trasladada o desmejorada de su puesto de trabajo sin causa justificada debidamente calificada por el Inspector del Trabajo competente.

Por otra parte, conviene significar que si la trabajadora que obtiene un nuevo empleo con posterioridad al parto, y antes que expire el año de inamovilidad, la misma también se encuentra amparada por el fuero maternal, en los términos expuestos.

En efecto, si se toma en cuenta que el artículo 384, referido previamente, no establece como requisito para obtener fuero maternal la condición previa de ser asalariada, sino que otorga el derecho al fuero desde la fecha de la concepción y hasta un (01) año después del parto, se tiene necesariamente que concluir que el derecho al fuero garantiza la maternidad y es independiente de la condición de asalariada o no, que tenga la mujer para hacerlo valer; máxime si se agrega que el beneficio concierne al hijo menor de un (01) año.

b) Trabajadoras cuya relación de trabajo se deriva de un contrato por tiempo determinado o para una obra determinada:

En el caso de la trabajadora en estado de gravidez que se encuentra vinculada por un contrato por tiempo determinado o para una obra determinada, es viable considerar que la llegada del término o la conclusión de la obra son causales de terminación justificada de la relación de trabajo distintas al despido, por lo que la obligación legal del empleador es respetar el fuero maternal no despidiéndola sin causa justificada, previamente

calificada por el Inspector del Trabajo, mientras esté vigente el término establecido en el contrato o durante la ejecución de la obra, según el caso.

Así pues, a título ilustrativo, cabe mencionar que la CPCA considero que “(...) la protección maternal a la cual tenía derecho la accionante se correspondía por el tiempo de duración del referido contrato y una vez culminado éste la accionante no gozaba de la inamovilidad laboral (...)”³⁶, de lo que se infiere que el fuero maternal tiene vigencia sólo por el tiempo de duración previsto en el contrato por obra o tiempo determinado.

c) Caso de Adopción de niños menores de 3 años:

Conforme lo dispone el artículo 387 de la LOT la trabajadora a quien se le conceda la adopción de un niño menor de tres (03) años, tendrá derecho a un descanso de maternidad durante un período máximo de diez (10) semanas, y también estará amparada de inamovilidad en su empleo hasta por un (01) año a contar desde la fecha en que le sea dado en colocación familiar autorizada por el Instituto Nacional del Menor con miras a la adopción.

Sobre el particular, al concordar dicha disposición con el artículo 384, ya citado, es importante destacar que:

“(...) se infiere que la adopción debe formalizarse en el lapso de las 10 semanas de descanso, para que haya continuidad en el tiempo pues en caso contrario, mediaría un período sin protección o amparo. También podría darse el caso de que se

³⁶ Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 14 de febrero de 2002. **Francis Mantilla vs Corposalud**. Expediente N° 02-26454. Venezuela.

entregue un niño en colocación familiar y no llegue a formalizarse la adopción.”³⁷

Este artículo ha provocado controversias, en el sentido que “(...) un gran sector opina que esta inamovilidad puede repercutir negativamente en la colocación de la mujer en los centros de trabajo y en la práctica de la adopción.”³⁸

d) De los Cuerpos Armados:

Sobre este particular, se debe destacar, que por ser de rango constitucional la normativa protectora de la maternidad y la familia, no es jurídicamente viable la posibilidad de restringir ni menos anular, sea por vía legal o reglamentaria, la protección foral por maternidad a las trabajadoras que forman parte de estos entes, aun cuando se estime “(...) que los cuerpos armados, como instituciones encargadas de la defensa y estabilidad del Estado, son de naturaleza diferente a aquellas instituciones sometidas a la regulación jurídica laboral ordinaria.”³⁹

El referido artículo 7 dispone:

“No estarán comprendidos en las disposiciones de esta Ley los miembros de los cuerpos armados, pero las autoridades respectivas, dentro de sus atribuciones, establecerán, por vía reglamentaria, los beneficios de que deberá gozar el personal que allí presta servicios, los cuales no serán inferiores a los de los trabajadores regidos por esta Ley en cuanto sea compatible con la índole de sus labores.”

³⁷ Colección Jurídica Básica Lec N° 1. (1999). *Ley Orgánica del Trabajo reforma 1997* (3ª. ed.). Caracas: Legis Lec Editores, C.A. Pág. 144.

³⁸ *Ibíd.*, pág. 143.

³⁹ *Ibíd.*, pág. 24.

CAPITULO III

REGIMEN DE ESTABILIDAD DE LA FUNCIONARIA PÚBLICA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

A. NOCIÓN DE FUNCIÓN PÚBLICA

El Estado moderno concebido como intermediario entre los ciudadanos y la sociedad, se expresa a través de los poderes públicos, dentro de los cuales el Poder Ejecutivo ocupa un lugar especial por las disímiles actividades a su cargo, dirigidas a satisfacer las necesidades de la población y a permitir el mejor aprovechamiento de los recursos, actuando en todos los ámbitos territoriales de la República: Nacional, Estatal y Municipal. Los cometidos a su cargo los cumple a través de una serie de entes debidamente articulados, algunos como representación directa de la República, del Estado o del Municipio, otros como entes autónomos o constituidos bajo figuras propias del derecho privado.

Desde la perspectiva estructural encontramos a nivel nacional los ministerios, los institutos autónomos, las fundaciones, asociaciones y las sociedades mercantiles, lo cual se repite, con la excepción de los ministerios, a nivel estatal y a nivel municipal.

Dentro de la Administración Pública existe una diferenciación entre la Administración Pública Nacional, la Estatal y la Municipal, y cada una en su nivel tiene por objetivo común la acción de administrar la satisfacción de necesidades de la población mediante la ejecución de políticas, planes y programas desarrollados por las distintas dependencias que la integran. De

esta manera, se evidencia la íntima relación existente entre la concepción, estructura y organización de la función pública, con la estructura y la organización de la propia Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal.

En el conjunto de relaciones integrantes de la vinculación de sus servidores con la Administración Pública, esta es la esencia de lo que se conoce como función pública, la cual busca dar respuesta a la naturaleza de esa relación, de ese vínculo de unión entre el servidor público y la administración.

Según señala De Pedro, la función pública es “una relación de empleo de subordinación del sujeto particular respecto del Estado, que cumple las funciones asignadas al órgano institucional sin tener en cuenta la jerarquía, importancia o responsabilidad del cargo que ocupe”⁴⁰; cabe destacar, que esa relación de empleo entre el sujeto particular (persona natural) y el Estado, está presente en todos los ámbitos de los poderes públicos, salvo en los casos de los cargos de elección popular.

Por otra parte, y nuevamente haciendo referencia a De Pedro⁴¹, la Administración Pública puede clasificarse según se trate de una estructura abierta o de una estructura cerrada; definiendo la función pública de estructura abierta, como aquella que en términos generales responde a su concepción como una empresa privada, y cuyas principales características son el inventario preciso de los puestos de trabajo, titularidad del empleo exclusivamente y no como parte de una carrera, libertad de emplear el personal sin necesidad de recurrir a complejos sistemas, y simplicidad en

⁴⁰ De Pedro, A. (1982). *Realidad y perspectiva de la función pública venezolana*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 24.

⁴¹ *Ibíd.*, pág. 25.

cuanto a que se requiere que los funcionarios adquieran cualidades específicas o distintas a las ordinarias establecidas para el desempeño de un empleo análogo en la empresa privada.

Continua señalando De Pedro⁴², que la función pública de estructura cerrada, implica una Administración Pública sometida a un régimen particular y detalladamente reglado. El esquema de estructura cerrada se compone de dos elementos básicos, a saber, el estatuto y la carrera. Concibe al primero como un conjunto de normas y procedimientos particulares que regulan la función pública; mediante él, los funcionarios están normalmente al margen de la legislación ordinaria laboral; tienen derechos y deberes propios, sueldos y sistemas de retribuciones específicos, responsabilidades y garantías especiales. La segunda como la posibilidad, al ingresar en la Administración, no sólo de ocupar un cargo, un empleo o un destino determinado, sino la de ascender en la escala jerárquica, es decir, estar supeditado a un escalafón.

Las características de la función pública de estructura cerrada son la perpetuidad en el empleo, estabilidad, régimen restrictivo de ingreso y jubilación.

