

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL CONTRATO DE TRABAJO COMO MEDIO IRREGULAR EMPLEADO
POR LA ADMINISTRACION PARA DESEMPEÑAR FUNCIONES
CORRESPONDIENTES A LOS CARGOS DE CARRERA EN VENEZUELA**

Trabajo Especial de Grado, presentado como
requisito parcial para optar al Grado de
Especialista en Derecho Administrativo.

Autor: Abogado. Marcos López Sayago

Tutor Abogado. Jesús Salazar

Caracas, 24 de febrero de 2011

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado **Marcos López Sayago**, para el Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: **El contrato de trabajo como medio irregular empleado por la administración para desempeñar funciones correspondientes a los cargos de carrera en Venezuela**; 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 Barinas, a la fecha de su presentación.

Nombres y Apellidos
CI

DEDICATORIA

A Dios, todo poderoso quien guía mis pasos en todas las metas que me propongo a realizar.

A mi Abuela “Aya”, aunque no te tengo físicamente tus sabios consejos los recibo a diario desde el mas allá.

A mi Madre, forjadora de lo que soy hoy en día, tu amor lo llevo impregnado en mí ser que hacen que las metas que me propongo a realizar se hagan realidad.

A mi hermano Mario, quien se ha encargado de ser padre y hermano a la vez y por sobre todo mi fiel amigo que desde niños hemos disfrutados nuestros éxitos.

A mi esposa Angi, apoyo fundamental en esta etapa de mi vida quien a través de sus ojos y cariño ha logrado que sea el mejor hombre de este mundo.

A mi hija Marifer, quien a través de su amor y sonrisa hace que mi vida sea más feliz todos los días.

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Católica Andrés Bello, por abrirme sus puertas y permitir que esta meta sea alcanzada.

A los Profesores del Postgrado en Derecho Administrativo quienes con esfuerzo y dedicación se trasladaron a la ciudad de Barinas con el fin de enseñarnos lo que hoy y siempre pondremos en práctica.

A mis Colegas del Postgrado en Derecho Administrativo quienes compartimos en clase conocimientos para ser mejores profesionales.

Al Abogado Jesús Salazar, quien a través de su asesoría sobre la presente investigación permitió que mis conocimientos se ampliaran y a su vez por enseñarme lo que es ser un buen Especialista en Derecho Administrativo.

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
APROBACION DEL TUTOR	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTOS	iv
INDICE	v
RESUMEN	viii
INTRODUCCION	1
CAPITULOS	
I.- NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE TRABAJO	6
1. Naturaleza Jurídica del Contrato de Trabajo	7
2. Contrato de Trabajo	13
2.1.-Según la Doctrina Patria	14
2.2.- Según la Jurisprudencia Patria	15
3. Elementos del Contrato de Trabajo	16
4. Contenido del Contrato de Trabajo	24
5. Sujetos del Contrato de Trabajo	26
5.1.-El Patrono o Empleador	26
5.2.-Trabajadores	28
II.- NOCION DE FUNCIONARIO PUBLICO DE ACUERDO CON EL ORDENAMIENTO JURIDICO VIGENTE	32

1. Funcionario Público	32
1.1.-Según la Doctrina Patria	32
1.2.-Según la Ley del Estatuto de la Función Pública	41
1.3.-Según la Ley contra la Corrupción	45
1.4.-Según la Jurisprudencia Contencioso Administrativa	51
2. Tipos de Funcionarios Públicos	56
2.1.-Funcionarios de Carrera	56
2.2.-Funcionarios de Libre Nombramiento y Remoción	61
2.3.-Funcionarios de Elección Popular	65
 III.-MECANISMOS PARA INGRESAR VALIDAMENTE A LA FUNCION PUBLICA VENEZOLANA	 67
1. El ingreso a la Función Pública por designación para el ejercicio de un cargo de Libre Nombramiento y Remoción o de Elección Popular	67
2. El ingreso a la Función Pública para designación para el ejercicio de un Cargo de Carrera	70
 IV.-POSICIONES DOCTRINARIAS Y JURISPRUDENCIALES QUE TRATAN LA SITUACION JURÍDICA DE LOS EMPLEADOS CONTRATADOS POR LA ADMINITRACION PUBLICA	 76

1. La Doctrina ius administrativista y la ius laboralista frente a la situación jurídica de los empleados contratados por la Administración Pública	78
2. Posición de la jurisprudencia contencioso administrativa y la jurisprudencia laboral frente a la situación jurídica de los empleados contratados por la Administración Pública	89
CONCLUSIONES	110
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	116

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL CONTRATO DE TRABAJO COMO MEDIO IRREGULAR EMPLEADO
POR LA ADMINISTRACIÓN PARA DESEMPEÑAR FUNCIONES
CORRESPONDIENTES A LOS CARGOS DE CARRERA EN VENEZUELA**

Autor: Abog. Marcos López
Asesor: Abog. Jesús Salazar
Fecha: Junio de 2.010

RESUMEN

La Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela establece en el artículo 146 que el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera es a través del concurso público. Mandato constitucional que se ha visto mermado por la propia Administración Pública ya que a través de sus entes ha hecho costumbre utilizar la figura del contrato de trabajo para el ejercicio de determinados empleos públicos de carrera desvirtuándose por ende la verdadera naturaleza jurídica de la carrera administrativa. Por estas razones se planteó en la investigación el uso del contrato de trabajo en Venezuela como medio irregular para ejercer una función pública de carrera partiendo de un examen de la naturaleza jurídica del contrato de trabajo dentro de la Administración Pública, pasando por el análisis de las formas de ingreso lícitas a la carrera administrativa así como un análisis de las normas que regulan la materia, la doctrina más calificada y los criterios jurisprudenciales a fin de establecer que efectivamente el contrato de trabajo es utilizado fraudulentamente por la Administración Pública para el ejercicio de funciones públicas de carrera tras dejarse en el olvido el concurso público. El método utilizado para cumplir los objetivos fue el cualitativo de tipo documental y descriptivo, apoyado por el método inductivo deductivo, utilizando como instrumento una matriz de análisis de contenido en la cual se registró la información documental pertinente a la investigación. Con base en el cumplimiento del objetivo general se llegó a la conclusión de que el contrato de trabajo es el medio irregular empleado por la Administración para ejercer una función pública de carrera en Venezuela, a pesar de los esfuerzos por parte de los Tribunales competentes del país para que esta situación se normalice mediante la convocatoria a los correspondientes concursos públicos.

INTRODUCCION

Los Funcionarios de Carrera han sido definidos por la Ley del Estatuto de la Función Pública en su artículo 19, primer aparte, como aquellos funcionarios que habiendo ganado el concurso público, superado el periodo de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerados y con carácter permanente.

De este concepto debe destacarse que ha sido elevado a rango constitucional, el ingreso a la carrera administrativa, la cual deberá ser por concurso público fundamentado en los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia que estipula el artículo 146 Constitucional; asimismo el ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos. Por ende, el legislador podrá determinar el tipo de concursos a realizar, el modo y términos de ejecución de los mismos, pero no podrá prescindir de su realización como modo de ingreso. Esta exigencia del ingreso y ascenso por razones de mérito otorgara en teoría garantía de mayor eficiencia en el ejercicio de la función pública, y como expresa la Exposición de Motivos de la Constitución, buscará seleccionar a los mejores tanto en su aspecto ético, como en su preparación técnica y profesional.

Además, es relevante destacar la inclusión en la Ley del Estatuto de la Función Pública de un Título llamado "Personal Contratado" donde en su

artículo 37 establece claramente que el contrato se utilizará en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado, consagrándose la prohibición de contratar personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la referida Ley. Luego, los artículos 38 y 39 se refieren verdaderamente al régimen jurídico de los contratados, en efecto el primero de ellos, el 38, señala que a los contratados les será aplicable la legislación laboral; el segundo (el 39), aclara que los contratos no constituyen un modo de ingreso a la Administración Pública lo que, en consecuencia, significa que a los contratados no les resulta aplicable el régimen jurídico de los funcionarios públicos de carrera o de libre nombramiento o remoción.

Ello refuerza la importancia de haber sido regulada la carrera administrativa no solo en la Constitución Nacional sino en la Ley del Estatuto de la Función Pública como regla general, en cuanto a que el concurso público es la única forma de ingreso a la función pública de carrera, así como por haberse determinado en dichas normativas que la Administración Pública puede requerir, vía de excepción, de personal contratado en determinadas ocasiones debiéndose aplicar el régimen jurídico previsto en la Ley Orgánica del Trabajo; excluyéndolos con ello del régimen estatutario, por lo que surge la necesidad de comprobar si realmente el contrato de trabajo esta siendo utilizado por la Administración como una vía ó mecanismo irregular para

cometer fraude a la Ley habida cuenta de que su uso es cada vez más frecuente en las Instituciones públicas del país a la hora de desempeñar funciones públicas de carrera.

De este modo, con la constitucionalización del concurso público y la exclusión indiscutible del contrato de trabajo del régimen estatutario se plantea un análisis de fondo con mayor urgencia, lo cual lleva a confrontar al funcionario público de carrera que ingresó a la Administración por medio de un concurso público con el empleado que labora para esta Administración a través de un contrato de trabajo partiendo de la naturaleza de los mismos y extrayendo las razones, fundamentos y fines de sus existencias dentro de la Función Pública Venezolana.

A través de una completa revisión sobre los fundamentos teóricos, tanto del contrato de trabajo como de la función pública en Venezuela, la interpretación de las normas que las regulan, así como el análisis de los criterios jurisprudenciales y doctrinarios al respecto, se pudo evaluar el uso frecuente del contrato de trabajo por parte de la Administración Pública como medio irregular empleado por ella para desempeñar funciones correspondientes a los cargos de carrera; investigación que reviste una importancia fundamental, entre otras cosas, por la entidad del derecho a realizar carrera administrativa, pues el concurso público es una manifestación de la vigencia del Estado de Derecho.

Este trabajo permitió, a través de la aplicación del método cualitativo, de tipo documental y descriptivo, recolectar la información y clasificarla según los objetivos específicos planteados, lo que permitió la elaboración de un esquema de investigación estructurado en cinco (5) capítulos: en el Capítulo I, se efectúan las consideraciones teóricas tanto doctrinales como jurisprudenciales sobre el contrato de trabajo, con lo cual se logra conocer su naturaleza, caracteres, contenido y partes que intervienen para así conocer a fondo este mecanismo empleado por la Administración dentro de la función pública; en el Capítulo II, se realiza un estudio detallado de la noción de funcionario público partiendo de los regímenes jurídicos correspondientes, pasando por la doctrina y la jurisprudencia administrativa para culminar estudiando la clasificación de los funcionarios públicos en Venezuela y, luego conocer, si dentro del concepto de funcionario público existía la posibilidad de incluir a los contratados dentro de su noción o clasificación con miras a obtener una perspectiva más amplia sobre el tema.

En el Capítulo III, se estudiaran los mecanismos legales para ingresar válidamente a la función pública venezolana a la luz de la Constitución Nacional y la Ley del Estatuto de la Función Pública, donde se destaca el concurso público como única forma de ejercicio de funciones públicas de carrera; la designación mediante nombramiento por autoridad competente como acto discrecional para el ejercicio de cargos de confianza y, aquellos

cargos públicos cuyo ejercicio depende de la elección popular, lo que permitió enriquecer el tema a investigar.

En el Capítulo IV, se examinarán a fondo las posiciones doctrinarias y jurisprudenciales laborales como administrativas más destacadas que tratan la situación jurídica de los empleados contratados por la Administración Pública con el fin de determinar a que obedece el uso indiscriminado de este tipo de contrataciones a objeto de asignar funciones públicas de carrera, todo lo cual facilita la obtención de una visión integral del sentido y alcance del contrato de trabajo dentro de la Administración Pública.

Finalmente se elaboró una conclusión general, en donde se demostró la consecución del objetivo de la investigación, conclusión ésta de la cual derivaron una serie de razonamientos que le sirvieron de fundamento y que generaron una respuesta a la pregunta de la investigación: ¿Cómo el contrato de trabajo se constituye en un medio irregular empleado por la Administración para ejercer una función pública de carrera en Venezuela?

CAPITULO I

NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE TRABAJO

El presente trabajo se iniciará conociendo la naturaleza jurídica del contrato de trabajo, a fin de establecer plenamente el sentido a partir del cual se tomará la expresión contrato de trabajo en el desarrollo de la investigación para culminar relacionándolo con el uso irregular que de éste se sirve la Administración de cara al desempeño de determinadas funciones públicas de carrera.

En este sentido, se hará énfasis primeramente en estudiar la naturaleza y el concepto de contrato de trabajo para la doctrina y jurisprudencia patria, estableciendo no solo la definición sino, el alcance y vigencia dentro del ordenamiento jurídico vigente; seguidamente se revisará el objeto, contenido y sujetos que intervienen en dicho contrato. La determinación y comprensión del contrato de trabajo es fundamental, pues es en el contexto del mismo que se desenvuelve y se desarrolla la presente investigación.

En ese orden de ideas, con el objeto de determinar la naturaleza de los contratos de trabajo en especial su uso al margen del ordenamiento jurídico vigente para ejercer cargos de carrera, se examinará la doctrina y la jurisprudencia patria lo cual permitirá una mejor comprensión del tema.

1.-Naturaleza Jurídica del Contrato de Trabajo

El contrato de trabajo es de derecho privado y puede incluirse más concretamente en el derecho de obligaciones. El contrato de trabajo origina entre las partes que lo celebran una relación jurídica caracterizada por prestaciones recíprocas, aunque no siempre correspondientes. Si bien posee cierto grado de autonomía dentro de la clasificación de los contratos de derecho civil no está desligado de éste, cuyas disposiciones le son supletorias en cuanto no contradiga la Ley Orgánica del Trabajo ni los principios generales que la inspiran. Esa autonomía perfilada por una serie de derechos y deberes nacidos más que alrededor del trabajo mismo, que es su objeto, para la protección de la persona del trabajador y de sus familiares, no desdibuja su verdadera índole de vinculación de derecho privado, sometida a los lineamientos generales de los demás contratos de igual naturaleza.

En este sentido, Alfonso Guzmán (2001) acotó:

“...Así parece haberlo comprendido el legislador venezolano de 1936 al sujetar “Código Civil mas relaciones provenientes del contrato de trabajo individual, en cuanto no estén regidas por la presente ley o por su reglamentación “(artículo 46, Ley del Trabajo de 1983). Aunque la Ley Orgánica del Trabajo omite una disposición semejante, ella ha de considerarse sobreentendida en el literal f) del artículo 60, como componente de las normas generales del derecho positivo del país” (p.80).

Como puede apreciarse, incide en la divulgada teoría de la especialidad del contrato de trabajo la marcada influencia de factores de carácter ético en el contenido obligacional del mismo. Como es sabido, la teoría de los contratos en el derecho común reserva en propiedad la denominación de contratos a las convenciones que tienen por objeto producir obligaciones patrimoniales. En este sentido, los deberes morales de la probidad de los contratantes, de la conducta moral en el trabajo, del respeto mutuo que se debe incluso a los familiares que conviven con cada uno de los celebrantes, la diligencia y la lealtad, parecen imprimir al contrato de trabajo un sello caracterizador, por no encontrarse exigidos tales deberes o, al menos con tan marcada profundidad, en los típicos contratos del derecho común.

Sin embargo, es conveniente observar que la pretendida diferenciación no es tan decisiva como virtualmente luce. Repárese en que, dentro del contrato de trabajo, el deber moral de la probidad se convierte en obligación jurídica exigible porque su trasgresión es capaz de causar un daño patrimonial. En el derecho venezolano, el deber moral de la probidad tiene dos manifestaciones jurídicas muy concretas: la no revelación de secretos de manufactura (artículo 102, letra h de la Ley Orgánica del Trabajo) y el perjuicio causado intencionalmente o con negligencia en los bienes de la empresa (artículo 102, letra g eiusdem). De igual modo, otra manifestación ordinaria del incumplimiento de este deber, la competencia desleal, es también, como en

los dos casos inmediatamente señalados, tomando en cuenta por las consecuencias de orden patrimonial que puede producir la trasgresión.

Lo mismo podría asegurarse del supuesto deber de fidelidad, pues si informa el contenido obligacional del contrato es, únicamente, por la anotada razón de los efectos dañosos del incumplimiento sobre el patrimonio de la otra parte. Mas, como puede advertirse, el postulado de la buena fe, que orienta, en general, toda la teoría del cumplimiento de las obligaciones, tiene idéntico propósito.

En este mismo orden de ideas, por ser el contrato de trabajo un instrumento de derecho privado los entes de la Administración Pública pueden utilizarlos de la misma manera como la República, los Estados y las Municipalidades pueden ejecutar actos de comercio y, en cuanto a ellos, quedan sujetos a leyes mercantiles, de la misma forma pueden celebrar contratos de trabajo sometidos, en consecuencia, a la legislación laboral.

Refiriéndose a este tipo de actuación de la Administración Pública en el 2001, García de Enterría (citado por Caballero, 2002) enfatizó que: "...Las formas de Derecho Privado se han objetivado y constituido en técnicas independientes que pueden utilizarse de una manera puramente instrumental por los entes públicos..." (p. 23).

Como se puede apreciar, el autor mencionado hace alusión concretamente a los casos en que la Administración Pública utiliza el contrato de trabajo y no la relación de función pública a la hora de configurar la relación de trabajo en alguno de los servicios.

En este mismo sentido, para 1998, Alonso (citado por Caballero Ortiz, 2002), en cuanto a la naturaleza de los contratos dentro de la Administración aludiendo a un viejo dictamen del Consejo de Estado de España del 14 de Diciembre de 1960 estableció que:

“...El régimen administrativo y el régimen laboral son técnicas de organización entre las que se puede optar para configurar la relación jurídica de la administración con el personal a su servicio; lo que ocurre es que la opción entre estas técnicas estos es, la decisión política entre el régimen laboral o el administrativo como eje del sistema aplicable, queda reservada a la ley...” (p.46)

Evidentemente en Venezuela la técnica más empleada es la de la función pública. El funcionario ingresa a la Administración mediante un nombramiento, lo que como se ha visto, no es la situación regular en España. Sólo por excepción, en Venezuela, los entes públicos recurren a la formula del contrato para regular la relación de trabajo con un determinado sujeto.

Ahora bien, al utilizar esta técnica contractual, la Administración Pública no inviste al contratado de la condición de funcionario público, por no ejercer funciones públicas. Por el contrario las funciones a realizar tienen que ser

distintas a las que asignen los funcionarios públicos, ya que el artículo 73 de la Ley del Estatuto de la Función Pública prohíbe la contratación de personal para ejercer las funciones que tienen previstas tales agentes, es decir, las funciones que corresponden a los cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción. Además la calificación de tareas específicas como funciones propias de los contratados da la idea de una actividad concreta, la cual, como se sabe, debe ejecutarse en un periodo determinado, calificación esta que también es ajena a las actividades que desempeñan los funcionarios públicos.

