



**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”**  
**VICERRECTORADO ACADÉMICO**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**ÁREA DE DERECHO**  
**POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TRABAJO ESPECIAL DE GRADO**

**TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS PARTICULARES QUE  
DESEMPEÑAN IRREGULARMENTE UN CARGO DE CARRERA**

Presentado por  
Abg. Luisa Ma. Rojas Fajardo

Para optar al Título de  
Especialista en Derecho Administrativo

Asesor  
Abg. Pedro Antonio Sano Imbrondone

Puerto Ordaz, 30 de julio de 2015



**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”**  
**VICERRECTORADO ACADÉMICO**  
**DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO**  
**AREA DE DERECHO**  
**POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**APROBACION DEL ASESOR**

Por el presente hago constar que he leído el de Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada **Luisa Ma. Rojas Fajardo**, titular de la Cédula de Identidad 10.929.103, para optar al Título Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título definitivo es **Tratamiento jurídico de los particulares que desempeñan irregularmente un cargo de carrera** y manifiesto que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

Puerto Ordaz, a los 30 días del mes de julio de 2015

Abg. Pedro Antonio Sano Imbrondone

Nombres y Apellidos

C.I. V-15.907.830



**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”  
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO  
ÁREA DERECHO  
POSTGRADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS PARTICULARES QUE  
DESEMPEÑAN IRREGULARMENTE UN CARGO DE CARRERA**

Autora: Luisa Ma. Rojas Fajardo  
Asesor: Pedro Antonio Sano Imbrondone  
Fecha: julio, 2015

**RESUMEN**

La prestación de servicios por particulares que desempeñan irregularmente cargos de carrera en la Administración Pública, bien por haber sido objeto de un nombramiento unilateral sin haberse cumplido el requisito constitucional y legal del concurso público, o por haber suscrito un contrato de trabajo a tiempo determinado con sucesivas prórrogas, ha generado en la práctica administrativa una serie de inconvenientes que se manifiestan principalmente en el desconocimiento del tratamiento jurídico que debe dárseles en relación a los aspectos propios de una relación funcional, precisamente porque carecen de la condición de funcionario público de carrera. El punto central del presente trabajo es analizar el tratamiento jurídico de los particulares que desempeñan irregularmente un cargo de carrera, y se espera cumplir este objetivo mediante el análisis de la naturaleza jurídica de la función pública y la determinación de los requisitos para desempeñar la carrera funcional. El diseño de la investigación es documental de tipo monográfico a nivel descriptivo. La técnica e instrumento de recolección de datos para recopilar la información requerida fue a través del análisis y la observación.

Descriptores: Función Pública, Funcionario Público, Cargo de Carrera.

## Índice General

<b>Carta de Aprobación del Asesor</b>	Pág ii
<b>Resumen</b>	iii
<b>Introducción</b>	01
<b>Capítulo I: Naturaleza Jurídica de la Función Pública</b>	05
Función Pública	05
Definición de funcionario público	07
Régimen Jurídico de la función pública	10
Tipos de funcionarios públicos	12
Del contratado al servicio de la Administración Pública	12
<b>Capítulo II: De los Requisitos para Desempeñar la Carrera Funcionarial</b>	16
Definición de funcionario público con cargo de carrera	16
Requisitos de ingreso a los cargos de carrera	17
El funcionario de hecho	17
<b>Capítulo III: Tratamiento Jurídico de los Particulares que Desempeñan Irregularmente un Cargo de Carrera</b>	19
Condición o estatus frente a la Administración: La estabilidad en la permanencia del cargo	19
Retiro de la Administración Pública	20

Jurisdicción competente para dirimir los conflictos relacionados con la prestación del servicio	21
<b>Conclusiones</b>	24
<b>Referencias</b>	25

## **Introducción**

La consecución de los fines del Estado, ha requerido el empleo de un recurso humano, cuya actividad hace posible la materialización de las funciones que le son propias. Estos particulares han sido denominados funcionarios públicos, quienes en sentido amplio, ejercen una función pública al servicio de un ente público, indistintamente del título y de la condición que los faculta para el desempeño de la misma. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia, ha delimitado conceptualmente esta denominación, aplicándola específicamente al personal que se vincula a la Administración Pública mediante una relación de empleo público sometida a normas de Derecho Administrativo, distinguiéndola así de otras formas de prestación de servicios efectuadas por personas naturales a favor de la Administración, sujetas a normas de derecho privado.