Circunscritos al caso venezolano, es pertinente destacar que durante más de treinta años estuvo vigente la LCA, sistema de la función pública venezolana de carácter mixto, integrado por un método de administración de personal, propio de los sistemas abiertos de empleo público y por un estatuto de derechos, propio de los sistemas cerrados de carrera.

⁴² *Ibíd.*, pág. 26.

Dicha Ley, según lo dispuesto en la Exposición de Motivos del Decreto con Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Pública, pretendió regular los derechos y deberes de los funcionarios públicos, mediante el establecimiento de un sistema de administración de personal estructurado técnicamente sobre la base de méritos.

El sistema de la función pública de la derogada LCA permitió en su momento estructurar un ámbito de la Administración Pública nunca antes atendido, sin embargo, su regulación no alcanzó a prever la evolución de la propia administración, ni los efectos que sobre las relaciones estatutarias pudiera causar el Derecho del Trabajo.

Ahora bien, según expresa la Exposición de Motivos de la CRBV, el constituyente concede especial importancia al tema de la función pública y, en tal sentido, exhorta al legislador a elaborar un estatuto de la función pública con el objeto de regular lo relativo a la política de recursos humanos aplicable a los funcionarios de la Administración Pública. En el desarrollo de ese propósito, se han contemplado una serie de preceptos que se rigen por las bases constitucionales del régimen estatutario de la función pública.

Así pues, la Constitución Venezolana vincula esencialmente la noción de Poder Público y de ejercicio de la función pública con la idea de la Administración Pública y del desempeño de un cargo administrativo. Ello se pone de relieve con el hecho que al referirse el Constituyente a la función pública, en realidad está haciendo referencia a la relación de empleo público con la Administración Pública.

Lo que parece cierto, tal y como destaca Caballero Ortiz, es que el “término Función Pública utilizado por el constituyente de 1999 resulta más acertado y

onmicomprensivo que el estricto de carrera administrativa al que se refería la Constitución de 1961 cuando remitía a la Ley la regulación del régimen estatutario de los funcionarios públicos, pues la carrera no es más que uno de los elementos, aunque tal vez el más importante, de la Función Pública”⁴³.

B. NOCIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO

La expresión funcionario público, define al sujeto pasivo de la relación de empleo existente frente a la Administración, los cuales cumplen con actividades típicamente administrativas, y cuya finalidad esencial e inmediata es satisfacer necesidades colectivas.

En efecto, las normas constitucionales alusivas al Estatuto de la función pública, se refieren únicamente a los funcionarios de la Administración, como expresamente lo señala el artículo 144 de la CRBV, el cual dispone que “La Ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública”; en consecuencia, comprende, a las personas naturales que dentro del complejo orgánico de la Administración Pública ejercen potestades públicas.

El precitado postulado, interpretado en concordancia con el artículo 141 ejusdem, que señala que “La Administración Pública estará al servicio de los ciudadanos (...) y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia (...) y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”; es el que incluye el concepto constitucional de administración; y dentro de esta se

⁴³ Caballero, J. (2001). Bases constitucionales del derecho de la función pública. *Revista de Derecho Constitucional*, 5, 21.

encuentran los órganos del Poder Público que la Constitución refiere en su artículo 136, que los distribuye entre el Poder Municipal, el Estatal y el Nacional, y este último a su vez en el Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Dentro de la referida clasificación, se encuentran funcionarios de elección popular, de carrera y los de libre nombramiento y remoción, los cuales se sujetarán al precitado Estatuto, y cuyo régimen derivará de las excepciones previstas en el artículo 146 de la CRBV.

Artículo 146. Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley. El ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro será de acuerdo con su desempeño.

El Constituyente de 1999, además prevé como ámbito de aplicación territorial del Estatuto de la función pública a todo funcionario de la Administración Pública, sin distinguir entre los funcionarios de la Administración Nacional, Estatal o Municipal, ni a los órganos centrales y entes descentralizados de cada una de ellas; lo que trae como principal consecuencia, la unificación de trato a todo funcionario público con independencia de su ubicación territorial.

Desarrollando las disposiciones constitucionales, el artículo 1 de la LEFP⁴⁴ regula “las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicas y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales”; no obstante, excluye de modo expreso de su ámbito de aplicación, las relaciones de empleo público propias de ciertos entes material y orgánicamente administrativos, como lo son: el Poder Legislativo Nacional, los funcionarios a los cuales se refiere la Ley Orgánica del Servicio Exterior, el Poder Judicial, el Poder Ciudadano, el Poder Electoral, los obreros al servicio de la Administración Pública, la Procuraduría General de la República, el Servicio Nacional Integrado de Administración Tributaria y los miembros del personal directivo, académico, docente, administrativo y de investigación de las universidades nacionales.

Se entiende entonces que la LEFP in comento, se aplica a todos los órganos territoriales del Estado, así como a los no territoriales, a menos que, según se indicó supra, se encuentren expresamente excluidos por dicha Ley.

Ahora bien, los funcionarios excluidos sólo pueden tener su propio estatuto o régimen funcionarial, cuando el mismo es fijado mediante Ley especial, es decir, que el régimen estatutario según la LEFP es de reserva legal.

Así, dispone el aparte único de su artículo 2 que:

“Sólo por leyes especiales podrán dictarse estatutos para determinadas categorías de funcionarios y funcionarias públicas, o para aquellos que presten sus servicios en determinados órganos o entes de la Administración Pública.”

⁴⁴ Ley del Estatuto de la Función Pública. (2002). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 37.522 (Extraordinario), Septiembre 06 de 2002.

Esta regulación de los órganos públicos por parte de la LEFP, en virtud de su naturaleza, se encuentra también en la derogada LCA de 1975⁴⁵; la diferencia entre ambos instrumentos normativos radica en que éste último define su ámbito de aplicación en su artículo 1, refiriéndose a la regulación de los derechos de los funcionarios públicos en virtud de su relación con la Administración Nacional, mientras que en la nueva Ley, se amplía, y según ya se dijo, a la administraciones nacionales, estatales y municipales.

Por lo demás, y para delimitar el significado del “régimen estatutario”, podría decirse que es el conjunto de normas jurídicas que regulan dicho estatuto, así el autor español Cesar Miñangres,⁴⁶ lo define como el conjunto de normas preestablecidas para regular la situación de quienes se colocan en un supuesto de hecho previsto por las mismas, el cual incluye la planificación de recursos humanos, procesos de reclutamiento, selección, ingreso, inducción, capacitación y desarrollo, planificación de las carreras, evaluación de méritos, ascensos, traslados, transferencia, valoración y clasificación de cargos, escalas de sueldos, permisos y licencias, régimen disciplinario y normas para el retiro y, en general, las situaciones jurídicas que afectan al sujeto colocado en la previsión normativa específica.

Entre estos, se ubica el Estatuto de la Función Pública, que consiste en el conjunto de relaciones jurídicas que se encuentran entre los funcionarios públicos y la Administración, y en los cuales se establecen los deberes y derechos de aquellos.

⁴⁵ Ley de Carrera Administrativa. (1975). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 1.745 (Extraordinario), Mayo 23 de 1975.

⁴⁶ Miñambres, C. (2001). *La estabilidad de funcionarios y trabajadores*. Madrid: Consejo Económico y Social. Pág. 105.

Así las cosas, podría decirse que en atención a su previsión por el Constituyente Venezolano, el Estatuto se caracteriza por los siguientes aspectos, a saber:

- Comprende los derechos y deberes de los funcionarios públicos de la Administración, en lo que respecta a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro;
- Constituye una relación informada por normas de Derecho Público, específicamente, por la Ley llamada a preestablecer el status de funcionario público;
- En la formación del Estatuto no interviene la voluntad del funcionario, sino que sus derechos y deberes son unilateralmente establecidos, en consecuencia, no tienen naturaleza contractual, como lo señala Eloy Lares Martínez;⁴⁷
- Las relaciones estatutarias tienen su inicio en el ingreso a la función pública que como regla general deberá producirse por concurso público, a tenor de lo dispuesto en el artículo 146 de la vigente Constitución;
- Los deberes y derechos de los funcionarios públicos son generales y uniformes, por lo tanto, quedan sometidos al referido Estatuto, todos los funcionarios de la Administración Pública, con la excepción prevista en el precitado artículo 146, el cual excluye expresamente a los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros al servicio de la Administración Pública.