En este mismo orden de ideas, Caballero Ortiz (2001) al estudiar los contratos de trabajo dentro de la Administración manifestó que:

“...La incorrecta categorización de los empleados contratados como funcionarios públicos ha tenido su origen, en algunas ocasiones en una falsa interpretación de la clásica distinción entre empleados y obreros. Al no tratarse de obreros sino de empleados, se les ha considerado, extensivamente como empleados públicos, sin tomar en cuenta que, si bien se trata de empleados, no tienen carácter de públicos, que son precisamente aquellos que quedan excluidos del ámbito del Derecho del Trabajo...” (p.186)

Bajo tales premisas, la Ley del Estatuto de la Función Pública no ha hecho otra cosa sino acoger los criterios jurisprudenciales que derivan de la jurisdicción laboral para enfatizar que los empleados contratados quedan sometidos al Derecho del Trabajo. En definitiva, además de los funcionarios públicos, regulados, por un régimen mixto: estatutario y laboral (contratación

colectiva) y los obreros al servicio de los entes públicos, amparados por la Ley Orgánica del Trabajo.

Finalmente, existe una tercera categoría de agentes constituida por los empleados contratados, sometidos al derecho del trabajo. En este sentido, la ley que autorizó al Presidente de la Republica para dictar decretos con fuerza de ley en las materias que se delegan, del 13 de Noviembre de 2000, en lo relativo a la habilitación para dictar el Estatuto de la Función Pública a nivel nacional, expresamente señalaba que se establecerá la contratación bajo régimen laboral para las funciones no reservadas a los funcionarios públicos. Hoy en día de conformidad con el artículo 38 de la Ley del Estatuto de la Función Pública se estableció que “El régimen aplicable al personal contratado es aquel previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral”.

En este sentido, Caballero Ortiz (2002) sobre el tema enfatizó que:

“...En la actualidad, no cabe la menor duda acerca de la aplicación del Derecho del Trabajo a los empleados contratados, de acuerdo a un mandato legal expreso, con lo cual quedan superadas todas las tesis (muchas de la cuales emanaban de la propia Administración Pública) que en el pasado trataron de sustraer, y efectivamente lo lograron durante un largo periodo, a los empleados contratados del ámbito de ese derecho. Así tales trabajadores quedaban desprotegidos, pues no les era aplicable el régimen de la entonces vigente Ley de Carrera Administrativa y, menos aun, el laboral. Nos referimos concretamente a los casos en los cuales se sostenía que el contrato tenía carácter administrativo para sustraer así al contratado del régimen previsto en la

legislación laboral y, de ese modo como antes señalamos, negarle el pago de las prestaciones sociales. Todo ese viejo esquema ha quedado entonces superado por una nueva norma legal expresa".
(p. 42)

Como puede apreciarse, los contratados por la Administración Pública deben regirse indiscutiblemente por la Ley Orgánica del Trabajo ya que existe una norma expresamente prevista en la Ley del Estatuto de la Función Pública que indica la aplicación del régimen jurídico laboral a estos contratados apartándolos totalmente de la carrera administrativa desde que esta le corresponde a los funcionarios públicos stricto sensu, superándose así la vieja tesis muchas veces auspiciada por la misma Administración Pública donde a través de el régimen jurídico administrativo se le permitía a los contratados ser funcionarios públicos sustrayéndolo del régimen jurídico laboral y trayendo consecuencias graves a la hora de reclamar determinados derechos.

2.-Contrato de Trabajo

Un contrato de trabajo es un acuerdo entre el empleador y el trabajador, por el que este último se compromete a prestar unos servicios al patrono, bajo su dependencia y mediante una remuneración.

Bajo estas premisas, la doctrina y la jurisprudencia han estado siempre alerta en estudiar este tema del contrato de trabajo lo cual se analizara a continuación:

2.1.-Según la Doctrina Patria y la Ley

Se establece dentro del contexto normativo del artículo 67 de la Ley Orgánica del Trabajo, una definición de Contrato de Trabajo que establece:

Artículo 67:

El contrato de Trabajo es aquel mediante el cual una persona se obliga a prestar servicios a otra bajo su dependencia y mediante una remuneración... .

La conceptualización de esta norma apunta a reglamentar mediante un contrato que tiene ya naturaleza laboral, las vinculaciones entre quien presta un servicio personal y el que lo recibe, debiéndose perfilar dentro de este contrato los elementos fundamentales del mismo que son: la prestación del servicio personal; la dependencia o subordinación y la remuneración o salario, constituyendo así los tres (3) elementos básicos que definen al contrato de trabajo.

Por otra parte, Alfonso Guzmán (2001) redefinió el contrato de trabajo de un modo legalmente mas ajustado, así:

“...Es aquel mediante el cual el trabajador se obliga a prestar personal y directamente sus servicios por cuenta de un patrono o empleador, y con tal fin, a permanecer personalmente a disposición de este, quien se obliga, a cambio a mantener las condiciones ambientales y de higiene y seguridad para garantizar a ese trabajador el bienestar, la salud y la vida y a pagarle el salario estipulado” (p.69)

Como se puede apreciar para este autor, la definición que establece la Ley Orgánica del Trabajo es insuficiente ya que le faltó incorporar otros aspectos de gran importancia como lo es la obligación de salud y cuidado de la vida del ser humano que trabaja por cuenta ajena lo cual sí es incorporado en la definición hecha por el referido autor.

2.2.-Según la Jurisprudencia Patria

En este mismo orden de ideas, la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (2001) mediante sentencia Nro. 912 puntualizó en cuanto al Contrato de Trabajo, lo siguiente:

“...El contrato de Trabajo celebrado entre un patrono o una asociación de patronos, y un empleado u obrero corresponde al que la doctrina y la misma ley denomina contrato individual. Y es, en cambio, colectivo el celebrado entre un patrono o una asociación de patronos y un sindicato o una federación o confederación de sindicatos (artículo 507 de la Ley Orgánica del Trabajo). El artículo 21 del Reglamento sobre el Trabajo en la Agricultura y en la Cría de 1945, incluyó por primera vez en el ordenamiento venezolano, la más difundida noción de contrato de trabajo individual. El contrato individual de trabajo es una convención entre un patrono y un trabajador, mediante el cual este se obliga a ejecutar cualquier labor o servicio, bajo la dependencia del patrono o de la persona que el designe, a cambio del pago de un salario por el patrono o su encargado”.

Como puede apreciarse el Contrato de Trabajo es el título que legitima la sujeción del trabajador y del patrono al cumplimiento de sus respectivos deberes recíprocos, ya que de él se origina la compleja relación obligatoria.

Ese contrato tiene un espacio propio, característico, en el campo del Derecho dentro del cual no presenta más que lejanas semejanzas con los contratos civiles de compra-venta o de arrendamiento. El contrato de trabajo no es generador de derechos reales, sino de derechos personales, pues aunque el pago del salario transfiere al trabajador la propiedad de la suma pagada y del equivalente en dinero del beneficio en especie convenido, tal transferencia no opera como efecto inmediato del contrato de trabajo, sino como efecto del acto de cumplimiento de la obligación del patrono nacida de esa convención. Dicho en otras palabras, el efecto traslativo no es coetáneo, sino posterior al momento del consentimiento de las partes legalmente capaces.

3.-Elementos del Contrato de Trabajo

El contrato de trabajo, como todos los de derecho común, requiere para su existencia del consentimiento, objeto y causa.

Los llamados elementos del contrato, en los que la jurisprudencia administrativa y laboral ha cifrado la existencia de este tipo de vinculación (prestación personal de servicio, subordinación y salario), son, tan solo, el objeto y la causa del contrato de trabajo. La prestación de servicios

subordinada es el objeto de la obligación del trabajador y, a su vez, la causa del pago del salario. Este es, de su parte, el objeto de la obligación del patrono y la causa de la del trabajador. La subordinación o dependencia se presenta como una de las características propias del servicio personal, o sea, del objeto de la obligación del empleado u obrero.

Por otra parte, y con respecto al consentimiento como elemento de los contratos de trabajo, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y del Adolescentes consagra que a partir de los 14 años de edad, el derecho a celebrar validamente actos, contratos y convenciones colectivas relacionados con su actividad laboral y económica, así como para ejercer las respectivas acciones en defensa de sus derechos e intereses, inclusive el derecho a huelga, ante las autoridades administrativas y judiciales competentes. Esa misma ley declara el derecho de esos adolescentes de constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen convenientes, así como de afiliarse a ellas de conformidad con la ley y con los límites derivados de las facultades legales que correspondan a sus padres, representantes o responsables.

En cuanto a la capacidad del patrono para celebrar contratos de trabajo, la habilitación del menor para trabajar se explica por razones que conciernen a exigencias de la vida misma: a la necesidad de trabajar para comer, vestirse, estudiar, etc. La derogación de las reglas generales sobre la capacidad

jurídica para celebrar contratos y realizar actos de disposición del patrimonio, propios de la condición de quien tiene a su cargo la explotación de la empresa o faena, carece de fundamento en relación con este. A nuestro modo de ver, el patrono requiere, para celebrar contratos de trabajo, tener mayoría de edad o ser emancipado y autorizado por su curador, según lo dispone el Código de Comercio.

Ahora bien, más concretamente con respecto al objeto de los contratos de trabajo se encuentra que el mismo, debe ser personal, de lo cual deriva que el empleado u obrero no puede ser sustituido físicamente por otro sin previo consentimiento del patrono. El trabajador tampoco está obligado a ofrecer un sustituto en caso de impedimento de su parte para prestar sus servicios. Este carácter personal del servicio suele dar a todo el contrato de trabajo el de *intuitu personae*, es decir, el de ser celebrado en atención a las cualidades propias de quien ha de ejecutar la labor: profesión o destreza profesional, experiencia, etc. Asimismo, es *infungible*, carácter que explica que el servicio debe ser efectuado en forma personal, y no por un tercero, y que la muerte del trabajador extinga la obligación nacida del contrato, por no ser transmisible a los herederos. Adicionalmente el objeto del contrato de trabajo debe ser lícito, esto es, conforme a la moral, las buenas costumbres y la ley.

Por otra parte el objeto del contrato de trabajo debe ser subordinado; es decir que el trabajador esta sujeto a la potestad jurídica del patrono de dictar reglas de técnica y de conducta en relación con el trabajo, no formuladas por el trabajador. La subordinación implica para el patrono el poder de dirección, organización, vigilancia y disciplina en la entidad jerarquizada que es la empresa, y, para el trabajador, la obligación de obedecer ese poder.

Es de hacer notar, que la subordinación técnica, representada por la sujeción a instrucciones científicas o artísticas del patrono para la ejecución de las labores, ni la de orden económico, que se manifiesta en la dependencia pecuniaria de quien presta un servicio con respecto a quien lo retribuye, son verdaderamente decisivas para calificar de trabajador a quien ejecuta obras o servicios por cuenta ajena. Tan solo la subordinación jurídica, expresada en el deber de sometimiento continuado, aunque temporal, del trabajador a una voluntad diferente de la suya, coloca a éste dentro del campo de aplicación de la legislación del trabajo.

Es de observar que la subordinación, como concepto jurídico, es siempre la misma: un deber continuado de sujeción; empero, suele manifestarse mediante situaciones de hecho que cambian con la naturaleza y modalidad de los servicios. Así, en las profesiones intelectuales o liberales la subordinación presenta formas distintas que en el trabajo concertado por tiempo, o en el realizado a domicilio.

En este mismo orden de ideas, el contrato de trabajo debe ser remunerado, en el sentido de que el servicio personal amparado por la Ley Orgánica del Trabajo no es gratuito, sino el que tiene como causa una remuneración; y también debe ser ese contrato de trabajo por cuenta ajena, es decir que la actividad del trabajador se ejecuta en provecho y bajo el riesgo del patrono. De la expresión por cuenta ajena, usada por el legislador patrio en el artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo, para identificar al empleado y al obrero, derivan algunos tratadistas uno de los efectos mas resaltantes del contrato de trabajo, el cual es la transferencia al patrono de los derechos del trabajador sobre el resultado de su esfuerzo.

Ahora bien, para caracterizar al contrato de trabajo en la Administración Pública el problema se reduce como se ha podido observar igualmente a la previa constatación de los elementos propios a todo contrato de trabajo, sea cual fuere el sector donde dicho contrato interviene, a saber, prestación de servicios, remuneración y subordinación.

Los elementos prestación de servicios y remuneración no presentan mayores problemas de interpretación. Si tales elementos existen, el asunto se reduciría a determinar la presencia de la subordinación, la cual es de tal importancia que constituye la nota diferenciadora de un contrato de trabajo con un contrato de obra.

En el pasado, los tribunales de instancia interpretaron el concepto de subordinación a través de criterios rígidos. Se pensó que realizar un trabajo en forma autónoma era incompatible con un contrato de trabajo que el trabajador debía plegarse a los criterios directivos del patrono; que la prestación de servicios debía ser excluida, es decir, prestada a un solo patrono, y hasta llegó a pensarse que el elemento subordinación implicaba estar supeditado en un todo a las ordenes e instrucciones del patrono, pudiendo decirse que su voluntad (la del trabajador) no existe.

Bajo tales esquemas jurisprudenciales el profesor Amores y Herrera (1954) estimaba que: "...los trabajadores a domicilio, que prestasen sus servicios para dos o mas patronos, no eran trabajadores propiamente dichos, pues se debilitaba la característica de la subordinación..." (p. 17).

Los criterios jurisprudenciales expuestos fueron rápidamente abandonados. Así, señala Caldera (1968) que: "...ni la fijación de un horario, ni la exclusividad al servicio de una persona, ni el trabajo en el local del patrono, constituyen elementos indispensables, aun cuando, como es obvio, sus existencia puede demostrar la subordinación..." (p. 22)

Con posterioridad, la extinta la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo, en sentencia del 25 de Noviembre de 1969 dejó sentado lo siguiente:

“...la circunstancia de que el profesional en una ciencia al prestar sus servicios mediante sus conocimientos a una empresa, los presta en un local de él, valido de sus propios instrumentos y de auxiliares o ayudantes, es cosa que no desnaturaliza el contrato de trabajo. Que a la remuneración se le de el nombre de honorarios en vez de salario, es mero trastrueque de vocablos que mal puede convertir un contrato de trabajo en otro que no lo es”.

Como se puede observar, los tribunales analizan los elementos de todo contrato de trabajo, pero en una forma mucho más categórica, se habían ya desvirtuado los conceptos jurisprudenciales anteriores en la sentencia dictada por el Juzgado Tercero de Primera Instancia del Trabajo del entonces Distrito Federal y Estado Miranda el 5 de marzo de 1969. Allí se precisó que los trabajadores externos, no sujetos a horario de trabajo, que prestan sus servicios fuera del lugar de trabajo predispuesto por el patrono para la explotación de su negocio y, por consiguiente, no sujetos a poderes directivos y disciplinarios, también debían ser considerados como tales trabajadores por el hecho de prestar sus servicios en forma continua.

Como se puede notar, la decisión señala, concretamente, que un profesional liberal puede prestar sus servicios a una clientela indeterminada y, a la vez prestar sus servicios en forma continua a una persona natural o jurídica que le paga una remuneración periódica, caso en el cual existe un vínculo laboral. La continuidad en la prestación del servicio configura una nueva noción de subordinación, pero dicha continuidad no implica una labor diaria sino que excluye solamente las prestaciones puramente accidentales u ocasionales.

La sentencia comentada fue acogida por el Juzgado Segundo de Primera Instancia del Trabajo de la misma Circunscripción Judicial en su decisión del 18 de Mayo de 1972 y por la extinguida Corte Superior del Trabajo en sentencia del 22 de febrero de 1972, al cual además, en el fallo dictado el 10 de diciembre de 1974 señaló que la circunstancia de que el trabajador tenga libre el ejercicio de su profesión no es incompatible con la existencia de un contrato de trabajo.

Los conceptos jurisprudenciales expuestos en nada varían, ni tendrían por que variar por el hecho de que la Administración Pública actúe como patrono. El contrato de trabajo no puede transformarse en un contrato de otra índole sin los elementos que lo identifican: prestación de servicios, remuneración y subordinación, y sobre todo este último tal como lo ha entendido la jurisprudencia patria, se presentan de la misma manera en una relación de servicios con la Administración. Así lo ha entendido la Procuraduría General de la República en sus dictámenes del 13 de diciembre de 1976, del 19 de Julio de 1979 y al haber convenido en una demanda intentada contra la República (Ministerios de Fomento) por el Dr. Luís Hueck, quien prestó servicios como contratado en el ahora Ministerio de Fomento. Del mismo modo, tal ha sido el parecer de la Contraloría General de la República en diversos dictámenes de su Consultoría Jurídica.

4.-Contenido del Contrato de Trabajo

De acuerdo al artículo 70 y 71 de la Ley Orgánica del Trabajo, todo contrato de trabajo debe celebrarse y tenderse por escrito cuando se trate de tiempo determinado o para una obra determinada. Esto evidencia un acierto por cuanto los contratos determinados presentan características y modalidades que deben de constar por escrito, igual se aplica para realizar una obra determinada donde el trabajador sabe el inicio de la relación laboral, que su contrato va a durar determinado tiempo o el necesario para ejecutar una obra o parte de ella, esto debe ser preservado señalándolo en el propio texto por escrito del contrato cada una de estas características y en especial los elementos fundamentales.

Así la cosas, todos los contratos de trabajo que se celebren a tiempo determinado o para una obra determinada debe contener:

El nombre, nacionalidad, edad, estado civil, domicilio de los contratados; la labor o servicio que se deba prestar, la duración del contrato es decir, determinación expresa del tiempo, según sea el caso o la labor, obra que se deba ejecutar cuando el contrato sea para una obra determinada, la duración de la jornada ordinaria de trabajo cuando se haya estipulado por unidad de tiempo o por tareas, el salario estipulado, la manera de calcularlo, forma y

lugar de pago, el lugar donde deba prestar el servicio el trabajador, y cualquier otra especificación lícita de acuerdo al contratado.

Finalmente, es importante que este contrato se extienda por escrito y se le entregue un ejemplar al trabajador.

Por su parte, Alfonso Guzmán (2001) señala en cuanto a los requisitos que debe contener el contrato de trabajo lo siguiente:

“...Según la Ley Orgánica del Trabajo; los contratos individuales de trabajo se harán, preferentemente por escrito, “sin perjuicio de que pueda probarse sus existencia en caso de celebrarse en forma oral” (art. 70). Ello quiere decir que, en general, la falta de formalidad escrita no afecta la validez del vínculo, aun en los supuestos de contratos para una obra determinada o por tiempo determinado, que exigen la precisión de la obra a ejecutarse por el trabajador (art. 75), y la indicación del tiempo de servicio objeto de la contratación (art. 76). La omisión del escrito se traducirá, pues, en una imposibilidad de la misma, ni, mucho menos, en la inexistencia de la relación de trabajo, que ha de estimarse concertada por tiempo indeterminado entre las partes, en defecto del señalado requisito, o de otro medio de prueba que acredite, la excepcionalidad de la obra, o su temporalidad natural” (p. 82).

Como se puede apreciar, todo contrato de trabajo debe preferentemente realizarse por escrito, sin embargo esto no es una limitante pues de llegar a celebrarse en forma oral puede probarse su existencia a través de su elementos tipificantes.