Con la promulgación de la Constitución de 1999, en Venezuela, el término funcionario público recae concretamente en la persona al servicio de la Administración, sujeto a un régimen estatutario como lo es la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002), instrumento normativo que regula los aspectos propios de la relación funcional, tales como el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro, entre otros.

Ahora bien, el Estatuto de la Función Pública, en consonancia con la previsión constitucional, clasifica a los funcionarios públicos en funcionarios de carrera y en funcionarios de libre nombramiento y remoción, definiendo a los de carrera como aquellos que habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba, y haber sido objeto de un nombramiento, prestan sus servicios de manera remunerada con carácter permanente, siendo los funcionarios de libre nombramiento y remoción, aquellos que cumpliendo con las disposiciones generales para ejercer los cargos regulados por el estatuto funcional, son designados discrecionalmente por la

autoridad administrativa competente para efectuar el nombramiento, y pueden ser removidos libremente de su cargo, sin más limitaciones que las establecidas por la propia Ley.

Como ya se indicó, para que un particular pueda ser considerado como un funcionario de carrera, deberá cumplir con los requisitos mencionados, los cuales deberán concurrir conjuntamente para adquirir esta condición, y, consecuencia, pueda arrogarse los derechos inherentes a la misma, sobre todo en lo atinente al derecho a la estabilidad absoluta, en virtud de la cual, este tipo de funcionario no podrá ser separado de su cargo y retirado de la Administración, sino por las causales expresamente señaladas en el estatuto funcionarial.

Sin embargo, pese a la constitucionalización del concurso público, como requisito ineludible a la carrera funcionarial, la Administración, incurriendo en prácticas viciadas de antigua data, ha permitido, bien por un nombramiento unilateral con prescindencia del concurso público o por vía de contrato, el ingreso de particulares para desempeñar cargo de carrera, no obstante, que tales nombramientos son reputados absolutamente nulos por previsión expresa del estatuto funcionarial, además de establecer que de ninguna manera el contrato puede constituirse como un medio para ingresar a la función pública.

La violación de las disposiciones constitucionales y legales relativas al concurso público y al personal contratado al servicio de la Administración, replantea una problemática que se pretendió corregir, como lo es la del funcionario de hecho, definido por Lares (2001) como “aquel individuo que, en ciertas condiciones de hecho, ejerce funciones públicas como si fuera un verdaderos funcionario, como consecuencia de una investidura irregular, pero admisible” (p 399).

La situación de estos particulares que desempeñan irregularmente un cargo de carrera o funcionarios de hecho, origina el objeto del presente trabajo, el cual tiene como propósito analizar el tratamiento jurídico que se les ha dado en cuanto a su condición frente a la Administración. En este sentido se desarrollaran los aspectos concernientes a la función pública, se definirá lo que es un funcionario público, se especificarán los requisitos para desempeñar cargos de carrera, así como el régimen jurídico aplicable a la relación funcionarial. De igual manera, se analizará la situación jurídica de los contratados al servicio de la Administración Pública, para luego determinar desde el punto de vista jurídico, el verdadero estatus o condición de estos particulares respecto a la estabilidad en el ejercicio del cargo y a los derechos que pudieran corresponderles una vez terminada la relación de prestación de servicio.

La relevancia del tema objeto del presente trabajo radica en la utilidad tanto para las partes involucradas en la relación del empleo público, cuando la misma se encontrare afectada por prácticas nocivas que lesionan la legitimidad del ejercicio de la función pública, como para los operadores del derecho que representen indistintamente los intereses de la Administración o de los funcionarios cuyos nombramientos se hayan producido de manera irregular, dado la incertidumbre respecto al régimen jurídico aplicable a una relación sui generis.

Por cuanto la Administración está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas, debe superarse cualquier inconveniente que pueda impedir que la función pública se desarrolle en los términos de eficiencia y eficacia ordenados por el texto constitucional y las distintas leyes, a los fines de preservar los derechos de los administrados, quienes al final de cuentas constituyen el elemento subjetivo sobre el cual recaerá los efectos de la actuación administrativa, materializada a través de los actos que dicten los funcionarios públicos.