⁴⁷ Lares, E. (2001). *Manual de derecho administrativo* (12^a. ed.). Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Pág. 369.

En este punto es importante destacar, la situación de los contratados por la Administración Pública, sobre lo cual, la LEFP en su artículo 39, a diferencia de la derogada LCA, excluye el contrato como vía de ingreso a la administración pública, prohibiendo además la contratación para realizar funciones correspondientes a los cargos clasificados, y justifican su existencia en aquellos casos en los que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas por un tiempo determinado, según expresamente lo establece el artículo 37 ejusdem.

En lo atinente a la normativa que regula la relación laboral entre el personal contratado y la administración, el artículo 38 ibídem, establece que el régimen aplicable es tanto el previsto en el respectivo contrato como en la legislación laboral.

Situación similar a la de los contratados por la administración, es la de los obreros al servicio de la Administración Pública, quienes de conformidad con lo dispuesto en el párrafo único del artículo 1 de la ya citada Ley del Estatuto, antes transcrito, quedan exceptuados de la aplicación de esta Ley, ya que no son funcionarios públicos y su relación de empleo se encuentra regulada por LOT, y las controversias surgidas de ésta deben ventilarse ante los tribunales laborales conforme a lo establecido en el artículo 655 de esta Ley laboral.

Retomando el concepto de funcionario público y su clasificación, tenemos que en la CRBV, en el precitado artículo 146, se consagra como principio general que los cargos de la Administración Pública son de carrera, salvo los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, y los contratados.

De tal manera, que esta disposición constitucional postula la existencia de un sistema cerrado o de función pública propiamente dicho, que se caracteriza por la existencia de un Estatuto, un cuerpo de funcionarios – colectivo jerarquizado que cumple la función pública - y la carrera como vía de ingreso, ascenso y ejercicio de sus funciones.

En el mismo contexto, prevé el Constituyente que el ingreso a la carrera administrativa será exclusivamente por concurso público, por tanto, en lo sucesivo, no se podrá acceder a la carrera administrativa por designaciones o contrataciones que obvien este mecanismo de selección objetivo, ni se podrá adquirir estabilidad por el transcurso del tiempo en el ejercicio de algún cargo de carrera. Sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y a la consecuente estabilidad del funcionario.

Así las cosas, con base a los preceptos constitucionales, los cuales parecen identificarse con una concepción estricta de funcionario y no amplia de servidor público, puede distinguirse entre funcionarios de carrera, funcionarios de libre nombramiento y remoción y funcionarios de elección popular. La LEFP en su artículo 19, sólo alude a los dos primeros. No obstante esta clasificación, se desprende de la lectura de la Ley in comento, que los funcionarios de carrera, pueden ocupar cargos de libre nombramiento y remoción.

En lo que respecta al funcionario de carrera, participa de la definición genérica del artículo 3 de la precitada LEFP, y específicamente son definidos en el artículo 19 ejusdem, como aquella persona que habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de un nombramiento, presta servicios remunerados y con carácter permanente.

Artículo 3: Funcionario o funcionaria público será toda persona natural que, en virtud de nombramiento expreso expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente.

Artículo 19: Los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública serán de carrera o de libre nombramiento y remoción. Serán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerados y con carácter permanente. Serán funcionarios o funcionarias de libre nombramiento y remoción aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas en esta Ley.

En el mismo orden de ideas, y como un aspecto positivo a destacar en torno a la LEFP por evitar la arbitrariedad en la clasificación de cargos, es lo relativo a la obligatoriedad para cada ente de dictar su normativa de clasificación de cargos; así preceptúa en su artículo 50, que las denominaciones de clases de cargos, así como su ordenación e indicación de aquellos que sean de carrera, serán aprobados por el Presidente de la República mediante decreto; dispone además en su artículo 52, que la especificación oficial de las clases de cargos en la Administración Pública Nacional se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela con la denominación de Manual descriptivo de Clases de Cargos.

A criterio de la autora Rosibel Grisanti, las consideraciones anteriores son:

“son aplicables mutatis mutandis (...) para sostener que le corresponde al Gobernador y al Alcalde, como directores de la función pública en el Estado y en el Municipio, respectivamente, aprobar la denominación de clases de cargos y el Manual Descriptivo de Clases de Cargos, en la entidad territorial

correspondiente, que ha de ser publicado en la gaceta oficial respectiva.”⁴⁸

C. RÉGIMEN GENERAL DE ESTABILIDAD DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como ya se ha indicado, bajo el imperio de la Constitución Nacional de 1999, sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa, y consecuentemente, a ser considerado funcionario público de carrera.

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la LEFP, ya citada, los funcionarios 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 público por las causales contempladas en esta Ley.

De este modo, el funcionario público de carrera goza de estabilidad absoluta en el desempeño de su cargo y en razón de ello, sólo puede ser retirado del servicio por las causales taxativamente establecidas en la Ley in comento, y mediante un procedimiento disciplinario controvertido que se lleve a cabo con tal fin.

Así, la referida Ley, en su artículo 78, prevé como causales de retiro de la Administración, y consiguiente terminación de la relación entre ésta y el funcionario público, las siguientes:

- 1.- Por la renuncia escrita del funcionario público debidamente aceptada,
- 2.- Por pérdida de la nacionalidad,
- 3.- Por interdicción civil,
- 4.- Por jubilación y por invalidez, de conformidad con la Ley,

⁴⁸ Grisanti, R. Las peculiaridades del régimen jurídico de los funcionarios públicos en el ámbito estatal y municipal (2003). *Régimen jurídico de la función pública en Venezuela: homenaje a la doctora Hildegar Rondón de Sansó Tomo II* (2003). Caracas: Ediciones Funeda. Pág. 58.

- 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 Ley del Estatuto de la Función Pública.

Lo dicho trae como consecuencia jurídica ineludible que se considere, que el funcionario público de carrera afectado por el acto administrativo de destitución que no tenga su origen en un procedimiento instaurado con ese objetivo, pueda ser declarado nulo por los tribunales competentes, por tanto, debería entenderse como que nunca fue separado del cargo que ejercía y por ende proceder a su inmediata reincorporación, además de las indemnizaciones que sean procedentes, imputándose el tiempo que haya transcurrido a su antigüedad en la Administración Pública.

Como se evidencia de la normativa transcrita, la Ley expresamente dispone los medios por los cuales un funcionario público de carrera puede ser desincorporado del servicio público; situación distinta para el caso del funcionario público de libre nombramiento y remoción, que ofrece al jerarca la facultad discrecional de proveerlo con la persona que considere conveniente sin que el juez esté facultado para penetrar el ámbito de tal discrecionalidad y, consecuentemente, pueda ser removido de su cargo sin que medie procedimiento disciplinario alguno.

Ahora bien, para el caso de los funcionarios públicos que ocupan cargos de elección popular los cuales, y según ya se indicó, se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la LEFP y no son considerados funcionarios públicos de carrera; por disposición expresa del Texto Constitucional en su artículo

72, deben ser objeto de un proceso de referendo para poder ser revocados de sus cargos, en los términos previstos en la misma Constitución y las demás normativas.

Artículo 72: Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables.

Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato.

Cuando igual o mayor número de electores y electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocatoria, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores y electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores y electoras inscritos, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y la ley.

La revocatoria del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley.

Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocatoria de mandato.

Adicionalmente, prevé la Carta Fundamental en su artículo 187 numeral 10, la figura del voto de censura (o moción de censura) que no es más que la facultad que tiene la Asamblea Nacional de destituir de su cargo, bajo el procedimiento y condiciones previstas en la Constitución y demás leyes, a cierto tipo de funcionarios, así tenemos:

Artículo 187: Corresponde a la Asamblea Nacional:

(...)

10.- Dar voto de censura al *Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva y a los Ministros o Ministras*. La moción de censura sólo podrá ser discutida dos días después de presentada a la Asamblea, la cual podrá decidir, por las tres

quintas partes de los diputados o diputadas, que el voto de censura implica la *destitución* del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva o del Ministro o Ministra.