5.-Sujetos del Contrato de Trabajo

En todo contrato individual de trabajo participan dos sujetos: el patrono o empleador y el trabajador, los cuales se estudiarán a continuación:

5.1.-El Patrono o Empleador

El señalamiento de la persona del patrono persigue un objetivo categórico, que no es otro que mostrar con claridad la persona natural o jurídica responsable de las cargas y obligaciones que tal condición entraña.

El logro del indicado objetivo implica, pues, la necesidad de distinguir sin equívoco entre todas las personas que, en el seno de la empresa ejercen simultáneamente facultades de dirección y de mando sobre el trabajador; y, también entre quienes contratan empleados y obreros para la ejecución de obras y servicios, y las personas beneficiarias de éstos.

La noción del patrono en la ley venezolana proviene del Código de Trabajo de la República de Chile de 1931 que establece:

Artículo 49:

Se entiende por patrono o empleador la persona natural o jurídica que en nombre propio, ya sea por cuenta propia o ajena, tiene a su cargo una empresa, establecimiento, explotación o faena de cualquier naturaleza o importancia, que ocupe trabajadores, sea cual fuere su número.

Cuando la explotación se efectúa mediante intermediario, tanto este como la persona que se beneficia de esa explotación se consideran patronos... .

Como puede apreciarse, el patrono aparece corrientemente identificado por la exigencia y el cumplimiento de sus más notables derechos y obligaciones. Se identifica con la persona física que contrata a los trabajadores, organiza y fiscaliza el trabajo diario, ejerce el poder de mando y de disciplina que le confiere la subordinación; facilita la materia prima, las herramientas, el local y, en general, lo necesario para que el empleado u obrero preste el servicio convenido; finalmente, el patrono luce como la persona que recibe y dispone del trabajo ejecutado, asumiendo el riesgo de la empresa.

Esa condición de patrono es incompatible con la del trabajador dentro de una misma relación jurídica, pero no es distinta. De este modo, si el director, gerente o representante de una compañía de comercio, jamás puede ser conceptuado simultáneamente como dependiente y empleador, al estilo de cierta vieja jurisprudencia venezolana, nada impide que actúe como empleado de su compañía mercantil, al mismo tiempo, como patrono de sirvientes domésticos o de otra categoría de trabajadores en relaciones jurídicas diferentes.

En este sentido, Alfonso Guzmán (2001) al estudiar los sujetos que intervienen en el contrato de trabajo enfatizo que:

“...Las anteriores cualidades o características de hecho, a pesar de su importancia, solo sirven para revelar materialmente por la complejidad de la moderna empresa al patrono, que es, esencialmente un concepto jurídico. Sólo es posible identificar al responsable del cumplimiento de las cargas y obligaciones legales y contractual, mediante la determinación de precisas nociones de índole estrictamente jurídica, según las cuales el patrono es el propietario o poseedor de la empresa y, por ende, el titular del derecho de propiedad sobre el objeto producido o el resultado del servicio (salvo la invenciones debidas a la iniciativa y personalidad del trabajador). Finalmente, como consecuencia de lo anterior, es siempre el titular del riesgo” (p.254)

Como puede observarse, del concepto jurídico de patrono se desprende que este siempre es y será dentro de una relación contractual el responsable de todas las cargas y del cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales.

5.2.-Trabajadores

Define el artículo 39 de la Ley Orgánica del Trabajo al trabajador como “la persona natural que realiza una labor de cualquier clase, por cuenta ajena y bajo la dependencia de otra”.

Como se puede apreciar la definición recoge el concepto clásico de los que debe entenderse por trabajador.

En tal sentido, el trabajador es una persona natural. Debido al carácter de la prestación de servicios, sólo las personas naturales pueden tener el carácter

de trabajadores. La clase de servicio que se preste carece de importancia a los efectos del concepto de trabajador.

Por otra parte, puede observarse en la definición que el trabajador realiza una actividad por cuenta ajena, no lo hace para sí mismo, sino para otro y además la actividad que realiza el trabajador la debe ejecutar bajo subordinación o dependencia; sustituyendo su voluntad, en lo que corresponde a la ejecución del servicio, a las ordenes e instrucciones de su patrono.

En este mismo orden de ideas, los artículos 41 y 43 de la referida Ley Orgánica del Trabajo distinguen dos tipos de trabajadores: empleados y obreros, según que el predominio del esfuerzo por cuenta ajena sea, respectivamente intelectual o manual. Cuando el obrero adquiere conocimientos prácticos por causa de la experiencia, o de entrenamiento especial o aprendizaje, se denomina obrero calificado. (artículo 44 eiusdem).

La Ley Orgánica del Trabajo utiliza estos tipos de trabajadores con varias finalidades entre ellas se pueden mencionar:

a)-En cuanto a la duración máxima de los contratos a término, para permitir a los obreros vincularse mediante contratos a plazo fijo de una duración no mayor de un (1) año, y a los empleados, de tres (3) años.

b)-Para establecer los plazos de pago del salario.

c)-Para determinar el régimen de los trabajadores del Estado, ya que los empleados públicos no se rigen plenamente por sus normas, que, en cambio, son aplicables a los obreros.

d)-Para la provisión de sillas en los establecimientos comerciales e industriales: el patrono comerciante debe mantener un número suficiente de sillas a disposición de sus obreros, cuando la naturaleza de las funciones que prestan lo permita.

e)-Para la colocación de padres de familia en las obras públicas. El artículo 29 de la Ley Orgánica del Trabajo obliga a dar preferencia a los jefes de familia, hasta en un setenta y cinco (75) por ciento de los trabajadores en toda clase de empresas, explotaciones o establecimientos públicos.

f)-Finalmente, los artículos 42 y 45 de la Ley Orgánica del Trabajo dejan ver que los oficios de dirección y de confianza pueden ser únicamente desempeñados por empleados.

Ahora bien, en el campo de la Administración Pública los contratos de trabajo que se suscriben también son realizados por estos sujetos solo que siempre en el caso del patrono o empleador este será un órgano o ente de la Administración Pública provisto de un conjunto de prerrogativas y no una

persona natural o jurídica como lo regula la Ley Orgánica del Trabajo, y en el caso del empleado contratado este será un persona natural calificada para realizar tareas específicas por un tiempo determinado tal como lo establece el artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública que tampoco distingue los tipos de trabajadores ya que esta ley se concentra sólo en regular el régimen funcionarial.

CAPITULO II

NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO DE ACUERDO AL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE

1.-Funcionario Público

En el siguiente punto se analizará en detalle la definición de funcionario público tomando como referencia la doctrina imperante y los distintos regímenes jurídicos que lo regulan en Venezuela con el objeto de conocer si partiendo de estas definiciones los empleados contratados por la Administración Pública pueden convertirse en estos funcionarios públicos o al menos igualarse o equiparse a ellos dentro de la carrera administrativa regulada por la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública.

1.1.-Según la Doctrina Patria

El concepto de funcionario público puede entenderse en sentido amplio, como el aplicable a la persona que esta vinculada mediante una relación de servicio con cualquiera de los órganos del Poder Publico. En sentido restringido, se entiende por funcionario, aquel que se encuentra en relación de servicios con la Administración Pública.

Para Brewer Carias (1996) un funcionario público debe entenderse como: "...Toda persona natural que desempeña una función publica al servicio de una entidad pública. En otras palabras es toda persona que realiza una

actividad a través de la cual se cumplen los cometidos de interés general del Estado...” (p. 24).

En este sentido puede verse que los entes públicos territoriales y no territoriales, así como todos aquellos órganos del Estado, actúan mediante voluntades humanas que se ponen a su servicio. Ese conjunto de personas que esta al servicio de los organismos del Estado, constituye el funcionario público.

De manera que la noción de funcionario público deriva del concepto de función pública. Por ello, es funcionario público toda persona física al servicio de las diversas entidades públicas, que ejerce una función pública, sea legislativa, administrativa, gubernativa, jurisdiccional de control y electoral, por medio de la cual se realizan los fines del Estado.

Ahora bien, a pesar de lo antes dicho es importante resaltar la opinión en 1962 de Bielsa (citado por Pellegrino, 2002) quien sostiene que:

“...existe un concepto unívoco de funcionario público. De hecho hay quienes sostienen que en virtud del grado de evolución jurídica del Estado y de su forma política, las definiciones de funcionario público varía tanto en la doctrina como en su concepto legal...”
(p187)

Por tales razones también José María Pérez Gómez (1997) señala que: “...resulta difícil llegar a un concepto claro y absoluto de la expresión Funcionario Público...” (p. 7).

Para Martínez de Pinzón (1995) el hablar del concepto de funcionario público se evidencia:

“...las razones de la dificultad en que no existe un concepto dogmático o material del funcionario. El termino a lo largo de la historia y en diferentes naciones para deducir que la única nota común es la de ser persona al servicio de la comunidad política organizada. Y con dicha nota poco puede hacerse para construir un concepto de signo dogmático, pues de la citada característica participan numerosas personas que, a todas luces, no son funcionarios públicos”. (p. 152).

Cabe señalar al respecto que Venezuela se estableció un concepto de funcionario público a partir de la Constitución y la Ley del Estatuto de la Función Pública. No obstante, debe señalarse que existen normativas legales que definen el referido concepto, pero con una significación limitada a los fines especiales perseguidos por esas mismas leyes.

Resulta necesario destacar que el legislador hoy en día acostumbra a definir los conceptos esenciales o aquellos conceptos que tienen una connotación específica en las leyes.

Para algunos autores en 1989, Sesma (citado por Cosimina, 1998): “...las definiciones en las leyes pretenden ofrecer una mayor precisión

terminologica, de forma que resulten menos variables las interpretaciones de un mismo enunciado y mas seguras las expectativas por lo que a futuras aplicaciones se refiere...” (p. 50).

De manera pues que las definiciones en las leyes de acuerdo a esta autora buscan clarificar, evitar los disensos inútiles, brindar certeza y garantizar la seguridad jurídica.

En este mismo orden de ideas el catedrático Atienza (2001) puntualizó que:

“...las definiciones en las leyes sirven para dar mayor claridad y precisión a los textos. De hecho, deben considerarse como instrumentos de clarificación lingüística, que sirven para determinar como se usa una palabra, para proponer algún nuevo uso o precisar alguno ya existente”. (p. 42).

Así pues, desde esta perspectiva se puede afirmar que las definiciones en las leyes solo se justifican a los fines de resolver las dudas acerca del significado del término definido.

Sin embargo, es importante acotar que hay quienes se oponen a que el legislador formule definiciones, como es el caso de Hernández (1998) quien dictaminó que: “...no es misión de las leyes definir, sino ordenar o mandar, y que la tarea de formular definiciones corresponde a la ciencia del Derecho...” (p. 270)

En todo caso, se considera que las definiciones legales son necesarias a los fines de fijar, aclarar o precisar el sentido de una palabra o de una expresión.

En fin, este o no definida la noción de funcionarios públicos en las leyes correspondientes siempre debe tenerse en cuenta que estas personas actúan como servidores públicos y asumen, con su trabajo, lo que de modo general se denomina función pública.

En este sentido, Rondón de Sansó (1986) manifestó que:

“...genéricamente considerado, el funcionario público es el sujeto de la función pública comprendiendo a todos ellos cualquiera sea su orden, calidad o situación. Así lo establece el Código penal al expresar que: “Para los efectos de la Ley Penal se consideran como funcionarios públicos (...) todos los que están investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas y tengan por objeto el servicio de la Republica de, algún Estado de la Unión, Territorio o Dependencia Federal, Sección, Distrito o Municipio, o algún establecimiento público sometido por la ley a la tutela de estas entidad. La nota definidora de funcionario público es que desempeña una función pública al servicio de un ente público. Pero esta es una definición genérica que abarca a todas las especies posibles de funcionarios públicos y así, tanto a los de orden legislativo, gubernativo, administrativo y judicial, inclusive a los particulares investidos eventualmente de funciones públicas, como conjuces, expertos, interpretes, testigos etc”. (p. 16).

En otras latitudes, notablemente en Francia, este desliz terminológico también se produce, aun cuando la doctrina y la jurisprudencia se han encargado de hacer las necesarias distinciones con rigor técnico y en obsequio a la seguridad jurídica, deslindando a los servidores públicos de los

funcionarios, y ubicando a estos últimos en el seno de una relación que tiene por marco a la Administración Pública exclusivamente.

De esta manera en 1999, De Labaudere (citado por Trinotridas, 2003) manifestó lo que a continuación se transcribe:

“...a pesar de algunos casos de especie (vg. En los textos del Código Penal Francés) en los que se utiliza de un modo excesivamente amplio, la noción de Funcionario está reservada a una especial categoría de agentes públicos (entendiendo por agentes públicos al personal al servicio de la Administración Pública sometido a normas de Derecho Administrativo), que se encuentran sometidos tanto a las reglas que de modo general se aplican a los agentes públicos como a un especial y particular cuerpo de reglas, a las que de modo especial se denomina Función Pública...” (p.23).

Ahora bien, gracias a los desarrollos jurisprudenciales en materia de función pública aun durante la vigencia de la Constitución de 1999 y de la Ley del Estatuto de Función Pública, la noción de funcionario público ha ganado precisión, diferenciándose de la generalidad de los servidores públicos.

Así las cosas resulta imperioso analizar a continuación el concepto de funcionario público en los distintos regímenes jurídicos venezolanos.

En este sentido, es importante acotar primeramente que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente en su Sección Tercera (de la Función Pública), Capítulo I (Disposiciones Fundamentales) del Título IV (del Poder Público) no define qué se entiende por funcionario público en

general, limitándose solamente a sugerir las condiciones para la calificación del funcionario al servicio de la Administración.

Por su parte, al enunciarse los derechos políticos tampoco se alude al derecho de ser titular de cargos públicos. Queda así la figura del funcionario público presentada constitucionalmente en forma poco nítida, por todo lo cual la definición debe ser el fruto de la interpretación.

Así, el artículo 144, estipula el principio de la reserva legal en materia funcionarial, en los términos siguientes:

Artículo 144:

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

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

De la norma antes transcrita, puede apreciarse que el constituyente venezolano se refiere al funcionario público como “funcionarios o funcionarias de la Administración Pública” en cualquiera de los tres niveles territoriales de distribución vertical del Poder Público (nacional, estatal y municipal).

En este mismo sentido se refiere el artículo 147 constitucional que reza:

Artículo 147:

Para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente.

Las escalas de salarios en la Administración Pública se establecerán reglamentariamente conforme a la ley.

La ley orgánica podrá establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos y funcionarias públicas municipales, estatales, y nacionales... .

Por otra parte, el artículo 145 de la referida Constitución establece:

Artículo 145:

Los funcionarios públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna. Su nombramiento o remoción no podrán estar determinados por la afiliación u orientación política. Quien esté al servicio de los Municipios, de los Estados, de la Republica y demás personas jurídicas de derecho público o de derecho privado estatales, no podrán celebrar contrato alguno con ella, ni por sí ni por interpuesta persona, ni en representación de otro u otra, salvo las excepciones que establezca la ley... .

Luego, de las normas antes referidas podría derivarse que una noción amplia de funcionario público, que comprende a quien ejerce una función pública por cualquier título que sea y en cualquier condición. De allí que, bajo esta perspectiva lo que define al funcionario público es el ejercicio de la función pública.

De manera que toda persona que cumpla una función pública, es decir que preste servicios en cualquiera de las entidades políticas y organismos antes mencionados, esta sometida al deber de imparcialidad y a la prohibición prevista en el transcrito artículo 145 constitucional.

Sin embargo, Rondón de Sansó (2000) sostiene que en el texto constitucional se establece un concepto amplio y uno restringido de funcionario público:

“...Concepto amplio: son funcionarios públicos los que están al servicio de los entes públicos, bien sean territoriales (República, Estados y Municipios), o no territoriales (institutos autónomos), o entes privados estatales (fundaciones, corporaciones, asociaciones).

Concepto restringido: son funcionarios públicos los que están al servicio de las Administraciones nacionales, estatales y municipales” (p. 93)

Como puede observarse, el Texto Fundamental venezolano no contiene un criterio uniforme para la definición de funcionario público por ello su definición se tendrá en base a los elementos que aporta la Constitución y las demás leyes que rigen la función pública en Venezuela las cual se analizará a continuación.

1.2.-Según la Ley del Estatuto de la Función Pública:

La definición legal de funcionario público se encuentra prevista en el artículo 3 del instrumento normativo a que se contrae el epígrafe del siguiente párrafo. En concreto, la norma anotada, dispone:

Artículo 3:

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

En tal sentido, el legislador venezolano establece con esta definición que el funcionario público es una persona natural física, individual, concreta y determinada, distinta del organismo público al cual presta servicios.

También puede observarse en la definición que la condición de funcionario público se adquiere en virtud de un nombramiento dimanado por la autoridad competente, con lo cual quedó desconocido el contrato. Al respecto, resulta necesario advertir que tal nombramiento deberá adecuarse a los requisitos previstos en la ley; de lo contrario, ese acto podría estar viciado de nulidad y, por consiguiente, producir la ineficacia de la relación jurídica que se deriva del mismo, además ese nombramiento tiene que darse sólo para desempeñar funciones producto del esfuerzo intelectual, permanentes de

carácter público, esto es, que afecten a la colectividad, cumpliendo así los fines del Estado.

Por otra parte, puede desprenderse de la definición antes transcrita que la complejidad y tecnicismo de los objetivos que deben cubrir las Administraciones Públicas, exige la presencia de funcionarios públicos profesionales, a los fines de garantizar el respeto de los principios de la estabilidad, eficacia y objetividad que inspiran el funcionamiento de la Administración Pública, en cualquiera de sus tres niveles político-territoriales.

De esta manera la profesionalidad es consustancial al concepto de funcionario público, es decir que no sería posible concebir una función pública que no esté formada por funcionarios profesionales.

De la misma forma debe considerarse integrado dentro de la profesionalidad el elemento de la retribución, toda vez que no es posible concebir una prestación de servicios profesionales sin la correspondiente retribución económica.

Finalmente puede verse en esta definición de funcionario público que contiene una noción amplia respecto a lo previsto en la derogada Ley de Carrera Administrativa, pues solo se limitaba a los funcionarios públicos relacionados con la Administración Pública Nacional, Centralizada y Descentralizada funcionalmente.

En este mismo orden de ideas Pelegrino (2003) manifestó en cuanto al concepto de funcionario público que:

“...En efecto de acuerdo con el artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, sus disposiciones se extienden a quienes están al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal. Lo que comprende:

a.-El sistema de dirección y de gestión de la función pública y la articulación de las carreras públicas.

b.-El sistema de administración de personal, el cual incluye la planificación de recursos humanos, procesos de reclutamiento, selección, ingreso, inducción, capacitación, y desarrollo, planificación de las carreras, evaluación de méritos, ascensos, traslados, transferencias, valorización y clasificación de cargos, escalas de sueldos, permisos y licencias, régimen disciplinario”.
(p.46).

Por otra parte, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 2, eiusdem, serán de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados y los Municipios, las normas que se refieran en general a la Administración Pública o expresamente a las referidas entidades políticas.