El trabajo aquí desarrollado desde el punto de vista metodológico, se considera relevante, por ser documental, descriptivo y bibliográfico, estructurándose de manera organizada y concatenada con las disposiciones que regulan el ejercicio de la función pública.

## **Capítulo I**

### **Naturaleza Jurídica de la Función Pública**

#### **Función Pública**

La consolidación del Estado de Derecho, producto de la Revolución Francesa (1789), trajo como consecuencia la instauración de los principios sobre los cuales se fundamentó este movimiento histórico, entre ellos el principio de separación de los poderes públicos y el de legalidad, los cuales permanecen vigentes en los ordenamientos jurídicos de los países donde impera un sistema democrático de gobierno.

El principio de separación de los poderes es congruente con la forma federal en que se concibe al Estado, y en este sentido, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), cuando regula al poder público “establece un doble sistema respecto de su separación: una distribución vertical del mismo en el territorio, y una división orgánica horizontal del mismo en cada nivel territorial” (Brewer, 2005, p.157). Así lo prevé el artículo 136 del texto fundamental cuando dispone que el poder público se divide en tres niveles territoriales: poder nacional, poder estatal y poder municipal, indicando a su vez la norma constitucional que el “Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral” (1999).

La división del poder público prevista en el texto fundamental, determina las distintas funciones que el Estado debe desempeñar con ocasión al cumplimiento de sus fines, distinguiéndose así la función legislativa que corresponde al poder legislativo, la cual consiste en crear el derecho; la función judicial, atribuida al poder judicial, garantizadora del ordenamiento jurídico y la función ejecutiva o “administrativa” ejercida por el poder ejecutivo, entendida por Peña (2004) como “la actividad jurídica desarrollada por las autoridades administrativas en ejercicio de

poderes o competencias administrativas, para el cuidado o tutela de intereses públicos específicos de la colectividad, predeterminados por la Ley” (p.67). Cabe destacar, que aún cuando cada una de estas funciones es propia de un poder público específico, el ejercicio de las mismas no es exclusivo ni excluyente del poder a quien originalmente se le haya asignado.

Ahora bien, la división vertical del poder público origina un conjunto de sujetos de derechos o personas jurídicas estatales (República, estados y municipios), y el Estado, como detentador de ese poder, está integrado por ese conjunto de personas jurídicas, sujetos de derecho o entes políticos territoriales, que a su vez comprenden un conjunto de órganos destinados a la satisfacción del interés general o colectivo. Ese conjunto de órganos, conforma lo que se conoce como Administración Pública.

Doctrinalmente, la Administración Pública, ha sido definida desde un punto de vista orgánico “como el conjunto de sujetos de derecho que personifican al Estado, su organización, y los medios para su funcionamiento” y, desde un punto de vista material como el “ejercicio de la función administrativa como una de las funciones del Estado y la realización de la actividad administrativa del Estado” (Brewer, 2005, p. 180).

Desde la perspectiva orgánica, la Administración se constituye entonces en el medio a través del cual el Estado se organiza estructuralmente a los fines de cumplir con las actividad que le han sido encomendadas por la ley, requiriéndose para el funcionamiento de esta estructura interna, el empleo de personas físicas que materialicen la voluntad de la Administración a través de actos jurídicos dictados en el ejercicio de sus competencias administrativas.

A la relación que se entabla entre la Administración y los particulares a su servicio, se le denomina función pública, y si bien es cierto que el término admite

varias acepciones (también se denomina función pública a las actividades que encuentran satisfacción exclusivamente en cabeza del Estado), en el contexto de las relaciones jurídicas que surgen entre la Administración y los particulares, la expresión se utiliza para referirse a la relación que surge entre el Estado como empleador y la persona natural que presta sus servicios profesionales de forma subordinada.

Ahora bien, como la función pública es intrínseca a la organización interna de la Administración, la misma está orientada a la consecución de los fines que la propia Ley le ha encomendado a la Administración, por ende, si la finalidad de esta última es el servicio de los ciudadanos, la actividad que realicen los particulares en el ejercicio de esta función debe estar orientada a dicho servicio. Así lo establece el artículo 141 de la Constitución (1999):

La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

Como ya se indicó, la Administración requiere para su funcionamiento de un soporte físico, esto es, personas naturales que presten sus servicios en calidad de agentes, servidores o funcionarios públicos, términos utilizados para identificar, de forma general, a los particulares que con su trabajo asumen el ejercicio de la función pública, con el propósito de satisfacer las necesidades del colectivo.