Asimismo, y también de rango constitucional, resulta la competencia del Presidente de la República, a tenor de lo dispuesto en su artículo 236 numeral 3, de nombrar y remover al Vicepresidente Ejecutivo así como a los Ministros, lo que implica que, en cualquier tiempo, sin causa justificada y sin que media procedimiento legal alguno, puede removerles de sus cargos.

D. INCIDENCIA DEL FUERO MATERNAL EN EL REGIMEN GENERAL DE ESTABILIDAD DE LAS SERVIDORAS PÚBLICAS

La protección de la maternidad abarca todas las categorías de trabajadoras tanto en el sector público como en el privado. Los regímenes de función pública no se consideran ajenos a la protección constitucional y legal de la maternidad, aunque posean estatuto funcional especial.

Así pues, como bien comenta la Dra. Hildegar Rondón de Sanso,⁴⁹ en la función pública los funcionarios de carrera gozan de estabilidad absoluta, es decir, no pueden ser removidos de sus cargos sin procedimiento previo y por falta grave previamente establecida en la Ley.

Los permisos pre y post natal para las funcionarias públicas ya habían sido consagrados en la LCA de 1970⁵⁰; y la discusión que entonces se planteaba

⁴⁹ Rondón, H. (1991). *El funcionario público y la Ley Orgánica del Trabajo*. Caracas: Editorial Arte. Pág. 73.

⁵⁰ Ley de Carrera Administrativa. (1970). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 1.428 (Extraordinario), Septiembre 4 de 1970.

era sobre la aplicación del régimen de protección a funcionarias, cuyo estatuto especial no lo previese expresamente.

De igual forma, señala Caballero Ortiz,⁵¹ que la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, expresamente incorporó a los funcionarios públicos a su ámbito de aplicación en su artículo 8, por ello, si alguna ley de carrera administrativa no contemplaba permisos remunerados por maternidad o derecho a la lactancia, se aplicaba la ley laboral, en el entendido que en otros tiempos y bajo el imperio de las leyes derogadas comentadas, existían leyes de carrera estatales y ordenanzas municipales de carrera.

La discusión sobre el ámbito de aplicación del régimen de protección de la maternidad ha abarcado los supuestos de cargos de dirección en el sector privado y libre nombramiento y remoción en el sector público. Si bien hay absoluta aceptación del derecho a los permisos pre y post natales, se ha discutido si aquellos gozan de la inamovilidad durante el embarazo y hasta un año después del parto.

Como es sabido, este tipo de cargos están fuera de los regímenes de estabilidad en el empleo, ya sea funcionariales o el de estabilidad relativa prevista en la LOT. No obstante, la protección a este tipo de personal fue establecida inicialmente por la anterior CSJ en 1990, al anular el despido de una funcionaria pública de libre nombramiento y remoción efectuado en momentos en que ésta se encontraba embarazada, señalando la Corte que la norma constitucional de protección de la maternidad, vigente para ese entonces, no admite discriminación alguna y que ella es la base de la

⁵¹ Caballero J. (1991). *Incidencias del Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. Pág. 57.

existencia del régimen legal de protección y, como refuerzo a su argumentación, indicó el sentenciador que ella forma parte de los “(...) derechos inherentes a la persona humana los cuales se constitucionalizan, de conformidad con el artículo 50 de nuestro Texto Fundamental”⁵².

Así, la Corte consideró que la protección de la maternidad establecida en la Constitución y en los tratados y convenios internacionales abarcaba a todas las trabajadoras embarazadas y que esa protección genera derechos de ejecución inmediata, que no requieren desarrollo legislativo. Desde ese momento se consideró que la protección de la maternidad comprendía también los cargos de dirección y confianza del sector privado, pues los argumentos desarrollados eran igualmente aplicables.

Posteriormente, la protección a la funcionaria pública de libre nombramiento y remoción trató de ser eliminada en el primer intento de reforma de la LCA efectuada por el Presidente de la República, quien en virtud de delegación legislativa efectuada por la Asamblea Nacional en noviembre del año 2001, dictó el Decreto con Fuerza de Ley sobre el Estatuto de la Función Pública⁵³, en el cual se hacía una diferencia de tratamiento jurídico en lo que respecta a la inamovilidad de la funcionaria pública de libre nombramiento y remoción durante el embarazo y el año después del parto, pues en su artículo 34 se establecía que ésta podía ser removida de su cargo previo pago de una indemnización equivalente a 6 meses de su sueldo.

Las normas del citado Estatuto, fueron objeto de un profundo rechazo por varios sectores de la sociedad; rechazo que se reflejó especialmente en las

⁵² Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala Político Administrativa de fecha 04 de diciembre de 1990, **Mariela Morales vs Ministerio de Justicia**. Expediente N° 7636. Venezuela.

⁵³ Decreto N° 1.553 con Fuerza de Ley del Estatuto sobre la Función Pública. (2001). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 5.557 (Extraordinario), Noviembre 13 de 2001.

sesiones de la Asamblea Nacional,⁵⁴ ya que después del ya citado pronunciamiento de la Corte en 1990, parecía pacíficamente aceptado que aquel derecho también arropaba a las funcionarias públicas embarazadas que ocupaban cargos de libre nombramiento y remoción.

Tales críticas a ese y otros aspectos de la reforma propuesta, llevaron a la Asamblea Nacional a elaborar un nuevo Estatuto de la Función Pública⁵⁵, actualmente vigente, que fue promulgado en julio de 2002⁵⁶ y reimpresso por error material del ente emisor en septiembre de 2002, y en cuyo artículo 29, se establece que las funcionarias públicas en estado de gravidez gozarán de la protección integral a la maternidad en los términos establecidos en la CRBV y en la LOT; y en su artículo 1, exceptúa de su ámbito de aplicación a los funcionarios que están bajo regímenes particulares.

Empero, con la promulgación de este nuevo Estatuto pareciera ratificarse una suerte de sistema integral del régimen de protección de la maternidad, en cuya base se encuentra la Constitución Nacional, los tratados sobre derechos humanos y los convenios internacionales del trabajo.

⁵⁴ Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. (2002). **Labor legislativa Informe 2º discusión** [Documento en línea]. Consultado el 20 de mayo de 2006 en: <http://www.asambleanacional.gov.ve>

⁵⁵ Ley del Estatuto de la Función Pública. Op.cit.

⁵⁶ Ley del Estatuto de la Función Pública. (2002). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 37.482, Julio 11 de 2002.

CAPITULO IV

PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES Y POSTURAS DOCTRINALES SOBRE LA ESTABILIDAD DE LA FUNCIONARIA PÚBLICA DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION EN ESTADO DE GRAVIDEZ

Como se ha comentado en líneas precedentes, con anterioridad a la entrada en vigencia de la LEFP, la protección foral por maternidad de las funcionarias públicas de libre nombramiento y remoción en estado de gravidez fue objeto de múltiples debates doctrinarios y jurisprudenciales, y esta protección solo se confería por aplicación de los postulados constitucionales que amparan la maternidad y la familia, y en algunos casos comprendía el período de la maternidad, es decir durante el embarazo y el puerperio, y en otros comprendía la maternidad y el año posterior al parto.

Así, en el mismo orden de ideas, y en aras de determinar la tendencia jurisprudencial en ese sentido, es menester citar las siguientes decisiones y consideraciones doctrinarias, a saber:

La sentencia de la Sala Político Administrativa de la CSJ de fecha 03 de diciembre de 1990, caso Mariela Morales contra el Ministerio de Justicia, en la cual la Corte señaló expresamente que:

(...) la inamovilidad laboral también abarca los supuestos de funcionarias de libre nombramiento y remoción de la administración pública y cualquier remoción del cargo debe esperar a que culmine el estado de gravidez o embarazo y que

se hayan extinguidos los correspondientes permisos pre y post natal.