Ahora bien, es importante pasar analizar la situación jurídica de los contratados por la Administración Pública a la luz de la referida Ley del Estatuto de la Función Pública con el objeto de comparar la definición de funcionario público antes estudiada y la de aquel empleado del que se sirve la Administración Pública para el desempeño de determinadas funciones.

Así las cosas, en la supra mencionada Ley del Estatuto de la Función Pública se encuentran las normas que regulan de modo directo el régimen jurídico de

los contratados, los cuales constituyen una innovación normativa respecto de la modificada Ley de Carrera Administrativa. Los artículos 37, 38 y 39, que conforman un nuevo Título de la Ley dedicado al Personal Contratado. Los artículos en cuestión establecen:

Artículo 37.

“Sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado.
Se prohibirá la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la presente ley... .”

Artículo 38.

“El régimen aplicable al personal contratado será aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral... .”

Artículo 39.

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

De estos tres artículos, sólo el 38 y el 39 se refieren verdaderamente al régimen jurídico de los contratados. El primero de ellos, el 38, señala que a los contratados les será aplicable la legislación laboral, en tanto que, el segundo, el 39, aclara que los contratos no constituyen un modo de ingreso a la carrera administrativa, y, en consecuencia, significa que a los

contratados no les resulta aplicable el régimen jurídico de los funcionarios de carrera administrativa.

Por otro lado, es relevante resaltar que al fijar posición la Ley del Estatuto de la Función Pública en cuanto al régimen jurídico laboral a aplicar a los empleados contratados por la Administración Pública sentó un precedente que permite limitar el campo de actuación de estos empleados con respecto a los funcionarios públicos de carrera desde que éstos siempre se regirán a diferencia de aquéllos por el régimen estatutario presente en dicha Ley.

En consecuencia, los trabajadores empleados por la Administración a través de los contratos de trabajo jamás deben ser considerados funcionarios públicos a la luz de la Ley del Estatuto de la Función Pública y muchos menos funcionarios de carrera, pues le está prohibido a la Administración Pública contratar personal para desempeñar funciones inherentes a cargos de esta naturaleza, ya que solo se puede utilizar el contrato de trabajo para realizar signar tareas específicas y por tiempo determinado con un personal que esté altamente adiestrado o capacitado para asumir este tipo de labor.

1.3.-Según la Ley Contra la Corrupción

Como se aclaró en líneas anteriores, en Venezuela no existe un concepto unívoco de funcionario público, por ello su significado dependerá del contexto en el cual este se emplee. Y de allí que, más que fijar un solo concepto de

funcionario público, lo determinante será precisar el régimen jurídico que, en cada momento, resulta aplicable a quienes puedan ser catalogados como funcionarios públicos.

Son varias las leyes que en Venezuela disciplinan las actuaciones de quienes puedan tener la condición de funcionarios públicos. Algunas de ellas como la Ley contra la Corrupción se dedican, exclusivamente, a desarrollar el régimen aplicable a la responsabilidad de tales funcionarios en el desarrollo de la actividad que le es propia. Ello, como derivación del principio contemplado en el artículo 139 constitucional, conforme al cual el ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso o desviación de poder o por violación a la Constitución y la Ley. Ese régimen de responsabilidad, como puede entreverse, puede obedecer a distintas causas. Entre ellas, y con carácter preferente, se encuentran las normas orientadas a proteger el adecuado uso del patrimonio público, según el régimen de control fiscal que la Constitución ha establecido.

En efecto, el artículo 3 de la Ley Contra la Corrupción contiene una definición amplia y relativa de funcionario público, creada por el legislador patrio a los solos fines de dicha Ley, dejando a salvo, por tanto, lo dispuesto en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Así, la definición de funcionario público en atención a los fines del objeto de la Ley contra la Corrupción, es decir, según lo establecido en su artículo 1, cuando precisa que su finalidad última no es otra que establecer las normas que rijan la conducta que deben asumir las personas sujetas a ella a los fines de salvaguardar el patrimonio público y garantizar su uso adecuado y transparente.

En este sentido, como enseña Hernández (2004): "... el concepto de funcionario recogido por la citada Ley Contra la Corrupción parte del concepto de patrimonio público, contenido en el artículo 4 eiusdem".

De allí que el concepto de funcionario público establecido en esa Ley se encuentra al margen de lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública y con ello de nuevo la heterogeneidad que lo caracteriza; pues, se insiste, el concepto de funcionario público a la luz de la Ley contra la Corrupción no coincide con el concepto que incorpora la referida Ley del Estatuto de la Función Pública, lo que viene a suponer, en última instancia, que una persona puede tener el calificativo de funcionario público bajo la Ley contra la Corrupción puede no tenerlo, sin embargo, respecto del régimen de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En este sentido, al abordar el concepto de funcionario público desde la perspectiva de la Ley Contra la Corrupción, es preciso desvincularse de

cualquier concepción formada respecto de esa figura en la Ley del Estatuto de la Función Pública. Ello no supone, sin embargo que tal interpretación pueda ser laxa. Por el contrario, se exige la rigurosa aplicación del artículo 3 de la Ley contra la Corrupción, dado que de la calificación de funcionario público que se extraiga dependerá el alcance de la potestad punitiva que, en resguardo del patrimonio público, ha reconocido la ley a favor de la Contraloría General de la República y los Tribunales Penales.

El concepto de funcionario público, en la Ley contra la Corrupción, se determina entonces en primer lugar y de conformidad con el artículo 3.1 de la Ley contra la Corrupción, a los sujetos que estén investidos de funciones públicas, permanentes o transitorias, remuneradas o gratuitas originadas por elección, por nombramiento o contrato otorgado por autoridad competente. El ejercicio de de esas funciones públicas se referirá, en general, a la prestación de servicios a cualquier órgano que ejerza el Poder Público, esto es, que serán funcionarios públicos quienes estén al servicio de la Republica, de los Estados, de los Territorios y Dependencias Federales, de los Distritos, de los Distritos Metropolitanos o de los Municipios, de los Institutos Autónomos Nacionales, Estadales, Distritales y Municipales, de las Universidades Públicas, del Banco Central de Venezuela o de cualesquiera de los órganos o entes que ejercen el Poder Público.

Como puede apreciarse, lo determinante para la Ley contra la Corrupción es entonces el ejercicio funciones públicas, entendidas como la prerrogativas de imperio que el ordenamiento jurídico atribuye a los órganos que conforme a la Constitución, se catalogan como Poder Público, tanto, en sentido horizontal como en sentido vertical.

En este sentido Brewer Carías (2004) expresa:

“... tal distinción, como se sabe fue finalmente introducida en el artículo 136 de la Constitución. La causa o título por el cual se ejerza esa función es irrelevante, en el sentido que es indiferente que el ingreso a la función pública se realice por concurso, o que se trate del ejercicio de funciones temporales o transitorias, remuneradas o no. Asimismo, no será determinante que se trate de un cargo de elección popular o de nombramiento administrativo, basado en el previo concurso o en un contrato” (p. 174).

Como puede verse, el único elemento de peso, al menos desde la redacción del citado artículo 3.1 de la referida Ley contra la Corrupción, es que el nombramiento sea efectuado por autoridad competente. Y aun así, quienes presten sus servicios a órganos del Poder Público y no estén investidos por la autoridad competente para ejercer funciones públicas, aun no considerándose funcionarios, no quedaran exentos de la aplicación de la Ley Contra la Corrupción, pues ella se extiende, también, a los particulares, o sea, quienes no reúnan las condiciones para ser catalogados funcionarios públicos.

A los fines de la Ley, por tanto, serán funcionarios públicos todos los sujetos que estén investidos del ejercicio de la función pública y que además, presten servicios a los órganos del Poder Público cuyo patrimonio es considerado patrimonio público. Es ahí donde reside la conjunción de los artículos 3 y 4 de la Ley contra la Corrupción.

Ahora bien, al retomar el caso de los empleados contratados por la Administración Pública de la definición antes descrita puede desprenderse que la referida Ley contra la Corrupción pareciera catalogarlos como funcionarios públicos ya que estos en el desempeño de sus funciones pueden llegar a comprometer el patrimonio del órgano o ente contratante.

Sin embargo, es importante destacar que ante esta situación y frente a un ordenamiento jurídico que no ha establecido una definición única que incluya todos los elementos que definen a un funcionario público hay que examinar brevemente la Ley del Estatuto de la Función Pública y en tal sentido se observa que es esa Ley como quedo en párrafos anteriores donde se estableció claramente que a través los contratos de trabajo no se podrá ingresar a la Administración Pública, sino mediante un acto formal de nombramiento.

En este sentido, los contratados a los solos efectos de la Ley Contra la Corrupción serán funcionarios públicos (en sentido amplio) pero únicamente

en la medida en que comprometan con sus actividades el patrimonio público de la Nación, los Estados, Municipios y demás entes u órganos que requieran de sus servicios con el propósito de establecer responsabilidades administrativas y si fuera el caso responsabilidades de tipo penal y civil.

Luego, conforme a la Ley del Estatuto de la Función Pública se encuentran excluidos de la función pública y, más concretamente de la carrera administrativa de acuerdo a los artículos 37, 38 y 39 eiusdem, pues el acceso a la función pública en general se produce sólo mediante un acto administrativo unilateral de nombramiento y nunca por medio de un contrato, por lo cual no resulta posible llegar a equiparar este último al primero.

1.4.-Según la Jurisprudencia Contencioso Administrativa

A continuación, se analizarán algunas de las sentencias más importantes que han estudiado la noción de funcionario público a la luz de la Constitución Nacional y la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Entre esas decisiones tomadas por los órganos jurisdiccionales venezolanos y que abordaron el tema bajo estudio se encuentra la sentencia Nro. 943 de Sala Político Administrativa (2001), según la cual define al funcionario público de la siguiente manera:

“...el funcionario público es quien cumple la función pública, la persona física que ejecuta las generalidades y particularidades del

servicio; en otras palabras, es un agente del Estado (en sentido lato) provisto de autoridad para el ejercicio de determinadas funciones; participa permanente o accidentalmente del ejercicio de la función pública, bien por elección popular o por nombramiento de la autoridad pública competente, en tal sentido, con su acción opera en representación del órgano público al cual está adscrito, expresa la voluntad de este. Ahora, quien es funcionario público, per se tiene esa cualidad las 24 horas del día, en palabras populares: esa cualidad se la lleva para su casa; por ello, por ejemplo, las regulaciones normativas de carácter general o particular destinadas a prohibir que mientras se es funcionario se puedan ejercer otros cargos públicos o incluso privados que se contrapongan con la actividad de servicio público correspondiente (con las excepciones legales, tal como aceptación de cargos de docencia, etc.). Pero ello no significa en modo alguno que siempre se esté ejerciendo dicho cargo, así, si bien siempre se tiene esa cualidad de funcionario (al menos mientras no haya operado una destitución, suspensión, renuncia, etc.), ello no significa que siempre se esté ejerciendo la función pública. Para que esto último ocurra deben estarse efectuando los cometidos o funciones del servicio. Por lo que cabe apuntar adicionalmente, que es perfectamente deslindable el hecho de que se estuviere dentro del horario o espacio de tiempo establecido para cumplir con la función pública o incluso que se esté aparentemente realizando ésta, del hecho cierto e inequívoco de que se está realizando dicha función, es decir, en los dos primeros supuestos señalados no puede entenderse que necesariamente se esté ejecutando el servicio”.

Ahora bien, de la definición de funcionario público establecida por la Sala Político Administrativa se aprecia que todas las personas físicas que previamente reciban por parte de la autoridad competente un nombramiento para el ejercicio de determinadas funciones publicas pueden ser considerados funcionarios públicos; además puede verse que dicha definición se diseñó en consonancia con el concepto de funcionario público incorporado por la Constitución de 1999 que se vincula a ciertos servidores

de las Administraciones Públicas. En realidad, se trata de uno de los varios sentidos en que tal término aparece inserto dentro del texto de 1999. En específico, ha sido ése el concepto asumido por el artículo 144 constitucional y que desarrolló el artículo 3 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, norma que especifica, así, tres notas características del funcionario público: (I) nombramiento por la autoridad competente; (II) desempeño de la función pública (III) remunerada y permanente. Incluso, dentro de esta respectiva categoría es posible diferenciar a los funcionarios, que reuniendo esas condiciones, ingresan a la función pública por concurso, de aquellos empleados que, sin embargo, prestan servicios a través de un contrato, como dispone el artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Por otra parte, la sentencia bajo análisis también observó que:

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

En este sentido, todo funcionario público desempeñará funciones que deberán estar dentro de la esfera de sus competencias y en beneficio de los intereses del colectivo.

De la misma manera, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2001) se pronunció sobre el concepto de funcionario público, en sentencia Nro. 827, del modo que sigue:

“...El concepto de funcionario público puede advertirse desde dos puntos de vista, a saber: a) desde el punto de vista formal o legal, según el cual la condición de funcionario aparece cuando se dan o se cumplen una serie de requisitos previstos en la Ley; y, b) desde el punto de vista material, según el cual es funcionario público toda persona que presta sus servicios a la Administración Pública bajo un régimen determinado...”

Observa esta Corte que subyace en las concepciones citadas dos notas características de singular importancia, la prestación personal del servicio a un ente u órgano público del Estado y, que dicho servicio se encuentre sometido a un régimen legal determinado, configurando todo ello una relación o vinculación del sujeto con el organismo o ente empleador, constituyéndose lo que se ha denominado ‘Relación de Empleo Público’.

En este mismo orden de ideas, el entonces Juzgado Superior Tercero de Transición en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital (2000) también se pronunció en cuanto al concepto de funcionario público de la siguiente manera:

“...Así las cosas, debe este Sentenciador hacer ciertas consideraciones sobre los funcionarios públicos y la relación jurídica que los vincula con la Administración. En tal sentido se

tiene que partiendo de la noción dual de Administración, la misma se concibe como el conjunto de órganos que la integran y como la actividad que esta realiza, en virtud de lo cual se hizo necesario una normativa que regulara la estructura y organización de los entes que la componen así como las relaciones surgidas con sus trabajadores. De ahí que se ha aceptado unánimemente que el conjunto de normas que vinculan a sus trabajadores con la Administración Pública se denomina Función Pública. El sujeto pasivo de la relación de servicio que se establece con la administración, se denomina funcionario público, en su acepción más común, empleándose frecuentemente los sinónimos de empleado y servidor público”.

Como puede verse, este Tribunal estableció una definición genérica de lo que puede entenderse por funcionario público; no obstante, “funcionario publico” sería la persona que ingresa a la Administración Pública Nacional mediante nombramiento, para desempeñar una actividad permanente donde predomina el esfuerzo intelectual sobre el físico, una vez que ha cumplido con todos los extremos previstos en la Ley. Por consiguiente, es importante resaltar que la definición anterior, es cónsona con la derogada Ley de Carrera Administrativa y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como la única que constitucionalizó el concurso (Art. 146) de acuerdo con su Exposición de Motivos (no así la constitución de 1961), pues según lo dispuesto en la vigente Constitución y en el Estatuto de la Función Publica, el ingreso a la función pública de carrera se realiza a través del respectivo concurso público.

2.-Tipos de Funcionarios Públicos

En Venezuela, de acuerdo a los ordenamientos jurídicos que rigen la materia existen innumerables categorías o clasificaciones de funcionarios públicos, muchas de ellas para la presente investigación resultan de escasa relevancia práctica, por ello, se limitará a exponer las previstas en la Ley del Estatuto de la Función Pública haciendo mención también a los funcionarios de elección popular muy conocidos en la cotidianidad.

De conformidad con el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública los funcionarios públicos de la Administración Pública, en los tres niveles territoriales de distribución vertical del Poder Público (nacional, estatal y municipal), serán de carrera o de libre nombramiento y remoción; y estos a su vez, de confianza o del alto nivel.

2.1-Funcionarios Públicos de Carrera

En este contexto el citado artículo 19 de la ley en comento, consagra en su primer aparte quienes son los funcionarios de carrera en los términos siguientes:

Artículo 19:

“Serán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes habiendo ganado el concurso público, superado el periodo de prueba y en

virtud de nombramiento, presten servicios remunerados y con carácter permanente... .”

De esta manera, puede entenderse por funcionarios públicos de carrera, aquellos que ingresan a la Administración Pública nacional, estatal o municipal mediante el procedimiento administrativo de concurso público y consiguiente nombramiento en tanto que el primero, tiene por objeto facilitar la escogencia de los individuos mas idóneos y capaces para el desempeño de servicios remunerados y con carácter permanente.

En este mismo orden de ideas, el concurso publico al que hace alusión el citado artículo 19 permite que pueda diferenciarse este funcionario de carrera con cualquier otro tipo de funcionario que regulen las leyes, por ello, es propicia la ocasión pasar a estudiar este mecanismo de selección objetiva del personal funcionarial.

Así las cosas, el artículo 146 de la Constitución Nacional establece en cuanto al concurso público que:

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 o retiro será de acuerdo con su desempeño... .”

En este mismo orden de ideas, la Exposición de Motivos de la Constitución

Nacional establece al respecto lo que a continuación se transcribe:

“...Se establece 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, los contratados y los obreros, así como otros tipos que indique la Ley. Este aspecto del establecimiento de la carrera administrativa, constituye un pilar necesario para poder sustentar el edificio de una Administración Pública moderna, dinámica y eficiente. La depuración de la función pública, el rescate de la imagen del Estado, requiere de un compromiso ineludible con la satisfacción de esta exigencia que la sociedad ha expresado reiteradamente.

En este mismo contexto el ingreso a la carrera administrativa será exclusivamente por concurso público que garantice la selección de los mejores, tanto en el aspecto ético como en el de la preparación técnica y profesional. Por ello dicho concurso se sujeta a los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. En adelante, 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”.

Como se puede apreciar, en el Texto Constitucional se estatuye como regla general el ingreso a la función pública en cargos de carrera. En idénticos términos se expresa Caballero Ortiz (2003); a saber:

“...con este enunciado general se amplía el ámbito del funcionariado de carrera. Por otra parte, expresamente prevé, lo

que no se decía en la Constitución de 1961, que se exceptúan los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los contratados. Esta ampliación del ámbito del funcionariado de carrera constituye la regla y, la excepción, los cargos de elección popular, libre nombramiento y remoción y los contratados”. (p. 44).

De esta manera puede verse a través de esta norma constitucional que en principio todos los cargos de la Administración Pública son de carrera, garantizando de esta forma la estabilidad del funcionario público.

Ahora bien, la selección para el ingreso de los funcionarios a los cargos de carrera se efectuará mediante concursos públicos cuya realización estará a cargo de las oficinas de recursos humanos de los entes y órganos de la Administración Pública (artículo 41 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, según las bases y baremos aprobados por el Ministerio de Planificación y Desarrollo (numeral 11 del artículo 8 de la referida Ley del Estatuto de la Función Pública.