### **Definición de funcionario público**

La noción generalizada de servidor o funcionario público, ha ido delimitándose, en virtud de las distintas formas en que puede originarse la prestación del servicio

efectuado por el particular a favor del Estado ya sea que ésta surja a partir de la celebración de un contrato individual de trabajo, de un acto administrativo de nombramiento, o bien de un contrato de naturaleza civil, los cuales estarán sujetos a distintos regímenes jurídicos, amén de que no toda prestación implica necesariamente el ejercicio de una función pública.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han diferenciado a los servidores públicos de los funcionarios. Los primeros son aquellas personas que de manera permanente, temporal o accidental, están al servicio del Estado siendo indiferente la naturaleza de sus actos, incluyendo esta definición a los obreros y contratados; los segundos, comprenden a quienes ejercen una función pública por cualquier título que sea y en cualquier condición.

Igual criterio sostiene el doctrinario español Royo (1964) cuando señala que “lo característico del funcionario público es que ocupe voluntariamente un puesto público en virtud de una adscripción legal hecha por nombramiento o elección”. (p. 12).

De lo anterior se deduce que no todo servidor público es un funcionario porque para ello se requiere que la persona necesariamente desempeñe una función pública, por lo tanto puede afirmarse que el funcionario es una especie de servidor público constituyendo este último el género.

Por su parte Rondón (1986) expone lo siguiente:

La nota definitoria de funcionario público es el que desempeña una función pública al servicio de un ente público. Pero esta es una definición genérica que abarca todas las especies posibles de funcionarios y así, tanto a los del orden legislativo, gubernativo, administrativo y judicial, inclusive a los particulares investidos eventualmente de funciones públicas, como conjuces, expertos, intérpretes, testigos, etc. (p.16, 17).

No obstante la definición anterior, conviene agregar que la doctrina ha ido precisando la noción de funcionario público, restringiéndola a la esfera de la Administración Pública con el objeto de distinguirlo de la generalidad de servidores públicos.

De acuerdo con las definiciones precedentes, se concluye que funcionario público es todo aquel que ejerce una función propia del Poder Público, sea legislativa, judicial o administrativa, conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico vigente.

La Sección Tercera del Capítulo I del Título IV de la Constitución (1999), relativa a la función pública, no señala expresamente lo que debe entenderse por funcionario público, no obstante opina Urosa (2006) que se restringe la noción de función pública al ámbito de la Administración y por ende al ejercicio de la función administrativa, prescindiendo así de la noción más amplia y literal de funcionario público (p. 13).

En efecto, el artículo 144 de la Constitución (1999) dispone:

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 y funcionarias públicos para ejercer sus cargos.

De igual manera, el artículo 146 constitucional prevé que “Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera”. No obstante a la delimitación constitucional, el artículo 3 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002) acoge la acepción amplia de funcionario público al señalar que será funcionario “toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente”. Sin embargo, cabe advertir que los demás artículos de dicha

Ley identifican al funcionario público con la función administrativa. Al respecto, el artículo 16 de la mencionada Ley indica que: “Toda persona podrá optar a un cargo en la Administración Pública, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes”.

Para finalizar respecto al concepto constitucional y legal de funcionario público, se debe expresar que atendiendo a las disposiciones normativas citadas, funcionario público será aquella persona vinculada a la Administración Pública por la prestación de sus servicios en el desempeño de la función administrativa, siendo necesario destacar que la incorporación del funcionario público a la esfera organizacional de la Administración será resultado del cumplimiento de una serie de requisitos exigidos por el texto fundamental y la ley estatutaria que en el caso del funcionario de libre nombramiento y remoción será la expedición del nombramiento respectivo por parte de la autoridad competente y, respecto al funcionario de carrera su ingreso estará condicionado a la obligatoria observancia del concurso público, la superación del período de prueba y el correspondiente nombramiento, todo ello de acuerdo a lo preceptuado en artículo 146 constitucional y el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002).