Igualmente, dejó sentado que:

(...) la protección que debe recibir toda mujer durante el embarazo, el parto y el puerperio, está garantizado por el Estado, tal como lo establece específicamente nuestra Carta Magna en su artículo 76, del cual se desprende la existencia de una especial protección constitucional que asiste a la mujer que se encuentre en estado de gravidez, por consiguiente, toda mujer que se encuentre en dicho estado, debe gozar de protección especial durante el tiempo de la concepción, del embarazo, del parto y el puerperio.⁵⁷

La sentencia de la CPCA de fecha 04 de abril de 2001, caso Lilian Carvajal vs Consejo Legislativo del Edo. Amazonas, en el cual la Corte consideró:

(...) que la interpretación de las normas jurídicas no puede escapar del análisis axiológico por el cual se constate la existencia de valores o bienes jurídicos tutelados por la constitución y la ley (...)

(...) que existen valores normativos constitucionales cuyo rango es preeminente, a tenor de establecido en el artículo 7° de la Carta Magna, tal como es el caso de la protección especial de la maternidad que debe estar por encima de valores normativos de rango legal (...)

(...) que la noción de funcionaria pública de libre nombramiento y remoción, responde a un valor normativo de carácter legal, destinado a hacer más eficiente la administración, pues se trata de personas que ocupan un rango elevado en la estructura administrativa y son capaces de tomar decisiones fundamentales en el ámbito de su ejercicio (...)

⁵⁷ Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala Político Administrativa de fecha 04 de diciembre de 1990, **Mariela Morales vs Ministerio de Justicia**. Expediente N° 7636. Venezuela.

(...) que la interpretación más justa es aquella que desarrolla los principios fundamentales de la Constitución y la que propenda al efectivo goce y disfrute de los derechos constitucionales, tal cual es la maternidad, por encima de cualquier consideración de carácter legal(...); y en razón de que:

(...) el operador jurídico (jueces y abogados) debe lograr la finalidad del estado y del derecho mismo (...)

(...) en aplicación de los artículos 19, 23, 75 y 76 de la Carta Magna, en este caso, protege la maternidad y la familia por el tiempo que dure la maternidad.

En tal sentido, dejó expresamente sentado que:

(...) esta protección no puede considerarse que se trata de una "inamovilidad", pues tal institución todavía está en fase de discusión y elaboración jurisprudencial con respecto a los funcionarios públicos..." y que "...tampoco se trata de establecer un fuero absolutamente infranqueable que sirva de patente para que una funcionaria pública en estado de gravidez pueda comportarse en contra de sus obligaciones, pues eso ni siquiera está previsto en la inamovilidad laboral de las trabajadoras del sector privado..."; sino que más bien "...se trata de una tutela constitucional mediante la cual se establece que ninguna funcionaria pública en estado de gravidez puede ser desincorporada del servicio sin seguirse un procedimiento administrativo en el cual se le otorguen las debidas garantías de defensa y contradicción, conducta ésta que debe ser regla general de la actuación de la administración (...)

Por lo que:

(...) con base en este criterio, toda funcionaria de carrera o de libre nombramiento y remoción, que esté en estado de gravidez, encuentra una protección especial de carácter constitucional por medio de la cual efectivamente no podrá ser removida, retirada, trasladada, o desmejorada en sus condiciones de trabajo, salvo que incurra en causas que lo justifiquen, para lo

cual deberá el ente a quien corresponda abrir un procedimiento tendiente a demostrar dichas causas con todas las garantías de defensa, alegación y contradicción necesarias (...)

Asimismo, dejó sentado que:

(...) en los casos en que el órgano jurisdiccional constate el estado de gravidez de la querellante, y la inexistencia de algún procedimiento administrativo que conlleve a su destitución, aún en el caso de las funcionarias públicas de libre nombramiento y remoción, debe procederse a la inmediata reincorporación de la justiciable con fundamento en los artículos 03, 07, 19, 26, 27 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...)⁵⁸

La sentencia de la CPCA de fecha 14 de febrero de 2002, caso Francis Mantilla vs Corposalud, en la cual la Corte reitera que "(...) la inamovilidad laboral abarca a aquellas funcionarias de la administración pública e incluso alcanza a aquellas funcionarias que sean de libre nombramiento y remoción (...)"⁵⁹.

La sentencia de la CPCA de fecha 04 de abril de 2002, caso S.V. Olivares vs Corpozulia, en la cual la Corte señala que:

(...) en el caso de funcionarias públicas que se encuentren en estado de gravidez no se trata de conceder una inamovilidad en los términos establecidos en el artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues, tal institución todavía está en fase de discusión y elaboración jurisprudencial con respecto de los funcionarios públicos como es el caso de marras, si no que se trata de otorgar una protección durante el período de gravidez mediante la desvinculación del servicio por el lapso que dure el

⁵⁸ Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 04 de abril de 2001, **Lilian Carvajal vs Consejo Legislativo del Edo. Amazonas**. Expediente N° 00-23473. Venezuela.

⁵⁹ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 14 de febrero de 2002, **Francis Mantilla vs Corposalud**. Expediente N° 02-26454. Venezuela.

embarazo y sus correspondientes períodos pre y post natal que la legislación especial prevé (...)

Al respecto, esta Corte se ha pronunciado en torno a la tutela constitucional que merece la maternidad y su alcance, en sentencia de fecha 20 de mayo de 1998, (caso: Silvia Contramaestre Vs. Fondo de Pensiones y Jubilaciones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y Municipios), en los siguientes términos:

“En lo referente a la inamovilidad a la que se refiere la accionante, ha de señalar la Corte que dicha inamovilidad se halla establecida en la Ley Orgánica del Trabajo, siendo que la Constitución únicamente establece la protección de la maternidad (artículo 74) y la protección de la mujer y el menor trabajador (artículo 93), pero tales normas no podría derivarse un derecho como la inamovilidad por gravidez, en los términos específicos en los que se halla establecida en la normativa laboral.

En efecto, en relación a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado lo siguiente: ‘...esta Corte considera que cualquier intento del patrono o empleador de cercenar el derecho a la inamovilidad en el trabajo de la mujer embarazada, sin que medie causal de despido o de retiro por razones disciplinarias y al no permitirle el disfrute del derecho al descanso pre y postnatal constituye una evidente y flagrante violación al principio constitucional consagrado en los artículos 74 y 93 de la Constitución... en otras palabras, la desvinculación al servicio debe posponerse una vez verificado el agotamiento de los permisos que la legislación especial prevé’. (Sentencia de fecha 3 de diciembre de 1990. Caso: Mariela Morales vs. Ministerio de Justicia). Es decir, que conforme al criterio antes expuesto, el derecho constitucional contemplado en el artículo 74 implica gozar de la inamovilidad durante el tiempo del embarazo y hasta la culminación del período postnatal”

Determinado lo anterior, y continuando con lo expresado anteriormente, esta Corte observa que, para desincorporar de la relación de trabajo a toda mujer que se encuentre en estado de

gravidez, debe esperarse el lapso que falte del embarazo y que se hayan extinguidos los permisos correspondientes, de lo contrario, se incurriría en la violación de los derechos constitucionales referidos a la protección maternal.⁶⁰

La sentencia de la CPCA de fecha 10 de mayo de 2002 caso Linne Pinto contra el Presidente del Consejo Legislativo del Edo. Zulia, en la cual la Corte reitera su criterio en esta materia, en los siguientes términos:

(...) durante el puerperio (tiempo después del parto) la funcionaria pública goza de protección constitucional (inamovilidad), no en los términos que precisa la legislación laboral sino hasta el momento en que venzan los permisos correspondientes (...)

Asimismo, señaló que:

(...) no obstante que el cargo ocupado por la quejosa fuese calificado de libre nombramiento y remoción ello no impide que se le respeten tales derechos constitucionales (...)

Por tanto:

(...) a los fines de que se pretenda desincorporar del servicio a determinada funcionaria pública de libre nombramiento y remoción, debe esperarse el lapso que falte del embarazo y que se hayan extinguidos los correspondientes permisos, de lo contrario se estarían vulnerando los derechos constitucionales que se refieren a la protección maternal (...)

Por otra parte, estableció que:

⁶⁰ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 04 de abril de 2002, **S.V. Olivares vs Corpozulia**. Expediente N° 02-26919. Venezuela.