Por estas razones, aquellos actos de nombramiento de funcionarios públicos de carrera que hubiesen sido dictados sin el cumplimiento del respectivo concurso público, serán nulos de nulidad absoluta, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 eiusdem, cuyo texto es del siguiente tenor:

Artículo 40:

“El proceso de selección de personal tendrá como objeto garantizar el ingreso de los aspirantes a los cargos de carrera en la

Administración Pública, con base en las aptitudes, actitudes y competencias, mediante la realización de concursos públicos que permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminación de ninguna índole... .”

En este sentido, de acuerdo a esta normativa serán absolutamente nulos los actos de nombramiento (no los contratos) de funcionarios públicos de carrera, cuando no se hubiesen realizado los respectivos concursos de ingreso, de conformidad con la ley.

Por otra parte, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 ordinal 4to de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos el acto de nombramiento que hubiese sido dictado con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, es decir, que omita el concurso público será un acto nulo de nulidad absoluta y, por ende un acto no convalidable.

Por tales circunstancias, el concurso público es el procedimiento administrativo especial de selección de personal que garantiza el ingreso con base en la aptitud y la competencia, mediante la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar el cargo, sin discriminaciones de ninguna índole.

Por otra parte, es relevante destacar que en Venezuela la Constitución no indica los tipos de concursos públicos; sin embargo, Lares Martínez (2001) sostiene que los concursos públicos pueden ser:

“...1.-De credenciales o de meritos, son aquellos en los cuales el jurado emite su veredicto según los antecedentes de cada uno de los aspirantes, es decir, con vista de los títulos, los trabajos realizados, actuaciones, etc.

2.-De oposición, según el cual el jurado califica a cada uno de los aspirantes según el resultado obtenido de las pruebas escritas u orales efectuadas.

3.-Mixtos, según el cual el jurado califica tanto los antecedentes (currículo vital) de cada aspirante y el resultado de las pruebas realizadas. Pág. 377

De este modo queda en total evidencia que los cargos de carrera se obtienen a través de estos concursos públicos que permiten elegir al mejor para el desempeño de funciones de interés colectivo” (p. 122).

La Constitución Nacional no establece específicamente como debe realizarse el concurso, sólo establece que debe realizarse en forma pública, conforme al texto del artículo 146 y su Exposición de Motivos.

2.2.-Funcionarios de Libre Nombramiento y Remoción

El artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, específicamente en su último aparte define a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, como: “...aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas...” en el mencionado texto legal.

De esta manera, como su propia denominación lo indica, los funcionarios de este tipo son aquellos en relación con los cuales la autoridad competente para su nombramiento y remoción puede tomar estas medidas en forma discrecional.

Sin embargo, es importante señalar que dicha discrecionalidad no es absoluta, pues esta limitada, por lo menos, por los requisitos previstos en el artículo 17 eiusdem, así como de acuerdo con los requisitos que la Constitución y la Ley ha establecido para cada uno de los empleos públicos de esta naturaleza.

En tal sentido, la autoridad competente puede en estos casos escoger libremente entre quienes reúnen los requisitos mínimos y podrá prescindir de sus servicios en el momento que lo considere conveniente, sin procedimiento previo y sin necesidad de motivar su decisión.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 20 de la referida Ley del Estatuto de la Función Pública, los funcionarios de libre nombramiento y remoción podrán ocupar cargos de alto nivel o de confianza.

Por esta razón resulta relevante estudiar qué se entiende por tales cargos.

De esta forma, el artículo 20 eiusdem, enumera taxativamente los cargos de alto nivel, cuales son:

- a.-El Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutivo.
- b.-Los Ministros o Ministras.
- c.-Los Jefes o Jefas de las Oficinas Nacionales o sus equivalentes.
- d.-los Comisionados o Comisionadas presidenciales.
- e.-Los Viceministros o Viceministras.
- f.-Los Directores o Directoras generales, Directores o Directoras y demás funcionarios de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios.
- g.-Los miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales.
- h.-Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía de los institutos autónomos.
- i.-Los Registradores o Registradoras y Notarios o Notarias Públicos.
- j.-El Secretario o Secretaria General de Gobierno de los estados.
- k.-Los Directores generales o sectoriales de las gobernaciones, los directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía.

I.-Las máximas autoridades de los institutos autónomos estatales y municipales, así como sus directores o directoras y funcionarios o funcionarias de similar jerarquía.

Como se puede apreciar, los cargos antes mencionados pudieran denominarse de nivel político o de gobierno, sea nacional, estatal o municipal. En definitiva, se refieren a cargos de alta jerarquía que tienen connotación política en la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal.

Por otra parte, la ley del Estatuto de la Función Pública, específicamente en el artículo 21, define a los llamados “Cargos de Confianza”, como aquellos que requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros o viceministros, de los directores o directoras generales y de los directores o directoras o sus equivalentes.

Además el referido artículo 21 eiusdem dispone que también se consideraran cargos de confianza aquellos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad del Estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley.

2.3.- Funcionarios de Elección Popular

Son aquellas personas que ejercen funciones públicas cuyos titulares son determinados por la población mediante una elección directa, de primer grado y en ejercicio de su soberanía.

El número e importancia de los cargos de elección popular dentro de la jerarquía estatal es un factor importante con relación a la profundidad de la democracia y de la participación ciudadana. Aunque obviamente no es el único elemento a tomar en cuenta, mientras mayor sea el número y la jerarquía de los funcionarios sometidos a elección popular mayor será la oportunidad y efectividad de la participación democrática, así como el grado de control directo de la población sobre quienes la gobiernan.

En esta clasificación de funcionarios públicos se encuentran aquellos que son elegidos a través de elecciones nominales y uninominales (Presidente de la República, Gobernadores, Alcaldes, Diputados, Legisladores Regionales, Concejales, Miembros de Juntas Parroquiales, de Concejos Locales de Planificación, Jueces de paz, entre otros). Se hace esta precisión, por cuanto su ingreso como es lógico estará determinado por resultar vencedor en determinada contienda electoral y su egreso se podrá realizar por fenecimiento del periodo para el cual fue electo o reelecto, (en donde pueden presentarse varias situaciones como es la que el funcionario con periodo

vencido se mantendrá en su cargo hasta que sea electo su sustituto), por revocatoria de mandato en los términos y condiciones contenidos en el artículo 72 Constitucional, desarrollado por sentencias vinculantes dictadas por la Sala Constitucional.

Este tipo de funcionario puede verse incidido por decisiones de órganos administrativos de control o judiciales que pueden producir su egreso de la función pública o condicionar su próxima reelección (Ejemplo: antejuicio de mérito).

CAPITULO III

MECANISMOS PARA INGRESAR VÁLIDAMENTE A LA FUNCIÓN PÚBLICA VENEZOLANA

1.-El ingreso a la Función Pública por designación para el ejercicio de un cargo de Libre Nombramiento y Remoción o de Elección Popular.

Entre las distintas categorías de funcionarios, los de libre nombramiento y remoción son los que están sometidos, en cuanto a su ingreso, a la menor cantidad de trámites y requisitos pues como se ha podido observar la situación de los funcionarios “de confianza” a que se refiere el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública suele ser similar cuando menos en la practica, en lo que se refiere al ingreso de los funcionarios de carrera.

Al respecto, se pronuncia Kiriakidis (2005), acotando lo que a continuación se transcribe:

“...al igual que ocurre de modo general para el caso de todos los funcionarios, el ingreso al cargo se produce mediante un acto de nombramiento, lo que es diferente en este caso, es que el proceso de “selección” de estos funcionarios (concurso) no se encuentra regulado por el Estatuto, no exigiéndose para su ingreso mas que el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 17 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (incluyendo la necesidad de cumplir con los requisitos mínimos del cargo, a que se refiere el ordinal 6 de dicho articulo). De hecho, lo único que al respecto señala la ley es que su ingreso esta supeditado a la voluntad discrecional del jerarca (entendiendo por esta el margen jurídico que se le da a la Administración para tomar una decisión ponderando razones de oportunidad y conveniencia, y teniendo

presente que discrecionalidad y arbitrariedad son expresiones totalmente distintas) del funcionario llamado a hacer el nombramiento”. (p.140).

Por otro lado, es relevante recalcar que la libertad de selección significa que el funcionario competente para el realizar el nombramiento está facultado para seleccionar a quien cumpliendo subjetivamente con los requisitos del cargo y no encontrándose en ningún supuesto de los que según la Ley acarrean la imposibilidad de ejercer un cargo público, le resulte más oportuno y conveniente designar.

Del mismo modo, la finalización de la relación funcional es libre, pues la ocupación de los cargos de libre nombramiento y remoción no genera, en principio, estabilidad alguna, y se dice “en principio” porque pudiera darse el caso de funcionarias públicas de confianza o de alto nivel en estado de gravidez, quienes en esta situación gozarán de una estabilidad no de tipo permanente, sino de índole temporal.

En este sentido, aun cuando los funcionarios de libre nombramiento y remoción se encuentran sujetos a la mayoría de las reglas contenidas en el Estatuto de la Función Pública, y aun cuando el nombramiento para ocupar un cargo de esta naturaleza implica un ingreso a la función pública, no es menos cierto que este ingreso no genera derecho a permanecer en el cargo público, y la vinculación del funcionario con su empleo es realmente precaria,

pues depende exclusivamente de la voluntad del funcionario encargado de nombrarle.

En el caso de los funcionarios de elección popular es, en cierta medida, una situación intermedia entre los funcionarios de carrera y los de libre nombramiento y remoción. En efecto, el nombramiento para ocupar un cargo de elección popular genera el ingreso a la función pública. Y ese nombramiento depende de que el servidor público haya pasado por un proceso especial de selección que se denomina elección popular. Proceso este que no se encuentra regulado por la Ley del Estatuto de la Función Pública, y ajena incluso a la función pública, a la que se denomina con más o menos rigor técnico Derecho Electoral, que goza de una verdadera autonomía respecto de otras ramas del Derecho Público en tanto y cuanto es el objeto de regulación de leyes especiales y el objeto de un contencioso especial (contencioso electoral).

Estos funcionarios no se encuentran expresamente regulados por la Ley del Estatuto, no obstante ello, a su situación son perfectamente aplicables muchas de las normas que contiene la Ley del Estatuto y que son aplicables, de modo general, a todas las categorías de funcionarios.

De esta manera, el nombramiento para ocupar un cargo de elección popular genera el ingreso a la función pública, pero este ingreso no produce, como

en el caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, un derecho a permanecer en la función pública indefinidamente, y en esto se diferencia de los anteriores, la designación para un cargo de elección popular da al servidor público una estabilidad en el cargo por un periodo, finalizado el cual, pierde por la sola expiración del termino, la investidura y egresa de la función pública siempre y cuando exista sustituto. Esta estabilidad temporal puede ser eliminada, bien mediante referéndum revocatorio a que se refiere la Constitución de 1999 o por antejuicio de mérito declarado con lugar por los órganos jurisdiccionales competentes.

2.-El ingreso a la Función Pública por designación para el ejercicio de un cargo de Carrera

Los funcionarios públicos de carrera, adquieren esta condición por un acto de nombramiento que se produce como resultado de un proceso de selección denominado concurso público, y es esto precisamente lo que les hace ingresar a la Función Pública.

En este orden de ideas, Rondón de Sansó (1974), al analizar la Ley de Servicio Civil de 1883 o Ley Pendelton de los Estados Unidos de América que incluyó por primera vez un sistema por el que se podía hacer carrera en la función pública inspirado en el sistema de méritos, señaló que:

“...la idea que está detrás de este sistema de méritos esta reservado a los mejores, perfeccionándose con el régimen de la carrera, en el cual tal ingreso a la función pública no solo es vitalicio sino constituye una penetración en el engranaje mismo de la Administración, con las posibilidades de constantes ascensos y mejoramientos”. (p. 150).

De esta manera, se puede observar con lo dicho por esta autora que para garantizar el correcto desempeño del aparato del Estado, y en particular el de la Administración Pública, que la idea de la carrera administrativa como una de las manifestaciones de la función pública, sea impuesta en la mayoría de los ordenamientos jurídicos donde se incluye el venezolano.

Por otra parte, interesa destacar que al ingresar a la función pública por designación para un cargo de carrera, el servidor público adquiere un derecho o condición especial que le proporciona lo que se denomina “estabilidad absoluta” y por virtud de dicha estabilidad, el funcionario está llamado a permanecer ejerciendo su cargo, salvo caso de renuncia, pérdida de la nacionalidad, interdicción civil, jubilación, destitución por razones disciplinarias al servicio de la Administración y, en definitivo, de la función pública.

Ahora bien, con la aprobación de la Constitución de 1999, el concurso no es solo un requisito esencial para el ingreso a la carrera administrativa, es además un requisito constitucional cuya omisión genera la nulidad absoluta

de cualquier designación que se haga sin el, según se evidencia de su Exposición de Motivos.

Al respecto, Rondón de Sansó (2001) señaló que: "... el nombramiento de los funcionarios de carrera no tiene el carácter de un acto discrecional de la Administración Pública, sino por el contrario, el mismo debe efectuarse en base al resultado de un procedimiento que es el concurso". (p. 152)

Así las cosas, siguiendo esta opinión, el procedimiento administrativo de concurso es un requisito indispensable para el nombramiento de todo funcionario de carrera, el cual es un acto reglado y no discrecional, pues su falta u omisión trae consigo que dicho acto sea nulo y no tenga validez, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. De esta manera, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela específicamente incluyó dentro de sus regulaciones atinentes a la función pública, el artículo 146 que señala el régimen de la carrera administrativa como régimen de derecho ordinario en la función pública, por lo que expresamente excluye de la carrera a ciertos casos de prestación de servicios personales, entre los que enumera a los contratados, y constitucionalizó el principio de acceso a la carrera administrativa a través de un concurso.

En este sentido, el artículo 146 constitucional dispone:

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 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 a su desempeño.

De esta manera, según la Constitución de 1999, las relaciones de prestación de servicios personales a la Administración Pública Venezolana deben tenerse por enmarcados en la carrera administrativa, pero sólo hay carrera administrativa si media o se ha producido una designación formal producto de un concurso público previo, pues existen ciertos casos de prestación de servicios personales a la Administración sometidos a regímenes distintos al de la carrera administrativa (aun cuando no por ello dejan de ser función pública, como es el caso de los funcionarios de libre nombramiento y remoción o de elección popular). De este modo, y sólo conforme a lo pautado en el transcrito artículo 146, ante una prestación de servicios personales a la Administración, sin que medie concurso de ingreso de quien presta servicios,

y a falta de acto de nombramiento, puede entenderse que se está frente a una forma de función pública, pero no en un supuesto sometido a la carrera administrativa.

Por su parte, La Ley del Estatuto de la Función Pública ha repetido la exigencia constitucionalmente establecida en cuanto a la necesidad de un concurso para que se produzca el ingreso a la carrera administrativa (y por ello el consecuente ingreso a la función pública), agregando una cláusula según la cual, ante la omisión del concurso público se entiende como nulo cualquier nombramiento para un cargo de carrera.

Al efecto, los artículos 19 y 40 de la citada Ley del Estatuto de la Función Pública disponen:

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 remunerado y con carácter permanente... .”

Artículo 40:

“El proceso de selección de personal tendrá como objeto garantizar el ingreso de los aspirantes a los cargos de carrera en la Administración Pública, con base en las aptitudes, actitudes y competencias, mediante la realización de concursos públicos que

permitan la participación, en igualdad de condiciones, de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole.

Serán absolutamente nulos los actos de nombramiento de funcionarios o funcionarias públicos de carrera, cuando no se hubiesen realizado los respectivos concursos de ingreso, de conformidad con esta Ley... .”

Con estos artículos se puede evidenciar que respecto a los funcionarios de carrera, el ingreso a la función pública requiere de la realización de un concurso público, ello, adicionalmente al cumplimiento de los requisitos a que se refiere el artículo 17 de la ley del Estatuto de la Función Pública.

CAPITULO IV

Posiciones doctrinarias y jurisprudenciales que tratan la situación jurídica de los empleados contratados por la Administración Pública

En Venezuela destacados doctrinarios, instituciones públicas del Estado e incluso los tribunales con competencia en la materia han estudiado este tema desde que se encontraba en vigencia la Constitución de 1961 y la Ley de Carrera Administrativa de 1970 y luego con la entrada en vigor de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela de 1999 y la Ley del Estatuto de la Función Pública de 2002.

Durante esta transición, la doctrina se mantuvo siempre alerta ante las sentencias dictadas por los distintos tribunales competentes del país, pues durante la vigencia de la referida Ley de Carrera Administrativa, los contratados por algunos entes u órganos de la Administración Pública pasaban a transformarse en funcionarios de carrera, y con ello los contratos constituían una forma de ingreso a la función pública. Esto sucedía, bien porque la Administración aplicaba a los contratados la previsión existente para los llamados “funcionarios provisorios” (norma que no era aplicable en buen derecho, a los contratados, pues partía de la necesidad de un nombramiento originario que reconociera la condición de provisorio, ante la existencia de un cargo vacante y ante la inexistencia de registro de elegibles

provisto por concurso), transformándose en funcionario luego de transcurridos seis (6) meses; o bien porque los Tribunales de lo Contencioso Funcionario (concretamente el Tribunal de la Carrera Administrativa y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), les otorgaban tal condición, aplicándoles la hoy en día superada tesis de la “Relación Funcionario Encubierta” con la Constitución de 1999 y la vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Sin embargo, es importante destacar que a pesar de estas previsiones de orden constitucional y legal, y pese al esfuerzo realizado por la doctrina y la jurisprudencia patria, la Administración Pública sigue demostrado en la actualidad una conducta irregular desde que continúa contratando personal para el ejercicio de funciones correspondientes a los cargos de carrera a pesar del empeño observado por los jueces y magistrados en función de que esta situación se detenga y se normalice, tras ordenar proveer mediante concurso todos los cargos de carrera y de este modo cumplir con los preceptos constitucionales y legales respectivos.

En este sentido, para el desarrollo de esta parte de la investigación se estudiarán los comentarios más resaltantes realizados por la doctrina y la jurisprudencia patria al abordar el tema desde la vigencia de la Constitución de 1961 y la Ley de Carrera Administrativa hasta la entrada en vigor de la

Constitución de 1999 y la Ley del Estatuto de la Función Pública para de esta manera obtener una visión holística del objetivo general del presente trabajo.

1.-La Doctrina Ius Administrativista y la Ius Laboralista frente a la situación jurídica de los empleados contratados por la Administración Pública

La problemática que se plantea en este trabajo está relacionada con el empleo irregular por parte de la Administración Pública de los contratos de trabajo para el ejercicio de funciones públicas de carrera, razón por la cual este asunto ha sido abordado por la doctrina nacional resaltando la situación anormal y de uso frecuente que se padece en el seno de los diversos entes u órganos del Estado, considerando que se está contratando personal para ocupar cargos de carrera pese al mandato constitucional y legal, según el cual, debe observarse el correspondiente concurso para el ingreso y consiguiente ejercicio de la función pública de carrera administrativa.