(...) en virtud de que el ente querellado no esperó que transcurriera el lapso para que se considerarán extinguidos los correspondientes permisos para proceder a separar del cargo a la accionante, lo cual constituye una violación al texto fundamental, procedería entonces la reincorporación de ésta por el tiempo que faltara para que se vencieran dichos permisos, sin embargo, visto el tiempo transcurrido desde la separación del cargo, no es posible proceder a tal reincorporación, pues ésta ha transcurrido fatalmente (...) no obstante ello (...) por lo que respecta al pago de los beneficios socioeconómicos dejados de percibir, esta corte observa que éstos son procedentes por virtud de la constatación de la especial situación de la quejosa, y en vista de que éstos se encuentran íntimamente relacionados con la protección de la maternidad, sin embargo deberán cancelárseles los que correspondan al tiempo que la quejosa debió permanecer activa en la nómina del personal al servicio del organismo querellado, bien sea sólo el período correspondiente al post natal o en caso de no haber hecho uso integro del permiso pre natal, deberán sumársele los días que de éste no haya hecho uso, pues ellos son la consecuencia obvia de la violación directa del texto constitucional, en los términos precisados (...) en razón de lo anterior, esta corte considera que en el caso de marras, restablecer la situación jurídica lesionada por la transgresión al orden constitucional, implica que se efectúen los pagos de los beneficios socioeconómicos a los que se hizo alusión, ya que del estudio de cada caso particular se determina cuando el restablecimiento de la situación jurídica lesionada pone de manifiesto la necesidad del pago de una deuda debida por el accionado al accionante, circunstancia en la que la protección del juez debe llegar hasta la condena de dicha suma de dinero (...)⁶¹

La sentencia de la Sala Político Administrativa del TSJ de fecha 23 de mayo de 2002 caso Andreina Morazzani contra el Consejo de la Judicatura y la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, por la cual la Sala señala que:

⁶¹ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 10 de mayo de 2002, **Linne E. Pinto de Paz vs Presidente del Consejo Legislativo del Estado Zulia**. Expediente N° 01-26366. Venezuela.

(...) en aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley Orgánica del Trabajo, resulta aplicable supletoriamente las disposiciones de la ley laboral ordinaria a la relación funcional ante la ausencia de disposición expresa en cuanto a la estabilidad de las funcionaras que se encuentran en estado de gravidez, a saber el artículo 384 ejusdem, según el cual la mujer trabajadora en estado de gravidez gozará de inamovilidad durante el embarazo y hasta un (01) año después del parto (...)

*Por lo que, "...la administración, debía haber dejado transcurrir íntegramente el período de un (01) año establecido en la ley, para luego proceder, de ser el caso, a la terminación de la relación funcional, y siendo que en el caso de autos se procedió a su remoción y retiro, aún cuando la recurrente se encontraba dentro del año de inamovilidad en virtud del nacimiento de su hija el 5 de marzo de 1999, es por lo que resulta obvio para este órgano jurisdiccional que en el caso de autos los actos administrativos impugnados están viciados de nulidad absoluta, por cuanto fueron dictados en contravención a los derechos inherentes a la maternidad, consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y de lo dispuesto en el artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo (...)*⁶²

La sentencia de la CPCA de fecha 13 de marzo de 2003, caso Yelizabeth Yáñez Lira contra el INVIAL, en donde la Corte considera que:

Para el momento en que la accionante fue retirada del organismo se encontraba amparada por la protección integral a la maternidad prevista en el artículo 76 de la Carta Magna, que en el caso a juicio del Sentenciador se traduce en el pago de la indemnización prevista en el artículo 385 de la Ley Orgánica del Trabajo, pues al haber quedado afectada la estabilidad de la funcionaria en virtud del proceso de reestructuración no podía considerarse su inamovilidad absoluta en los términos de la Ley Orgánica del Trabajo.

(...)

⁶² Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 22 de mayo de 2002, **Andreina Morazzani vs Consejo de la Judicatura**. Expediente N° 2000-0443. Venezuela.

En el caso de autos, la reestructuración planteada en el Instituto Autónomo Regional de Vialidad del Estado Carabobo (INVIAL), consistió en la “reducción de personal” con el propósito de alcanzar una renovada estructura acorde con las modificaciones del orden funcional, administrativo y de reingeniería de los servicios y procesos llevados a cabo en forma coordinada dentro de la referida Administración Estatal, por lo que mal podría este procedimiento haber vulnerado el derecho a la estabilidad, tal y como lo pretende hacer ver la accionante, ya que si bien es cierto que este es un derecho que poseen los funcionarios de carrera, no es menos cierto que este no es un derecho absoluto, por lo que este tipo de funcionarios pueden ser suspendidos, removidos o destituidos de acuerdo a los supuestos y procedimientos consagrados en la Ley, siendo uno de tales supuestos la reorganización administrativa (...)⁶³

La sentencia de la Sala Constitucional del TSJ de fecha 05 de abril de 2006, caso Wendy Coromoto García Vergara contra la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, ha indicado que:

Al respecto, ha sido criterio de esta Sala que para toda remoción a cualquier cargo o puesto de trabajo, se debe esperar que culmine el estado de gravidez o embarazo y se hayan extinguido los correspondientes permisos pre y post-natal. En otras palabras, la desvinculación del servicio debe posponerse por el lapso que falte del embarazo y una vez verificado el agotamiento de los permisos que la legislación especial prevé (vid sentencia No.64/2002).

Siendo ello así, esta Sala considera que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, debió aperturar un procedimiento administrativo si había causa justificada de despido, o de ser el caso dejar transcurrir el período de un (1) año establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, para luego ponerle fin a la relación laboral, y siendo que en el caso de autos, se removió del cargo como “Secretaria del Tribunal de Protección del Niño y del

⁶³ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 13 de marzo de 2003, **Yelizbeth Yáñez Lira vs Instituto Autónomo Regional de Vialidad del Estado Carabobo (INVIAL)**. Expediente N° 03-000538. Venezuela.

Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira”, a la accionante, sin haber expirado el tiempo citado, se le lesionaron sus derechos constitucionales señalados como infringidos, ya que tal proceder contraviene la protección a la maternidad, establecida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en lo dispuesto en el artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo.⁶⁴

De los textos transcritos se evidencia la tendencia jurisprudencial de los tribunales venezolanos, la cual parece estar orientada a la idea que la protección foral por maternidad es extensiva a toda mujer trabajadora que se encuentre en estado de gravidez, independientemente de su situación de subordinación laboral o funcionarial, con excepción del personal contratado por parte de la Administración Pública, así como los trabajadores bajo la figura de contrato por obra o por tiempo determinado en el sector privado, según se explicó en capítulos anteriores.

Sobre este particular, es importante destacar, que en principio y por disposición expresa de los artículos 37, 38 y 39 de la LEFP, referidos en líneas anteriores, el personal contratado por parte la Administración Pública será sólo para tareas específicas y por tiempo determinado, y el régimen que les es aplicable será el previsto en el respectivo contrato y en la LOT; quedando excluidos del ámbito de la carrera administrativa y las leyes aplicables a esta última y, consecuentemente, quedar amparadas por el fuero maternal en ella consagrado; tal y como es señalado por Jorge Kiriakidis al indicar que:

Es lamentable que el Legislador haya perdido la oportunidad de regular en el seno de la Ley del estatuto de la Función Pública el Régimen de los contratados de la Administración, y que en

⁶⁴ Tribunal Supremo de Justicia Sala Constitucional de fecha 05 de abril de 2006, **Wendy García vs Dirección Ejecutiva de la Magistratura**. Expediente N° 05-2458. Venezuela.

lugar de esto haya optado por laborizar el régimen de estos servidores públicos. Pues se ha sacado de contexto a esta expresión de la función pública (pues si bien los contratados no son funcionarios de carrera, no es menos cierto que si son servidores públicos o funcionarios en sentido amplio).

No obstante, es necesario señalar que las normas incluidas en la Ley para regular esta situación, han sido pensadas para enfrentar esta tesis, y someter a los contratados a un solo régimen, el laboral, y a los funcionarios a una sola normativa de ingreso, la prevista en la Ley de Carrera Administrativa, cualquiera sea su nombre.⁶⁵

Retomando el tema de los funcionarios públicos, tal y como se señaló ut supra, toda funcionaria pública embarazada o en período postnatal, por su condición perse, goza de estabilidad en el cargo, por lo que eventualmente sólo podría ser desincorporada del servicio, previo el cumplimiento de un procedimiento disciplinario contradictorio.

En el caso de la funcionaria pública de libre nombramiento y remoción, quien normalmente no goza de estabilidad en el cargo, cuando la misma se encuentra en estado de gravidez, la jurisprudencia patria y la LEFP le han extendido la protección foral por maternidad.

Así y como se indicó en líneas precedentes, hoy día, en el ámbito legal, tenemos que la LEFP⁶⁶ en su artículo 29, recoge expresamente la protección constitucional a la maternidad, en el caso de las funcionarias públicas en estado de gravidez.

⁶⁵ Kiriakidis, J. Notas sobre la situación de los contratados por la administración pública en la Ley de la función pública (2003). **Régimen jurídico de la función pública en Venezuela: homenaje a la doctora Hildegar Rondón de Sansó**. Caracas: Fundación Estudios de derecho Administrativo. Pág. 152.

⁶⁶ Ley del Estatuto de la Función Pública. (2002). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 37.522 (Ordinario), Septiembre 06 de 2002.

En efecto, establece la mencionada norma que “las funcionarias públicas en estado de gravidez gozarán de la protección integral a la maternidad en los términos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento.”

Dicha protección comprende desde el embarazo hasta un (01) año después del parto, y que además todo acto administrativo de desincorporación del servicio de una funcionaria pública de libre nombramiento y remoción amparada con fuero maternal que no sea producto de un procedimiento disciplinario que cumpla con todas las garantías de defensa, alegación y contradicción, con fundamento en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo, debe ser declarado nulo por el órgano jurisdiccional competente e inexistente de la esfera jurídica, con lo cual cabría la reincorporación inmediata de la funcionaria aforada, el pago de las indemnizaciones que sean procedentes por todo ese período de ilegal separación de su cargo y el cómputo del tiempo transcurrido en la antigüedad de la misma.

Es el caso que, el legislador al recoger en el Título III, Capítulo II de la LEFP in comento, entre “Derechos de los Funcionarios y Funcionarias Públicos”, la protección foral por maternidad, está indicando que este derecho ampara a todas *las funcionarias públicas* en estado de gravidez, en el entendido que, en sentido lato, esa expresión implicaría, que comprende tanto a las funcionarias de carrera como a las que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

Siendo así, sería lógico considerar, que las funcionarias de libre nombramiento y remoción en estado de gravidez, gozan de inamovilidad derivada de su estado especialísimo, esto es fuero maternal, y en

consecuencia no podrán ser removidas, retiradas, trasladadas, o desmejoradas en sus condiciones de trabajo, salvo que incurra en causas que lo justifiquen, para lo cual deberá el ente a quien corresponda abrir un procedimiento tendiente a demostrar dichas causas con todas las garantías de defensa, alegación y contradicción necesarias; criterio éste asumido igualmente por parte de la Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo.⁶⁷

No obstante, a criterio de la CPCA⁶⁸ “(...) dicha inamovilidad no puede entenderse como un derecho absoluto(...)” ya que según la misma ha expuesto, y con fundamento en la propia LEFP⁶⁹ especialmente en su artículo 78, todo lo cual se ha comentado en líneas anteriores, puede tener sus variantes en función de la 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, dejando a salvo lo relativo a la reubicación así como al mes de disponibilidad que corresponde a los funcionarios de carrera.

En todo caso, el tema de la protección integral a la mujer embarazada cuando se trata de una funcionaria pública de libre nombramiento y remoción, ya no pareciera ser un asunto controvertido, al erigirse la protección de la maternidad como un derecho de rango constitucional frente a la posibilidad por parte de la Administración Pública, de disponer libremente de cargos adaptados a la naturaleza de la actividad a ser desempeñada en dichos cargos (libre nombramiento y remoción), y que por definición, carecen de toda estabilidad en los términos previstos en la Constitución y en las Leyes.

⁶⁷ Ministerio del Trabajo-Consultoría Jurídica. (2002). *Dictamen Nº 57*. [Documento en línea]. Consultado el 01 de julio de 2006 en: <http://www.mintra.gov.ve>

⁶⁸ Yelizabeth Yáñez Lira vs Instituto Autónomo Regional de Vialidad del Estado Carabobo. Op.cit.

⁶⁹ Ley del Estatuto de la Función Pública. Op.cit.

Siendo entonces una protección especial de tipo constitucional que, como señala el Dr. Caballero Ortiz:

(...) debe ponerse de manifiesto que la disposición contenida en el artículo 29 de la Ley del Estatuto de la Función Pública protege por igual a las funcionarias públicas de carrera, como a las de libre nombramiento y remoción, no sólo porque la norma no establece distinción alguna entre tales categorías de funcionarias, sino porque el derecho no se encuentra consagrado en el Capítulo III del Título III, referido a los derechos exclusivos de los funcionarios de carrera. En consecuencia, en los casos de destitución de la mujer embarazada, funcionaria de libre nombramiento y remoción, de haber incurrido en alguna de las causales previstas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, debe seguirse el procedimiento administrativo previsto en dicha Ley.⁷⁰

⁷⁰ Caballero J. (2006). ***El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público***. Caracas: Ediciones Paredes. Pág. 260.

CONCLUSIONES

La protección integral a la maternidad que consagra el Texto Constitucional Venezolano de 1999, está colocada por encima de cualquier otra disposición, independientemente del rango de ésta. Frente a esa protección integral de la maternidad no cabe distinción respecto de su estado civil, raza, condición social o política o sector al cual presta sus servicios. Las únicas excepciones a esta protección provienen de los casos de trabajadoras a tiempo determinado o por obra determinada en el sector privado; o en el sector público, cuando se trata de trabajadoras contratadas en los términos y realidad establecidos por la LEFP.

La protección integral a la maternidad comprende fundamentalmente la garantía de acceso al mejor empleo, la promoción y la *estabilidad en el trabajo*, la salud y la seguridad económica antes y después del parto, y el derecho a la lactancia.

La protección a la maternidad en lo relativo a su estabilidad en el empleo, le otorga el derecho a la beneficiaria del mismo, según la LOT vigente, a gozar de inamovilidad durante el embarazo y hasta un año después del parto, así como el derecho a un descanso durante seis semanas antes y doce semanas después del parto. Sólo puede ser despedida mediante la calificación previa por parte del Inspector del Trabajo, siguiendo el procedimiento legalmente previsto para ello.

La protección a la maternidad de las funcionarias del sector público, que encontrándose en la misma condición de gravidez, y ocupen cargos de carrera, tendrán idéntica protección a las trabajadoras del sector privado

contratadas a tiempo indeterminado. La doctrina y la jurisprudencia patria, con sustento en las normas constitucionales protectoras de la maternidad, ha extendido a aquéllas, incluyendo a las que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción, la protección foral por maternidad en los mismos términos previstos en la legislación laboral.

La LEFP, siguiendo la orientación precedente, en su artículo 29 recoge la protección foral por maternidad en los términos consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, indicando que este derecho ampara *a todas las funcionarias públicas* en estado de gravidez, en el entendido que en sentido lato esta expresión implicaría, que comprende tanto a las funcionarias de carrera como a las que ocupan cargos de libre nombramiento y remoción.

Los Tribunales venezolanos han establecido que, las funcionarias de libre nombramiento y remoción en estado de gravidez, gozarán de inamovilidad derivada de su estado especialísimo, esto es fuero maternal, en consecuencia no podrán ser removidas, retiradas, trasladadas, o desmejoradas en sus condiciones de trabajo, salvo que incurran en causas que lo justifiquen, para lo cual deberá el órgano o ente a quien corresponda abrir un procedimiento tendiente a demostrar dichas causas, con todas las garantías de defensa, alegación y contradicción necesarias; causales que deben tener su basamento en la Constitución y en las Leyes.

Igualmente, vía jurisprudencial se ha establecido que, en aquellos supuestos de 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 en los términos y condiciones previstos en la Constitución y en las Leyes, y que hagan

materialmente imposible la reincorporación de una funcionaria pública amparada por fuero maternal; deberá cancelársele lo que le corresponda por el tiempo que debió permanecer activa en la nómina del personal al servicio del organismo en cuestión, incluido el período correspondiente al permiso postnatal.