El tema de los contratos de trabajo utilizados por la Administración Pública ha sido abordado por Caballero Ortiz (1986) quien señaló con respecto a este tema lo que a continuación se transcribe:

“...la contratación de empleados en la Administración Pública ha sido un hecho frecuente, haciéndose caso omiso a todos los condicionamientos legales antes reseñados. En efecto, se han contratado empleados sin ninguna calificación, por tiempo indeterminado y para desempeñar cargos ya clasificados en el

Manual Descriptivo de clases de cargos, con los mismos horario, obligaciones y similares remuneraciones a las allí previstas. Son precisamente esas razones de equidad que llevaron a la jurisprudencia a la creación del llamado “Funcionario de Hecho”. (p. 45)

En este sentido, tal como afirma el citado autor, la Administración Pública utiliza irregularmente el contrato de trabajo para lograr que cierto personal por ella ejerza determinados cargos que se encuentran dentro del Manual Descriptivo de Cargos y con ello transformarlos en funcionarios de carrera con los mismos derechos y obligaciones debido a que para ese entonces la jurisprudencia patria promovía esta situación con la figura del funcionario de hecho, luego de equiparar el contrato al acto de nombramiento formal.

Más recientemente, Caballero Ortiz (2001) pone de relieve lo que se reproduce a continuación:

“...El artículo 146 de la Constitución expresamente ha señalado que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera y, para ingresar a ella, conforme al mismo artículo, se requiere de un concurso público; por tanto, el cargo de carrera constituye la regla y el agente contratado la excepción. Por otra parte, el ingreso a la carrera a través de un contrato constituiría un grave incumplimiento por parte del jerarca a la disposición constitucional que consagra, como única forma de ingreso, el concurso público...” (p. 35)

Conteste con este comentario se observa que indiscutiblemente la Administración Pública que contrate personal sin celebrar los respectivos concursos tendentes a ofertar los cargos de carrera, estaría infringiendo sin

duda no solo la Ley del Estatuto sino también la Carta Magna por haberse constitucionalizado el concurso público, como único requisito que da derecho de acceso a la carrera administrativa y a la consecuente estabilidad del funcionario.

En este mismo orden de ideas, Quijada Marín (1979) al tratar la situación de los contratados por la Administración Pública señaló que:

“...el amparo que puede recibir el contratado al considerársele funcionario público no podría fundamentarse en una legitimación del contrato, sino en su desconocimiento. El acceso a la categoría de funcionario público mediante un contrato constituye una anomalía que desvirtúa el sistema de ingreso a la Administración y a la carrera” (p. 40).

De esta manera, con lo expresado por este autor en esa época se señala una vez más que el ingreso del personal a la función pública no es a través del contrato pues esta es una vía anormal o irregular que burla lo establecido en las leyes correspondientes.

Sobre este particular, la Procuraduría General de la República (1979) expresó mediante dictamen lo siguiente:

“...Los conceptos jurisprudenciales expuestos en nada varían, ni tendrían porque variar por el hecho de que la Administración Pública actúe como patrono. El contrato de trabajo no puede transformarse en un contrato de otra índole por esa circunstancia, ya que los elementos identificatorios: prestación de servicios, remuneración y subordinación y, sobre este último tal como lo han

entendido nuestra jurisprudencia, se presentan de la misma manera en una relación de servicios con la Administración". (p.33).

Como puede observarse, lo reflejado en ese entonces por dicho órgano asesor del Estado permite apreciar que el contrato de trabajo siempre conservará sus elementos tipificantes como tal, de allí que no puede ni debe llegar a desvirtuarse su condición original para simular otra cosa.

Posteriormente, la misma Procuraduría General de la Republica (1976) dictaminó lo que se trasunta de seguidas:

"...Ha sido criterio reiterado de este departamento el de que las personas vinculadas a la Administración Pública mediante contrato para la prestación de servicios en cargos y bajo la remuneración no prevista expresamente en la Ley de Presupuesto y para cuyo desempeño no es legalmente indispensable la previa juramentación del interesado, no tienen la categoría de funcionarios o empleados públicos, y, en consecuencia, no les es aplicable el régimen general previsto en la Ley de Carrera Administrativa ni el especial del Estatuto de Personal de la Contraloría" (p.67).

Con esto nuevamente se pone de manifiesto los criterios señalados anteriormente por la doctrina imperante en el sentido que los contratados por la Administración Publica no adquieren la condición de verdaderos funcionarios públicos.

En este marco, la referida Procuraduría General de la Republica (1979) complementó lo antes dicho en los términos siguientes:

“...hay que admitir que la contratación de personal es el medio idóneo para cubrir las necesidades de la Administración Pública cuando así lo requiera el cabal desarrollo de los servicios en casos extraordinarios, eventuales o accidentales. Se recurre entonces a los servidores auxiliares del Estado, que son personas empleadas en el servicio público, pero no incorporadas definitivamente a la Administración Pública en razón de que no son llamadas a desempeñar empleos de carácter permanente”.

De lo anterior se evidencia que aún cuando la Administración Pública pueda utilizar el contrato de trabajo con estricto cumplimiento de los fines del Estado y en pro de toda la colectividad; es lo cierto que, tales instrumentos no pueden utilizarse como una vía para ingresar o acceder a la Administración so pretexto de la ocurrencia de circunstancias especiales.

Luego, ese órgano superior de consulta de la Administración Pública Nacional (1979), tuvo la oportunidad de aclarar lo siguiente:

“...cabe preguntarse, ¿Cuál será la naturaleza jurídica de un contrato de prestación de servicios a la Administración donde no estuviera patentizado claramente el interés general determinativo de la finalidad de servicio público, y en la cual estuvieren presentes los elementos integrantes de un contrato de trabajo, en especial, la subordinación jerárquica y el sometimiento a una jefatura en cuanto al modo de efectuar la prestación, sin que ello signifique una incorporación plena al cuerpo burocrático regular del Estado. En tales circunstancias no cabe duda sobre la existencia de una típica relación contractual laboral, regulada por la ley del trabajo, aunque sea la Administración una de las partes...

Sin embargo, es necesario advertir, que la multiplicación de las tareas administrativas y la libertad dejada a los diversos jefes de servicio ha traído como consecuencia una multiplicación ficticia de las modalidades de servidores auxiliares que en realidad encubren desarrollos de la estructura permanente y regular de los cuadros administrativos. Tales situaciones son corrientes y se derivan de

una práctica que bien puede calificarse de ejercicio de una atribución o competencia en fraude a la ley, en cuanto recurriendo el jerarca a la contratación de auxiliares evade la aplicación de las normas establecidas para el régimen del personal en su dependencia”.

De esta manera, una vez mas se demuestra que la Administración Pública ha recurrido en ocasiones a la figura del contrato de trabajo no solo con el fin de cubrir una necesidad de servicio sino también con otros propósitos en fraude a la ley, pues nótese que su conducta ha estimulado el uso de estos contratos para ocupar empleos de carácter permanente dentro de la Administración Pública.

Por su parte, la Contraloría General de la República (1967) ya había asumido un criterio similar al respecto:

“...Evidentemente, en nuestro país la técnica mas empleada es la de la función pública; el funcionario ingresa a la Administración mediante un nombramiento, lo que, como hemos visto, no es la situación regular en Alemania o España, y menos aun en Italia. Solo por excepción, en Venezuela, los entes públicos recurren a la formula del contrato para regular la relación de trabajo con un determinado sujeto. Ahora bien, al utilizar esta técnica contractual, la Administración Pública, no inviste al contratado de la condición de funcionario público, por no ejercer funciones públicas”.

Dentro de este contexto, resulta claro que los empleados contratados no son bajo ningún motivo funcionarios públicos ya que las funciones a realizar tienen que ser distintas a las que asumen los referidos funcionarios públicos, según lo prevé hoy por hoy el artículo 37 de la Ley del Estatuto de la Función

Pública, el cual prohíbe expresamente la contratación de personal para ejercer funciones específicas en el manual descriptivos de cargos de carrera, es decir, las funciones que corresponden a los cargos previstos en la presente Ley, que no son otros que los cargos de carrera. Además la calificación de tareas específicas como funciones propias de los contratados da la idea de una actividad concreta, la cual, como se sabe, debe ejecutarse en un periodo determinado, calificación ésta que también es ajena a las actividades que desempeñan los funcionarios públicos.

Por otro lado, el tema de los contratos de trabajo suscritos por la Administración Pública también ha sido abordado por Sainz Muñoz (2004) del modo que sigue:

“...Esta figura del contrato surgió como consecuencia de que la Administración Pública *Latus Sensum* requería en ciertos y determinados momentos ingresar personal con carácter temporal para realizar ciertas y determinadas actividades cuya disponibilidad de personal no la tenía la Administración Pública o en su defecto requería de un personal de una calificación por la naturaleza de labor que se requería para hacer esos contratados. Pero como toda vía de excepción en materia laboral algunas veces se convierte en la generalidad o se cae en el uso y abuso de la misma. Significa que la forma mas fácil de ingresar bajo el clientelismo político a la administración pública no era por supuesto ni siquiera cuando la Ley de Carrera Administrativa que requería la selección mediante ingreso y concurso sino a través de un contrato de trabajo que traía como consecuencia la presencia en la Administración de un personal que permanece 5, 10 o 20 años ejerciendo funciones públicas sin que se llame al concurso adquiriendo este referido personal una serie de derechos que la jurisprudencia patria trato de resolver creándose la teoría del

funcionario de hecho o laboralizándose la función pública en Venezuela". (p. 32)

Como se puede apreciar, para este autor la situación en cuestión es alarmante ya que en la Administración Pública se ha hecho costumbre utilizar esta modalidad de contratación para ejercer funciones públicas de carrera cayendo en el abuso y en el consecuente fraude a la ley pues se ha dejado a un lado el concurso público para desvirtuar la naturaleza jurídica de la carrera administrativa máxime si se tiene en cuenta que este personal contratado no realiza funciones esporádicas sino mas bien permanentes en el tiempo, que los hace presumir la acreencia de ciertos derechos que son exclusivos de los funcionarios públicos de carrera por mandato constitucional y legal.

En este mismo sentido, Kiriakidis (2006) también señala en cuanto a la problemática planteada que:

"...Recordemos que uno de los objetivos de la tesis- confesados por la propia jurisprudencia- era transformarse en un remedio contra las presuntas evasiones o fraudes en que, para evitar la aplicación de las normas sobre la carrera administrativa, incurrieran los Jefes de Servicios, al acudir a la vía de la contratación.

Ahora bien a mas de 20 años de vigencia de la Tesis de la Relación Funcionarial Encubierta debemos observar que ese cometido esencial no se produjo, y hoy, igual que siempre, la Administración y específicamente los funcionarios con facultades para contratar continúan contratando, sin preocuparse por el que luego, la jurisprudencia transforme a los contratados en funcionarios.

Es más, en buena parte de los casos, esta tesis se transformó en un estímulo al fraude a la ley, pues en circunstancias en que era difícil lograr el nombramiento regular, los jefes de los servicios en

“complicidad” con los contratados, acudían a la figura del contrato con la certeza de que luego, los jueces harían posible el ingreso a la carrera, que por la vía ordinaria, y por alguna razón, no era posible”. (p.138)

En tal virtud, es obvio que la figura de la contratación de personal para ejercer funciones públicas de carrera aún permanece latente, por lo que el fraude y el abuso a la ley por parte de ciertos entes u órganos del Estado, sobre todo por los Jefes de Servicio, continúa siendo una práctica que se ha venido enraizando como costumbre.

Conforme a lo expuesto, resulta importante señalar que la función pública en Venezuela se ha visto influenciada por una suerte de desfuncionarización, motivo por el cual algunos autores españoles han verificado en sus respectivos ordenamientos jurídicos, lo que se ha denominado en palabras de Oriol (2002) como “...la huida de la Administración hacia el Derecho Privado...” en su obra “Globalización, Estado y Derecho (p.68).

Así, ello obedece quizás a las transformaciones recientes del Derecho Administrativo tal como expone Cantero Martínez (2000), en “...El Empleo Público entre estatuto funcional y contrato laboral...” (p.52); o en palabras de Parada (2002) quien habla de “...la laboralización de la función pública, en el Derecho Administrativo, Organización y Empleo...” (p.102) lo que riñe no solo con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley

del Estatuto de la Función Pública, sino con las bases fundamentales del Estado mismo (como Estado Social de Derecho).

Por otro lado, es importante resaltar el comentario realizado por el tratadista Sánchez Morón (2003) en relación a los funcionarios interinos en el derecho español. Al respecto, el citado autor comenta:

“...En efecto, ha venido proliferando desde hace décadas la existencia de funcionarios que, en el derecho español se denomina personal interino, refiriéndose a aquél que, de acuerdo a la Ley de Funcionarios Civiles, se admite “por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantilla en tanto no se provean por funcionarios de carrera”, siendo el rasgo característico de esta figura, la provisionalidad o transitoriedad de la relación de servicio, pues se trata de cubrir una necesidad pasajera de la Administración, que debe solucionarse con la convocatoria y resolución del procedimiento para cubrir las plazas vacantes de funcionarios de carrera que deban desempeñar esas funciones”. (p.46).

No deja de lado el citado doctrinario precisamente la circunstancia que se ha verificado en Venezuela y es que en no pocas Administraciones el personal interino se mantiene durante mucho tiempo en esa condición, pues no se convocan (o tardan en convocarse) los procesos de selección para cubrir las plazas que deberán ocuparse mediante funcionarios de carrera, lo que pone en duda la supuesta urgencia que justifica su nombramiento.

No obstante, cabe destacar que la legislación española consagra esta figura de los funcionarios interinos en la Ley de Funcionarios Civiles, mientras que

nuestro ordenamiento jurídico no lo prevé como una posibilidad, ni en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ni en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En este mismo orden de ideas, resalta el comentario realizado por Quijada Marín (2000) con respecto a los empleados contratados por la Administración cuando señala:

“...No parece conforme a la ley que todo contratado de prestación de servicios, a tiempo completo y en cargos permanentes, genere la aplicación de la Ley de Carrera Administrativa en beneficio del contratado, pues de esta forma se estaría avalando el comportamiento de la autoridad que, en vez de someterse al régimen legal, “concede” un contrato a quien le plazca y la de quienes se aprovechan de este recurso para ingresar fraudulentamente a la Administración. Como en tantos otros aspectos, la proliferación de contratos no solo es ilegal, sino que atenta contra los propios fines de la Ley de Carrera Administrativa y abre una alternativa que compite ventajosamente con el sistema de méritos al que los funcionarios están sujetos. Sin decirlo en forma expresa, la jurisprudencia habría visto en estos “contratados” a especies de funcionarios de hecho, por haber actuado como si lo fueran de veras, aun cuando también su empleo hubiese sido tramitado con desconocimiento de dicha ley, estimando los jueces que, mas importante que la legalidad de la incorporación, es la realidad de los servicios prestados”. (p.122).

Siendo ello así, puede observarse que efectivamente la Administración Pública pretende crear en la práctica una forma de ingreso irregular o un mecanismo de ejercicio de la carrera administrativa mientras continúe proliferando la contratación de personal sin hacer el correspondiente

concurso, situación que viola la Constitución Nacional como la Ley del Estatuto de la Función Pública.

2.-Posición de la jurisprudencia Contencioso Administrativa y la Jurisprudencia Laboral frente a la situación de los empleados contratados por la Administración Pública

En este contexto resulta importante señalar, que el tema bajo estudio en la presente investigación ha sido tratado por la jurisprudencia patria tanto administrativa como laboral bajo el imperio de la Constitución de 1961, en virtud de que la carrera administrativa se ha visto desde entonces afectada por algunos entes u órganos de la Administración Pública al utilizar al contrato de trabajo como un medio ilícito para el ejercicio de funciones asignadas a cargos de carrera.

De la misma forma se puede observar que la problemática planteada aún continúa presente pese a que se encuentra en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, luego que el Constituyente dispusiera elevar a rango constitucional la figura del concurso público para el ingreso a la Administración Pública, al tiempo que la Ley de Carrera Administrativa dejó de tener vigencia debido a que fue sustituida en el año 2002 por la Ley del Estatuto de la Función Pública que incorporó tres (3) disposiciones, los artículos 37, 38 y 39 en cuyo contenido deja claro el papel

que juega el contrato de trabajo en la Administración y el régimen jurídico laboral aplicable.

Así las cosas, el nacimiento de esta problemática tiene su data desde hace mas de treinta (30) años cuando el extinto Tribunal de la Carrera Administrativa decidió asimilar a los empleados contratados por la Administración Pública a los funcionarios públicos de carrera, creando para ello la muy conocida “Tesis de la Relación Funcionarial Encubierta” que perseguía un noble fin, el cual era lograr que los funcionarios con poder de decisión para la designación de otros funcionarios vieran impedido o cuando menos sometido a dificultades el acudir a la contratación como un medio para burlar la aplicación de las normas sobre la carrera administrativa.

De esta forma el antiguo Tribunal de Carrera Administrativa (1975) señaló mediante sentencia lo siguiente:

“...Si un sujeto expresamente designado para un cargo administrativo por el órgano competente de la Administración, que se encuentra expresamente especificado en el Manual Descriptivo y en las condiciones que el mismo establece; con las tareas idénticas que desempeñan los titulares de cargos de la misma clase, con las mismas responsabilidades, con el mismo horario y con el mismo sueldo, no es un funcionario de la administración, en tal caso ¿Qué es? ¿Qué lo protege? La vía sustancial procesal de la Ley del Trabajo le esta cerrada por disposición expresa y, siendo la eventual demandada la Administración, necesariamente ha de ocurrir ante el Tribunal Contencioso Administrativo que conoce de dicha materia, el cual es el Tribunal de la Carrera Administrativa.

De lo anterior no debe concluirse, afirmando a priori, que todos los contratados son funcionarios públicos, están sometidos a la Ley de Carrera Administrativa y pueden en consecuencia interponer sus recursos por ante este Tribunal; pero si, que la clasificación que se haga de contratado, no impide a priori su calificación como funcionario público, ya que si esta al servicio de la Administración, a tiempo completo, para desarrollar funciones de naturaleza permanente y no esporádicas, en un cargo especificado en el Manual Descriptivo y con las condiciones propias de los titulares de dicho cargo debe tenersele como sometido a la Ley de Carrera Administrativa. Y el documento en el cual se manifiesta la voluntad de la Administración de asumir sus servicios equivale al nombramiento formal...”

Como puede observarse, esta tesis hacía especial énfasis en las modalidades bajo las cuales se desempeña el servicio contratado, para en una suerte de aplicación de la teoría del “funcionario de hecho” descubrir la verdadera naturaleza del vínculo que subyacía entre la Administración y el servidor o contratado, sin prestar mayor atención a las normas de la Ley de Carrera Administrativa vigente para esa época.

Luego, ante la convicción de que los empleados contratados quedarían huérfanos de regulación en caso de que no les fuese aplicable la Ley de Carrera Administrativa, y para evitar que la Administración violara las normas sobre esta sin mayores justificaciones normativas, es que la jurisprudencia creó esta tesis y las condiciones para que la misma opere, transformando relaciones originalmente contractuales y constituidas al margen de la Ley de Carrera Administrativa, en relaciones funcionariales inscritas en las previsiones de la misma Ley.