El tema abordado en el presente trabajo especial de grado no deja de ser un asunto controvertido, en virtud de la confrontación de dos situaciones jurídicas susceptibles de protección y tutela jurídica por parte del Estado; a saber, por una parte, la maternidad, y por otra, la continuidad y eficiencia del aparato administrativo público. Tal contradicción se resuelve, como se evidencia de este estudio, a favor del bien jurídico tutelado *maternidad*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alfonzo, R. (1999). ***Nueva didáctica del derecho del trabajo*** (10ª. ed.). Caracas: Editorial Melvin.

Alfonzo, R. (2004). ***Nueva didáctica del derecho del trabajo*** (13ª. ed.). Caracas: Autor.

Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela (2002). ***Labor legislativa Informe 2º discusión*** [Base de datos en línea]. Consultada el 20 de mayo de 2006 en: <http://www.asambleanacional.gov.ve>

Caballero J. (1991). ***Incidencias del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el régimen jurídico del funcionario público***. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Caballero J. (2001). Bases constitucionales del derecho de la función pública. ***Revista de Derecho Constitucional***.

Caballero J. (2006). ***El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público***. Caracas: Ediciones Paredes

Colección Jurídica Básica Lec N° 1. (1999). Ley Orgánica del Trabajo reformada 1997 (3ª. ed.). Caracas: Legis Lec Editores, C.A.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, 36.860 (Extraordinario), Diciembre de 1999.

Convenio N° 3 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Protección de la Maternidad 1919 (1945). ***Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela***, 118 (Extraordinario), Enero 04 de 1945.

Convenio N° 103 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la Protección de la Maternidad. (1981). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 2.850 (Extraordinario), Agosto 27 de 1981.

Decreto N° 1.553 con Fuerza de Ley del Estatuto sobre la Función Pública. (2001). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 5.557 (Extraordinario), Noviembre 13 de 2001.

De Pedro, A. (1982). **Realidad y perspectiva de la función pública venezolana**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Diccionario Enciclopédico (2002). España: Espasa Calpa, S.A.

Grisanti, R. Las peculiaridades del régimen jurídico de los funcionarios públicos en el ámbito estatal y municipal (2003). **Régimen jurídico de la función pública en Venezuela: homenaje a la doctora Hildegar Rondón de Sansó Tomo II** (2003). Caracas: Ediciones Funeda.

Instituto Nacional de Prevención, Salud y Seguridad Laborales (1986). **Síntesis de los convenios internacionales del trabajo ratificados por Venezuela** [Base de datos en línea]. Consultado el 01-09-2006 en: <http://www.inpsasel.gov.ve/paginas/conveniooit.htm>

Kiriakidis, J. Notas sobre la situación de los contratados por la administración pública en la Ley de la función pública (2003). **Régimen jurídico de la función pública en Venezuela: homenaje a la Dra. Hildegar Rondón de Sansó**. Caracas: Ediciones Funeda.

Lares, E. (2001). **Manual de derecho administrativo** (12ª. ed.). Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela.

Ley de Carrera Administrativa. (1970). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 1.428 (Extraordinario), Septiembre 4 de 1970.

Ley de Carrera Administrativa. (1975). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 1.745 (Extraordinario), Mayo 23 de 1975.

Ley de igualdad de oportunidades para la mujer. (1999). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, 5.398 (Extraordinario), Octubre 26 de 1999.

Ley del Estatuto de la Función Pública. (2002). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, 37.482, Julio 11 de 2002.

Ley del Estatuto de la Función Pública. (2002). ***Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela***, 37.522, Septiembre 06 de 2002.

Ley del Trabajo. (1928). ***Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela***, (Extraordinario), Agosto 13 de 1928.

Ley del Trabajo. (1936). ***Gaceta Oficial de los Estados Unidos de Venezuela***, (Extraordinario), Julio 16 de 1936.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (1981). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 2.818 (Extraordinario), Julio 1 de 1981.

Ley Orgánica del Trabajo. (1997). ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela***, 5.152 (Extraordinario), Junio 19 de 1997.

Longa, J. (1999). ***Ley Orgánica del Trabajo comentada*** (Vol. II). Distribuciones Jurídicas J. Santana: San Cristóbal.

Ministerio del Trabajo-Consultoría Jurídica. (2002). ***Dictamen N° 57***. [Documento en línea]. Consultado el 01 de julio de 2006 en: <http://www.mintra.gov.ve>

Miñambres, C. (2001). **La estabilidad de funcionarios y trabajadores**. Madrid: Consejo Económico y Social.

Orellana, I. **La mujer y la Ley del trabajo**. (1990). Caracas: Publicaciones El Pueblo.

Organización de las Naciones Unidas (1948). **Declaración Universal de los Derechos Humanos** [Documento en Línea]. Consultado el 10 de abril de 2006 en: <http://www.defensoria.gov.ve>

Organización de las Naciones Unidas (1966). **Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales** [Documento en Línea]. Consultado el 10 de abril de 2006 en: <http://www.defensoria.gov.ve>

Organización Internacional del Trabajo (1999). **Conferencia internacional del trabajo 87.a reunión 1999. Informe V La protección de la maternidad en el trabajo** [Documento en Línea]. Consultado el 04 de abril de 2006 en: <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm>

Organización Internacional del Trabajo (1997). **Informe de la revisión del Convenio Número 103 sobre protección de la maternidad y de la Recomendación número 95 sobre la protección de la maternidad** [Documento en Línea]. Consultado el 20 de marzo de 2006 en: <http://www.ilo.org/public/spanish/index.htm>

Reglamento de la Ley del Trabajo. (1973). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 1.631 (Extraordinario), Diciembre 31 de 1973.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. (1999). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 5.292 (Extraordinario), Enero 25 de 1999.

Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. (2006). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**, 38.426, Abril 28 de 2006.

Reglamento General de la Ley del Seguro Social. (1991). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, 4.267 (Extraordinario), Abril 8 de 1991.

Rondón, H. (1991). **El funcionario público y la Ley Orgánica del Trabajo**. Caracas: Editorial Arte.

Saravia, E. (1997). La Situación Laboral del Personal de Administración Pública. **Serie Documentos Reuniones Internacionales No. 1** [Revista en Línea], 10 (1). Consultado el 01 de marzo de 2006 en: <http://www.clad.org.ve/fulltext/0030002.html>

Sentencia Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 04 de abril de 2001, **Lilian Carvajal vs Consejo Legislativo del Edo. Amazonas**. Expediente N° 00-23473. Venezuela.

_____ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 14 de febrero de 2002, **Francis Mantilla vs Corposalud**. Expediente N° 02-26454. Venezuela.

_____ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 04 de abril de 2002, **S.V. Olivares vs Corpozulia**. Expediente N° 02-26919. Venezuela.

_____ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 10 de mayo de 2002, **Linne E. Pinto de Paz vs Presidente del Consejo Legislativo del Estado Zulia**. Expediente N° 01-26366. Venezuela.

_____ Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 13 de marzo de 2003, **Yelizabeth Yánez Lira vs Instituto Autónomo Regional de Vialidad del Estado Carabobo (INVIAL)**. Expediente N° 03-000538. Venezuela.

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala Constitucional de fecha 05 de abril de 2006, **Wendy García vs Dirección Ejecutiva de la Magistratura**. Expediente N° 05-2458. Venezuela.

Sentencia Corte Suprema de Justicia Sala Político Administrativa de fecha 04 de diciembre de 1990, **Mariela Morales vs Ministerio de Justicia**. Expediente N° 7636. Venezuela.

_____ Corte Suprema de Justicia Sala Político Administrativa de fecha 22 de mayo de 2002, **Andreina Morazzani vs Consejo de la Judicatura**. Expediente N° 2000-0443. Venezuela.

Silva, A., y Mata, M. (2005). **La llamada revolución industrial**. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Villasmil, F. (2000). **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo** (Tomo II). Maracaibo: Editorial Monfort.

Zuleta, C. (1999). **Comentarios a la Ley Orgánica del Trabajo**. Barquisimeto: Editorial Horizonte.