Sin duda esta tesis tenía, cuando menos una importante carga de sentido social y un deseo de servir de instrumento correctivo de una práctica fraudulenta que con el pasar de los años se fue haciendo costumbre en el seno de los entes u órganos del Estado, lo que hasta el día de hoy se mantiene pese a que el concurso público se exige como un requisito indispensable para ingresar y ejercer un cargo público de carrera luego que alcanzara su consagración expresa en la Carta Fundamental de 1999.

Así las cosas, la llamada “Tesis de la Relación Funcionarial Encubierta” fue desterrada del régimen de la Carrera Administrativa cuando se promulgó la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 y con ella, la puesta en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002) donde se establece claramente la prohibición de utilizar el contrato de trabajo para ejercer cargos de carrera y la aplicación del régimen jurídico laboral en caso de requerir la contratación de personal para la realización de determinadas actividades esporádicas previstas específicamente en los artículos 37, 38 y 39 de la referida Ley.

Por su parte, la jurisprudencia laboral aceptaba casi en forma pacífica que frente a un contrato suscrito por un empleado y la Administración Pública, el régimen jurídico a aplicar era el previsto en el Derecho el Trabajo.

En este sentido, es importante destacar la decisión de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la extinta Corte Suprema de Justicia (1973) la cual señaló que:

“...no solo los obreros al servicio del Estado están protegidos por la Ley del Trabajo, sino que también lo están los servidores de la Administración Pública que carezcan de la cualidad de funcionarios público. Este criterio se sustenta con base en la interpretación del artículo 6 de la Ley del Trabajo. Se ha considerado que no todas las personas que prestan sus servicios en la administración pública son empleados público, sino que, al contrario, puede suceder que algunas de ellas no lo sean, como ocurre en el caso de la que contractualmente presta a la Administración Pública un servicio por tiempo determinado”.

De la misma forma, con posterioridad la jurisprudencia era fiel a tal criterio, pudiendo al efecto citarse la sentencia del Juzgado Superior Tercero del Trabajo (1981) en la cual se sostuvo:

“...Ahora bien, tratándose de una persona contratada para realizar determinadas funciones con su correspondiente pago como contraprestación y a fin de que la prestación del servicio se preste de acuerdo a los términos en los que las partes se señalan recíprocamente, es lógico concluir que la actora debe estar asistida por la Ley del Trabajo y su Reglamento habida cuenta que se trata de una persona contratada por un ente de la Administración Pública, y en esas condiciones es necesario seguir la pauta jurisprudencial indicada por nuestro más alto Tribunal en la sentencia tal referida, puesto que sus funciones en virtud de ser la Sala de Casación, es la de uniformar la jurisprudencia, todo lo cual implica la improcedencia de la excepción y así se resuelve”.

De igual modo, cabe señalar la sentencia dictada por el mismo Juzgado Superior Tercero del Trabajo (1984), cuya posición fue la siguiente:

“...Esta alzada observa, que la parte demandada ha planteado una cuestión de incompetencia del Tribunal Laboral, por vía incidental, argumentando que la actora tenía el carácter de funcionario público, por lo que los Tribunales Laborales, no son los competentes para conocer de esta reaclamación, pero es el caso, que en el líbello de la demanda se expresa que la actora fue contratada por la demandada, para desempeñar el cargo de abogado asesor; circunstancia ésta que no ha sido discutida por la accionada, sino que se ha fundamentado en ello para plantear la cuestión de incompetencia por considerarlo funcionario público. Ahora bien, tratándose de un abogado, al servicio de la Administración Pública, bajo el régimen de contrato, es de aplicársele la Ley del Trabajo, por cuanto no constituyen el tipo de funcionario público a quienes se aplica la Ley de Carrera Administrativa”.

Como puede verse de las sentencias antes mencionadas, se observa que indiscutiblemente, al igual que en la actualidad, con la vigencia de la Constitución de 1961 y la Ley de Carrera Administrativa el personal contratado por la Administración Pública no era funcionario público y debía por ende regularse esa relación por la Ley del Trabajo y no por la Ley de Carrera Administrativa.

Sin embargo, es importante resaltar que a pesar de la claridad de tales previsiones legales previstas hoy en día en la Constitución de 1999 y la Ley del Estatuto de la Función Pública, la Administración Pública continúa recurriendo a estas prácticas desleales al Derecho y a la justicia desde que sigue contratando personal para ejercer funciones públicas de carrera, lo cual puede verificarse de un conjunto de sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República donde, de una u

otra forma, instan a los entes u órganos de la Administración Pública a que no continúen infringiendo las normas que sobre la carrera administrativa se han establecido.

En efecto, un paradigma de ello lo constituye la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (2000) mediante sentencia N° 53 cuando expresó ante la ausencia de nombramiento y frente a la presencia de contratos para la prestación de servicios profesionales, lo siguiente:

“...Ahora bien, en el caso bajo estudio, se plantea la prestación de un servicio profesional a un órgano de la Administración Pública, bajo la modalidad del contrato de servicios a tiempo determinado, sin que este supuesto se cumplieran las reglas esenciales para el ingreso a la carrera o función pública establecida en la ley. Así mismo, el vigente texto constitucional en su artículo 146 exceptúa al personal contratado por las dependencias públicas de la función pública (...) En virtud de que el caso en especie no se rige por las normas de la Carrera Administrativa, por cuanto no se trata de una relación de empleo público, como ha quedado precedentemente establecido, el conocimiento, sustanciación y decisión de la presente causa dada la naturaleza del reclamo en cuestión, de decir pago de prestaciones sociales y demás conceptos derivados de una presunta relación de trabajo; corresponde a los Tribunales del Trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 655 de la Ley Orgánica del Trabajo, que atribuye la competencia a estos órganos de justicia cuando el caso no este atribuido por la ley a la conciliación o al arbitraje. Así se decide”.

Además de ello, la misma Sala de conformidad con el artículo 146 de la Constitución ha establecido la importancia del contrato como elemento calificador de la naturaleza de la relación que se establece entre quien presta los servicios y la Administración, señalando que, con independencia de las

funciones públicas o no que desempeñe el servidor, la naturaleza de la relación depende esencialmente del contrato.

De esta manera, nuevamente la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia (2001) mediante sentencia N° 112 expresó:

“...Es un hecho frecuente que la Administración Pública recurra a la figura de la contratación de empleados a los fines de obtener determinados servicios que por su naturaleza no están previstos en el sistema de clasificación de cargos, siendo que aun, cuando el contratado ejercerá una función pública, no se le considerara funcionario público, bien sea por las condiciones reflejadas en éste o que la propia administración de manera expresa ponga de relieve la intención de no incluirlo en el régimen jurídico que establece la Ley de Carrera Administrativa, siendo así, es de relevante importancia establecer el contenido o cláusulas del contrato a los fines de establecer con precisión el régimen legal al cual deberá someterse la contratada”.

Ello así, esta sentencia es de gran importancia, pues como afirma Kiriakidis (2006), en cuanto a la situación de los contratados por la Administración:

“...enfrenta de modo categórico uno de los postulados más relevantes de la Tesis de la Relación Funcionarial Encubierta, ya que la Sala afirma que a los fines de determinar la naturaleza de la relación jurídica (y a diferencia de aquella tesis), no importan las funciones atribuidas al contratado, sino el régimen jurídico que expresa o implícitamente hace aplicable el instrumento.” (p.145).

Por otra parte, aquellos trabajadores que prestan a los entes administrativos servicios bajo contrato a tiempo determinado, siempre que sea por necesidades especiales de la Administración, aun cuando éstos sean

renovados consecutivamente y pasen a ser a tiempo indeterminado, carecen de la condición de empleado público y por ende de la aplicación de las normas de la Ley de Carrera Administrativa.

Por tales razones, este criterio fue ratificado nuevamente por la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia (2001) mediante sentencia N° 123 en la cual se puntualizó:

“...El criterio utilizado por el primero de los Tribunales mencionado, se basa en el carácter de funcionario público del accionante, lo cual, a juicio de esta Sala, constituye un error, pues si bien algunos de los que trabajan en la Administración Pública se rigen por las normas especiales sobre Carrera Administrativa, éstos no conforman la totalidad del personal al servicio de la Administración, pues hay quienes están expresamente excluidos de las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales, como es el caso de los que prestan servicios bajo contrato por tiempo determinado por necesidades especiales de la Administración.

En el caso de autos, esta Sala observa que la parte accionante, quien prestó servicio a un órgano de la Administración Pública Municipal bajo la modalidad de un contrato a tiempo determinado, independientemente que después hayan pasado de ser contratos por tiempo determinado a indeterminado, en virtud de las sucesivas renovaciones, conforme el artículo 74 de la Ley Orgánica del Trabajo, el trabajador demandante queda excluido de la aplicación de las normas contenidas en la Ley de Carrera Administrativa, por carecer de la cualidad de funcionario público”.

Como se puede observar la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia alteró de modo radical el panorama que, como se señaló, comenzó a pendular en dirección a la tesis que no admite a los empleados contratados como funcionarios de carrera administrativa, pues ahora la “Tesis de la

Relación Funcionarial Encubierta” se enfrenta a una disposición constitucional que parece proscribirla.

Sin embargo esto no ha sido obstáculo para que los entes u órganos de la Administración Pública continúen utilizando en forma irregular el contrato de trabajo para asignar determinadas funciones públicas de carrera.

Frente a esta situación, resulta oportuno acotar que los empleados contratados a tiempo indeterminado por la Administración Pública no son funcionarios públicos de carrera mientras no se realice el correspondiente concurso, por lo tanto, seguirán siendo trabajadores amparados por la ley Orgánica del Trabajo y no por la Ley de Carrera Administrativa. De esta forma el entonces Juzgado Superior Tercero de Transición de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital (2004) mediante sentencia N° 23 estableció lo siguiente:

“...En la nueva Constitución se consagra el ingreso expresamente a la carrera administrativa a través de concurso público, no pudiéndose acceder a ésta por designaciones o contrataciones que obvien el mecanismo de selección objetivo que invoca la constitución, ni se podrá adquirir estabilidad por el transcurso del tiempo en el ejercicio de algún cargo de carrera, es decir, sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y la consecuente estabilidad del funcionario en el desempeño de su cargo.

Debe este Órgano Jurisdiccional aclarar que todos aquellos funcionarios que hayan ingresado a la Administración mediante nombramiento, a partir del año 2000, sin efectuar el concurso a que hace alusión la Constitución y la Ley, o que estén prestando servicios en cargos de carrera administrativa, tendrán derecho a

percibir los beneficios económicos de su efectiva prestación de servicios, en las mismas condiciones de los funcionarios que hayan sido designados mediante concurso público, es decir, a la remuneración correspondiente al cargo desempeñado, así como el pago de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, pero en lo que atañe a su estabilidad y a los derechos derivados de esta, no pueden asimilarse a un funcionario de derecho en virtud de lo preceptuado en el ya citado artículo 146 de la vigente constitución”.

Pues bien, de una lectura del fallo transcrito se observa que luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no le es dable a los órganos de la Administración Pública, así como tampoco a los Tribunales de la República con competencia funcionarial, otorgar a los empleados contratados que presten sus servicios de manera irregular, como funcionarios de hecho, la cualidad o “status” de funcionarios de carrera administrativa, toda vez que el nuevo Texto Constitucional es claro al establecer en su artículo 146 que el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera debe efectuarse mediante concurso público, quedando además excluidos de dicho régimen aquellas personas que ingresan de forma irregular a la Administración Pública bajo la vigencia de la Constitución de 1999.

Del mismo modo, se desprende también del fallo anotado que todos aquellos funcionarios que recibieron nombramiento desde el año 2000 por parte de la Administración Pública sin hacer el correspondiente concurso público para prestar servicios en cargos de carrera, carecen de estabilidad al no

asimilarse a los funcionarios públicos de carrera, pudiendo en todo caso percibir únicamente las remuneraciones vinculadas a la relación contractual.

De la misma forma, esta problemática fue planteada por el Juzgado Primero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Apure (2005) mediante sentencia N° TI-0745-05 en la cual se expresó lo siguiente:

“...En tal sentido, debe aclararse que existe una práctica irregular mantenida por la Administración de no cumplir con las normas para el ingreso de los funcionarios públicos tal y como lo exigen sus respectivos ordenamientos jurídicos, práctica ésta, que da lugar a la existencia de innumerables funcionarios de hecho que la jurisprudencia ha tratado de compensar acudiendo a criterios como la determinación del tiempo de servicio y la naturaleza de las funciones, para assimilarlos a un funcionario de carrera administrativa.

No obstante, a pesar de la anterior solución, debe destacarse que después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no le es dable a los órganos de la Administración Pública, así como tampoco a los Tribunales de la República con competencia funcional, otorgar a los funcionarios que presten sus servicios de manera irregular, como funcionarios de hecho, la cualidad o el “Status” de funcionarios de carrera administrativa, toda vez que el nuevo texto constitucional es claro al establecer en el artículo 146 citado ut supra, que el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera debe efectuarse mediante concurso público, quedando además excluidos de dicho régimen aquellas que personas que ingresan de forma irregular a la Administración Pública bajo la vigencia la constitución de 1999”.

En esta sentencia se puede notar nuevamente el llamado que desde este Tribunal hace el Juez para que la Administración Pública deje de utilizar el contrato de trabajo como forma irregular de ingreso a la Administración

Pública y realice el correspondiente concurso tal como lo ordena el tantas veces nombrado artículo 146 constitucional.

Así de esta manera, se ha referido la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2000) mediante sentencia N° 1803, reiterando jurisprudencia de vieja data, en los términos siguientes:

“...No obstante, si bien es cierto que la derogada Ley de Carrera Administrativa establecía como único modo de ingreso a la Administración Pública la figura del concurso público, merece la pena destacar que en la práctica sucedieron circunstancias que permitieron el ingreso de funcionarios públicos a la Administración Pública, a través de figuras diferentes al concurso público y que, a pesar de ello, se les considerara funcionarios públicos como tales. Esa circunstancia se daba en mayor cuantía por la presencia de un alto índice de contratados en la Administración Pública, o de funcionarios que aún no “ingresando” por la vía del contrato, en definitiva obtenían un nombramiento para un cargo para el cual nunca concursaron”.

Luego, según esta jurisprudencia las personas que prestaban servicio a la Administración Pública en calidad de contratados se consideraban funcionarios públicos, una vez verificadas ciertas condiciones, pues se entendía que se trataba de un ingreso simulado a la misma, en virtud de las siguientes circunstancias:

- Prórrogas sucesivas del contrato celebrado entre el particular y la Administración.

- El horario cumplido por el funcionario y las condiciones en que prestaba su servicio a la Administración eran semejantes a las del resto de los funcionarios.
- Que se encontrara desempeñando funciones de un cargo de carrera.

Como puede observarse de acuerdo a esta sentencia, la problemática planteada encontraba apoyo total o justificación final en el hecho que si un personal ingresa a la Administración en calidad de contratado, pero desempeñaba un cargo clasificado como de carrera, cumplía un horario a tiempo completo, disfrutaba de los beneficios de un funcionario público y la prestación del servicio se realizaba por varios períodos presupuestarios, tal ingreso se tenía como un ingreso simulado a la Administración Pública, que no es otra cosa que la manifestación de voluntad de la Administración de querer establecer una verdadera relación de empleo público entre el administrado y la Administración violándose en consecuencia el acceso a la carrera administrativa establecida en la Constitución y la Ley especial sobre la materia.

De la misma forma la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003) mediante sentencia Nro. 902 en relación a la presente investigación también dejó por sentado los siguientes postulados:

“...El simple ejercicio de un cargo en la Administración no puede, por si solo, conferir a una persona la condición de funcionario, sino que al contrario, es el ingreso a la Administración, en la forma estipulada en la ley, lo que determina la posibilidad de ejercer válidamente funciones públicas.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el régimen de los funcionarios varió, al preverse los principios para el establecimiento de un Estatuto de la Función Pública más que para la carrera administrativa, disponiendo que dicho Estatuto regulará y determinará, además de lo previsto en la Constitución de 1961, las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos para ejercer sus cargos”.

Como puede apreciarse, de acuerdo a lo esgrimido por la Corte con la Constitución de 1999, se constitucionalizó la función pública en Venezuela al establecerse la creación de un Estatuto que regula la forma de ingreso para ejercer válidamente esta función pública.

Seguidamente la Corte expresó lo que a continuación se transcribe:

“...Asimismo, previó el nuevo Texto Constitucional que el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera debe efectuarse mediante concurso público, no pudiéndose acceder a ésta por designaciones o contrataciones que obvien el mecanismo de selección objetivo que invoca la Constitución, ni se podrá adquirir estabilidad por el transcurso del tiempo en el ejercicio de un cargo de carrera administrativa y a la consecuente estabilidad del funcionario en el desempeño de un cargo”.

En este sentido, siguiendo tales postulados, no pueden los órganos administrativos ni jurisdiccionales otorgar a aquellos funcionarios, que sean designados o contratados, la cualidad o el estatus de funcionarios de carrera, tal como lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia venezolana.

Además de ello, los funcionarios que hayan ingresado sin la presentación del concurso público tienen sólo el derecho a percibir los beneficios económicos de su efectiva prestación de servicios, es decir, la remuneración correspondiente al cargo desempeñado, así como el pago de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, pero en lo atinente a la estabilidad y a los derechos derivados de esta, no pueden asimilarse a funcionarios de carrera.

Más recientemente, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (2008) mediante sentencia N° 1596 flexibilizó el criterio bajo estudio de la forma que sigue:

“...El funcionario que, una vez entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, haya ingresado a la Administración Pública -mediante designación o nombramiento- a un cargo calificado como de carrera, sin la realización previamente del debido concurso público, gozarán de estabilidad provisional o transitoria en sus cargos, hasta tanto la Administración decida proveer definitivamente dicho cargo mediante el correspondiente concurso público. Este derecho a la estabilidad provisional nacerá una vez superado el período de prueba.

Esta estabilidad provisional supone, en criterio de esta Corte, que aquel funcionario que se encuentre en la aludida situación de transitoriedad no podrá ser removido, ni retirado de su cargo por causa distinta a las contempladas en la Ley del Estatuto de la Función Pública (artículo 78), hasta tanto el cargo que ocupa temporalmente sea provisto mediante el correspondiente concurso público.

En atención a los principios derivados del Estado Social de Derecho y de Justicia establecido en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, debe reconocerse el derecho a la estabilidad provisional o transitoria, en los términos antes expuestos, al funcionario que haya ingresado por

designación o nombramiento a un cargo de carrera, sin haber superado previamente el respectivo concurso”.

De la lectura del fallo bajo análisis se reafirma, por un lado, la importancia de realizar los concursos para que el funcionario pueda acceder a la Administración Pública; y por el otro se observa como la Corte exceptúa a los empleados contratados del criterio jurisprudencial según el cual se reconoce un nuevo tipo de funcionario público (provisorio o interino) que a través de un nombramiento expedido por la Administración goza de estabilidad provisional o transitoria hasta tanto su situación se normalice en forma definitiva con el correspondiente concurso público.

Así las cosas, llama poderosamente la atención que en esa misma sentencia la Corte se haya referido en muchas ocasiones al uso irregular del contrato de trabajo a tiempo indeterminado por parte de los entes u órganos del Estado para el ejercicio de funciones públicas de carrera sin resolver de forma contundente la problemática planteada en la presente investigación con respecto al destino de este tipo de contratados a tiempo indeterminado que buscan que su situación se normalice a toda costa por lo que una posible salida a este embrollo será que la Administración terminara de respetar la finalidad y el carácter excepcional de la figura del contrato sometiendo a estas personas, por razones de igualdad y no discriminación, al régimen del concurso público y demás requisitos necesarios para ingresar a la función

pública y, mas concretamente a la carrera administrativa, sobre todo cuando tales personas han superado con creces un periodo de prueba.

En este mismo orden de ideas, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (2009) mediante sentencias Nro. 473 y 573 ratificó el criterio relativo a la estabilidad provisional del funcionario que recibe un nombramiento o designación para ejercer cargos de carrera sin el debido concurso público, y a su vez manifestó en dichas decisiones lo que a continuación se transcribe:

“...Una vez expuesto lo anterior, esta Corte debe dejar establecido que el criterio de la estabilidad provisional o transitoria expuesto supra tiene su ámbito de aplicación exclusivamente dentro del marco de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que es precisamente el cuerpo normativo que se aplica a la situación de marras. De manera tal que, en aquellos casos en que se plantee un caso en el cual esté involucrado un organismo de la Administración Pública exento de la aplicación de dicha Ley, esta Corte procederá a analizar cada caso en concreto a los fines de dilucidar si el presente criterio se aplicaría en esos casos o no. De la decisión parcialmente transcrita, se desprende que para poder ser acreedora de la estabilidad provisional o transitoria, existen varios requisitos, a saber, i) que exista un nombramiento, ii) que dicho nombramiento sea para ejercer un cargo de carrera; iii) luego de efectuado el nombramiento, se haya superado el periodo de prueba”.

De la misma forma, el Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital mediante sentencia dictada en fecha 03 de Junio del año 2009, Expediente 09-2444, ratificó el criterio establecido por

la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo relativo a la estabilidad provisional del funcionario designado para ejercer cargos de carrera mientras no sea sometido al correspondiente concurso público y, sin que la situación de los empleados contratados por la Administración a tiempo indeterminado continúe sin ser resuelta.

Sin embargo, ello no obsta para que una vez constatada la creación o vacancia del cargo respectivo, la Administración opte con el tiempo por “funcionarializar” o regularizar la situación jurídica de aquel personal contratado a tiempo indeterminado que haya superado satisfactoriamente un periodo de prueba con motivo de la asunción de funciones asignadas a un cargo de carrera, caso en el cual puede – o más bien debe – sustituir el contrato de trabajo original o la última de sus renovaciones, con la notificación de un acto administrativo unilateral de nombramiento provisional como respuesta, precisamente, a esa expectativa legítima del aspirante interesado en acceder a la carrera administrativa al margen de que ello comporte a la postre un ingreso “irregular” a la función pública tras haberse omitido el régimen concursal.

Lo anterior obedece, de acuerdo a lo observado, a que la condición del funcionario público provisorio es menos precaria que la del empleado contratado por la Administración Pública si se tiene en cuenta que los primeros gozan – por obra de la jurisprudencia – de una suerte de estabilidad

absoluta temporal o transitoria hasta tanto la Administración decida proveer definitivamente el cargo que detentan, vía concurso público, una vez alcanzado como haya sido el cambio de régimen jurídico de personal aplicable, esto es, luego que la nueva relación estatutaria (funcionario-Administración) supla o reemplace la anterior relación de trabajo (empleado-patrono); o, en términos si se quiere, un poco más coloquiales, a partir de que el beneficiario pase de la nómina del “personal contratado” a la nómina “personal fijo” del organismo correspondiente, aunque ello sólo sirva para ingresar mientras tanto a la función pública (género) y no a la carrera administrativa (especie).

De ello resulta, por tanto, que aun cuando pudiera pensarse que los nombramientos dictados en el sentido arriba expuesto deben reputarse absolutamente nulos conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, es lo cierto que, de acuerdo con el criterio sostenido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (2008, ob. cit), tal nulidad se refiere solamente a los actos (de designación) “definitivos”, más no así a los nombramientos “provisionales”, como es el caso comentado.

Además, téngase en cuenta que dicho acto administrativo formal (escrito) es, ante todo y por sobre todo, un acto administrativo y, como tal, se encuentra investido de presunción de legalidad y por ende del carácter de ejecutividad y

ejecutoriedad hasta tanto no sea declarada su nulidad por autoridad competente, de modo tal que no tiene cabida la teoría del “acto inexistente” o de nulidad por la nulidad misma, por más grave que sea el vicio imputado (ej: nulidad absoluta).

CONCLUSIONES

Del estudio de los contrato de trabajo como forma de regular las relaciones entre trabajadores y empleadores, sumado al análisis de la noción de funcionario público con los distintos mecánicos válidos para desempeñar funciones públicas en contraste con las doctrinas y jurisprudencias laborales y administrativas que tratan la situación jurídica de los empleados contratados por la Administración, se puede llegar a concluir que algunos entes de la Administración Pública continúan utilizando el contrato de trabajo como una vía o mecanismo para que el empleado contratado desempeñe funciones públicas de carrera dejando a un lado el concurso público como forma de ingreso válida a la carrera administrativa de acuerdo a la normativa prevista tanto en la Constitución Nacional como en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En este mismo orden de ideas, se pudo extraer de los estudios realizados sobre el tema investigado que esta situación anormal viene sucediendo desde la vigencia de la Constitución de 1961, auspiciada por la Ley de Carrera Administrativa y la doctrina de la tesis de la “relación funcional encubierta”, superada hoy en día con la Constitución de 1999 pues en ella se constitucionalizó la carrera administrativa al establecer que la vía o el mecanismo legal para el desempeño de este tipo de funciones públicas es a través del concurso público, con el añadido de que en la Ley del Estatuto de

la Función Pública se dejó por sentado que bajo ningún concepto los contratados por la Administración ingresan a la función pública ya que estableció en sus normativas que sólo se recurre al contrato para realizar tareas específicas y por tiempo determinado.

Por otra parte, se concluye también del estudio realizado que la categoricidad de las disposiciones que regulan a los contratados, tanto en la Constitución como en el Ley del Estatuto de la Función Pública, implica para la Administración Pública la absoluta necesidad de abandonar la practica de contratar empleados para ejercer las mismas funciones que corresponden a los funcionarios públicos de carrera.

En este mismo orden de ideas, los órganos de la Administración Pública que siguen cometiendo este tipo de fraude a la ley deben terminar de comprender que existe una dualidad de regímenes –el estatutario y el laboral- que no se justifica dicha actuación sino frente a empleados altamente calificados que asuman tareas específicas y por tiempo determinado, sin que ningún caso puedan realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la ley.

De la misma forma, pudo extraerse de la presente investigación que al contitucionalizarse la función pública de carrera, aquellos contratados que se encuentren realizando las mismas tareas similares a las previstas para los funcionarios públicos de carrera, tal como se pudo observar del legajo de

sentencias, permanecerán en situación de desigualdad frente a los funcionarios públicos ya que no tienen estabilidad, situación esta que el legislador patrio no previó y cuya responsabilidad de tipo patrimonial es imputable a la Administración Pública.

En tal sentido, de mantenerse esta situación, corresponderá al juez competente atender los reclamos que hagan estos empleados contratados y, muy a pesar de lo previsto legalmente, resurgirá nuevamente la llamada “relación funcional encubierta”, fundamentado el juez para ello en los principios de igualdad y de justicia que la misma Constitución Nacional pregona en sus artículos 21 y 257.

Por otro lado, también se concluye que los contratos de trabajo que la Administración Pública emplea en determinados casos para el ejercicio de determinadas funciones públicas son y serán siempre de naturaleza laboral, sus elementos jamás cambiarán por el hecho de que una de las partes lo sea un ente público. En otras palabras, no puede este contrato de trabajo mutar y transformarse en contrato administrativo por el solo hecho de requerirlo la Administración para el desempeño de determinadas funciones públicas y además de ello, hay que recordar que los contratos administrativos tienen su propia naturaleza por la existencia en ellos de cláusulas exorbitantes que revelan la noción de interés general o colectivo que el servicio público entraña.

Además, es importante resaltar que el objeto del contrato de trabajo empleado por la Administración Pública para ejercer funciones correspondientes a los cargos de carrera resulta a todas luces ilícito desde que la vía regular o legal para desempeñar estos tipo de cargos es y será siempre a través del concurso público.

Por último, como comentario final, se estima que la reciente sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo ha sido quizá un poco tímida a la hora de reprender la actuación de la Administración debido al trato irregular de los empleados contratados a tiempo indeterminado, en razón de que la carga o iniciativa de llamarlos a concurso público pesa directamente en cabeza de esta última, según se desprende del texto de artículo 41 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, motivo por el cual no se está frente a un típico supuesto de actividad reglada, sino más bien ante el ejercicio de una potestad movida por razones de oportunidad, mérito o conveniencia a ser apreciadas por la propia Administración empleadora (ejemplo: la existencia de disponibilidad presupuestaria), de allí que mal podría un órgano judicial pretender sustituir con la sentencia la voluntad administrativa omitida, en la oportunidad de su ejecución, sin antes evitar incurrir en usurpación de funciones producto del quebrantamiento del principio de separación del Poder Público en ramas; pues, se insiste, corresponde sólo a ella determinar

cómo y cuándo se procederá a celebrar los concursos públicos para proveer los cargos respectivos.

En consecuencia se precisa, claro ésta, sin el ánimo de justificar el arbitrario proceder de la Administración, que ésta ha sido la razón por la cual la referida Corte se limitó a “exhortar” a los distintos entes u órganos del Estado a que abandonen estas prácticas ilegales implementadas contra los empleados contratados indefinidamente en el tiempo.

Por otra parte, las recientes sentencias de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en muchas ocasiones, tal como pudo observarse en la presente investigación expresan el uso irregular del contrato de trabajo a tiempo indeterminado por parte de la Administración para el ejercicio de funciones públicas de carrera sin resolver de forma contundente la problemática planteada con respecto al destino de este tipo de contratados a tiempo indeterminado que buscan que su situación se normalice a toda costa por lo que una posible solución será que la Administración terminara de respetar la finalidad y el carácter excepcional de la figura del contrato sometiendo a estas personas, por razones de igualdad y no discriminación, al régimen del concurso publico y demás requisitos necesarios para ingresar a la función pública y, mas concretamente a la carrera administrativa, sobre todo cuando tales personas han superado con creces un periodo de prueba,

en otras palabras, una vez constatada la creación o vacancia del cargo respectivo, la Administración opte con el tiempo por “funcionarializar” o regularizar la situación jurídica de aquel personal contratado a tiempo indeterminado que haya superado satisfactoriamente un periodo de prueba con motivo de la asunción de funciones asignadas a un cargo de carrera, caso en el cual debe rescindir el contrato de trabajo original o la última de sus renovaciones, con la notificación de un acto administrativo unilateral de nombramiento provisional como respuesta, precisamente, a esa expectativa legítima del aspirante interesado en acceder a la carrera administrativa al margen de que ello comporte a la postre un ingreso “irregular” a la función pública tras haberse omitido el régimen concursal.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alfonso, I. (1999). **Técnicas de investigación bibliograficas.** (8va ed.). Caracas: Contexto.
- Alfonso G, Rafael. (2001). **Nuevas Didácticas del Derecho del Trabajo.** (12ed.). Editorial Melvin C.A. Caracas, Venezuela.
- Ander-Egg, E. (1982). **Introducción a las Técnicas de Investigación.** (19na ed.). Buenos Aires: Humanitas.
- Asamblea Nacional, Constituyente. (1999). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **Gaceta Oficial** N° 36.859. Caracas, 30 de diciembre.
- Atienza, Manuel. (2001). **Las razones del derecho. Teorías de la Argumentación Jurídica.** (2da edición). Editorial México-libro. Distrito Federal, México
- Brewer Carias, Allan. (1996). **La Función Pública en Venezuela.** (2da ed.) Editorial jurídica venezolana. Caracas, Venezuela
- Briceño V, Gustavo. (2008). **Ley del Estatuto de la Función Pública.** (1era ed.). Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.
- Caballero Ortiz, Jesús. (1986). **El Empleado Contratado por la Administración Pública. Revista de Derecho Publico Nro. 27.** Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.
- _____. (2006). **El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público.** Ediciones Paredes. Caracas Venezuela.
- _____. (2003). **El fin del Funcionario Contratado.** Volumen II. Obra Colectiva de Derecho Público Contemporáneo en homenaje al Dr. Jesús Leopoldo Sánchez. Caracas, Venezuela.
- Caldera, Rafael. (1968). **El contrato de trabajo.** Tomo I. Editorial Sucre. Caracas Venezuela.
- Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Nro. 1803. Expediente AP42-R-2007-000731 [Base de dato en línea]. Consultada el 17 de

Febrero de 2009 <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/agosto/1478-14-AP42-R-2007-000731-2008-1596.html>

_____. Nro.2232. Expediente AP42-R-2006-002335 [Base de dato en línea]. Consultada el 23 de Mayo de 2010 http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2009/abril/1478-1-AP42-R-2006-002335-2009-473.html.

_____. Nro. 1306. Expediente AP42-R-2005-001831 [Base de dato en línea]. Consultada el 23 de Mayo de 2010 http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/decisiones/2009/abril/1478-2-AP42-R-2005-001831-2009-543.html

De Buen L, Néstor. (1997). **Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**. Universidad Nacional Autónoma de México. México.

De Enterria G, Eduardo. (2001). **Código de la Función Pública**. Civitas. Madrid, España

De Pedro F, Antonio. (2007). **Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública**. (2da edición.). Vadell Hermanos Editores. Caracas, Venezuela. 115

_____. (2008) **Razón de ser de la Ley del Estatuto de la Función Pública**. Obra Colectiva El Régimen de la Función Pública un balance a los 5 años de vigencia del Estatuto. Funeda. Caracas, Venezuela.

De Pinzon, Martínez. (1995) **La Función Pública Venezolana**. (2da edición) Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Hernández, José. (2004). **El concepto de Funcionario Público en la nueva Ley contra la Corrupción**. El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Tomo III (1era Edición.) Obra colectiva en homenaje a la Dra. Hildergard Rondon de Sanso. Funeda, Caracas, Venezuela.

Juzgado Superior Tercero de Transición de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital. Nro 23. Expediente 19703 [Base de dato en línea]. Consultada el 21 de Enero de 2009 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/jstcarc/septiembre/023-3243-19703.htm>

Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital Nro. 47. Expediente 09-2444 [Base de dato en línea].

Consultada el 23 de Mayo de 2010
<http://vargas.tsj.gov.ve/decisiones/2009/junio/2110-3-09-2444-.html>

Juzgado Primero de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Apure. Nro. TI-0745-05. Expediente 23435 [Base de dato en línea]. Consultada el 21 de Enero de 2009
<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/jpismeta/octubre/074505-23435.htm>.

Kiriakidis, Jorge. (2005). ***El ingreso a la función pública en la Ley del Estatuto de la función Pública***. El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Tomo II (3era Edición.) Obra colectiva en homenaje a la Dra. Hildergard Rondon de Sanso. Funeda, Caracas, Venezuela.

_____. (2006). ***Notas sobre la situación de los contratados por la Administración Pública en la Ley de la Función Pública***. El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Tomo I (1era Edición.) Obra colectiva en homenaje a la Dra. Hildergard Rondon de Sanso. Funeda, Caracas, Venezuela.

Lares Martínez, José. (2001). ***Manual de Derecho Administrativo***. Editorial Exlibris. Caracas Venezuela.

Martínez, Josefa. (2000). ***El empleo público entre Estatuto Funcionario y Contrato Laboral***. Editorial Marcial Pons. Madrid, España.

Moya Millán, Edgar. (2008). ***Derecho Contencioso Administrativo***. (3era edición.). Mobilibros. Caracas, Venezuela.

Ossorio, Manuel (1985). ***Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales***. Editorial Heliasta, S.R.L. República Argentina. 1984.

Parada, Ramón (2002). ***La Laborización de la función pública en el Derecho Administrativo, Organización y Empleo***. Editorial Marcial Pons. Madrid, España.

Pellegrino P, Cosimina (2002). ***Algunas Consideraciones sobre las categorías de Funcionarios Públicos a la luz de la Ley del Estatuto de la Función Pública***. Tomo II Temas de Derecho Administrativo. Caracas, Venezuela.

Pérez Gómez, José (1997). ***El funcionario público en Venezuela***. (2da

edición) Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela.

Pierre T, Oscar (1980). ***Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia***. Tomo II. (4ta Edición) Editorial Paz Pérez, Caracas, Venezuela.

Procuraduría General de la Republica. (1984). ***20 años de la doctrina de la procuraduría general de la republica 1962-1981***. Tomo II, Ávila arte, S.A Caracas, Venezuela.

Procuraduría General de la Republica. (2003). ***Doctrina de la Procuraduría General de la Republica 2001-2002***. Caracas Venezuela.

Puigpelat, Oriol. (2002). ***Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo***. (1era edición) Cuadernos Civitas. Madrid, España.

Quijada M, Enrique. (2000). ***Funcionarios Públicos y Carrera Administrativa***. Universidad Central de Venezuela. Caracas, Venezuela.

Real Academia Española. (2002). ***Diccionario de la Lengua Española***. (ed. 22°). Matéu Cromo, Artes Gráficas, S.A. España.

Revista de Derecho Público (1986). ***Los Empleados Contratados por la Administración Pública Nro. 27***. Caracas, Venezuela.

Rondon de Sansó, Hildergard (1986). ***Régimen Jurídico de la Carrera Administrativa***. (2da edición) Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, Venezuela

_____. (2005). ***La situación jurídica de los contratados del sector público, a la luz de la Constitución del 99***. El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Tomo II (3era Edición.) Obra colectiva en homenaje a la Dra. Hildergard Rondon de Sanso. Funeda, Caracas, Venezuela.

Sainz Muñoz, Carlos. (2004). ***Derechos y Deberes de los Funcionarios y valoración Crítica***. (3era edición). Cedil. Caracas, Venezuela.

Sánchez M, Miguel. (2003). ***Derecho de la Función Pública***. (4ta edición). Tecnos. Madrid, España.

Tribunal Supremo de Justicia. Sala de Casación Social. Nro. 82. Expediente

01542 [Base de dato en línea]. Consultada el 10 de Enero de 2009, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/51-102200-01912.htm>.

_____. Nro. 53. Expediente 00-029. [Base de dato en línea]. Consultada el 15 de Enero de 2009, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/53-091100-00029.htm>.

_____. Nro. 112. Expediente AA60-S-2001-000643.[Base de dato en línea]. Consultada el 15 de Enero de 2009 en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Noviembre/r112-131101-01643.htm>

_____. Nro.123. Exp.191-201-01687 .[Base de dato en línea]. Consultada el 20 de Enero de 2009 <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scs/Diciembre/r123-191201-01687.htm>.