### **Régimen Jurídico de la función pública**

Vista la Administración como complejo orgánico que conforman la estructura del Estado o como actividad que el mismo realiza en el ejercicio de la función administrativa para la satisfacción del interés general, la misma se encuentra regulada por normas de derecho público, específicamente por el derecho administrativo.

Según Brewer (2005), “el derecho administrativo es la rama del derecho público que regula la organización, funcionamiento y actividades de la Administración

Pública como complejo orgánico del Estado, el ejercicio de la función administrativa, y las relaciones del Estado con los ciudadanos” (p. 19).

La anterior definición, enuncia los diferentes elementos configurativos de la Administración Pública, como objeto del derecho administrativo, iendo entonces el derecho administrativo “el derecho de la Administración Pública” (Brewer, 2005, p. 180), se infiere que la relación de empleo público que la vincula con los particulares a su servicio, también es objeto de este régimen jurídico, y como lo expresa Rojas (2011) “en esa relación prela – como en todo el Derecho Administrativo – el interés general, con lo cual, la Administración fija unilateralmente las reglas que articulan como estatuto” (p.15), señalando además el citado autor “para que la Administración cumpla su función vicarial, para que sirva objetivamente al interés general, entonces, los funcionarios públicos deben obrar bajo un régimen estatutario y por ello, abstracto y objetivo” (Rojas, 2011, p. 15).

Respecto a la naturaleza jurídica de la relación funcionarial, existe consenso en doctrina nacional y extranjera con relación al carácter estatutario que reviste la misma. Así lo afirman García y Martínez (1968), cuando indican que:

Predominantemente en orden de la naturaleza jurídica de las relaciones de empleo, la consideración de que nace de un estado de derecho público y unilateral y que, por ende, el funcionario no puede pretender sino el reconocimiento de la situación estatutaria con arreglo a la ley vigente en cada caso, donde la autoridad administrativa pueda producir cuantas modificaciones juzgue necesarias, dentro de los límites constitucionales, a las conveniencias del desarrollo de la función.

En Venezuela, tanto la Constitución como la Ley del Estatuto acogen la teoría de la situación o vinculación estatutaria, según lo dispuesto en el ya citado artículo 144

del texto fundamental y de conformidad con el artículo 1 del estatuto funcional que señala “La presente Ley regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales”.

De lo antes expuesto, resulta forzoso inferir, que la naturaleza de la relación de servicio existente entre el funcionario público y la Administración es estrictamente estatutaria, de carácter objetivo y general, por estar sujeta a condiciones previamente determinadas por la Ley.

### **Tipos de funcionarios públicos**

A la luz de la disposición constitucional contenida en el artículo 146 (1999), y a lo preceptuado en el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002), los funcionarios al servicio de la Administración Pública, se clasifican en funcionarios de carrera y funcionario de libre nombramiento y remoción. Estos últimos, son denominados así debido a que pueden ser nombrados y removidos libremente de sus cargos sin más limitaciones que las contempladas en la Ley.

La importancia de esta clasificación reside en la estabilidad que posee el funcionario público en el ejercicio del cargo, siendo los funcionarios que desempeñan los cargos calificados como de carrera, los que gozan del derecho de estabilidad absoluta, en virtud de la cual no podrán ser retirados de sus cargos, sino por las causales expresamente señaladas en la Ley.

### **Del contratado al servicio de la Administración Pública**

Bajo la vigencia de la extinta Ley de Carrera Administrativa, la situación jurídica del contratado era objeto de diferentes criterios, ya que por una parte, se

sostenía que a los contratados “les era aplicable íntegramente el régimen funcional, por cuanto excluidos como lo estaban de la legislación laboral, quedaban sujetos al régimen estatutario” (Hidalgard, 2005, p.29), y por otra, se afirmaba que se encontraban excluidos de la Ley de Carrera Administrativa.

La jurisprudencia administrativa de aquel entonces, desarrolló lo que se conoció como la tesis de la “relación funcional encubierta”, cuyo origen se atribuye a la sentencia del Tribunal de la Carrera Administrativa dictada en fecha 29 de septiembre de 1975. Dicha tesis, fue adoptada reiteradamente por la Corte primera de lo Contencioso Administrativo, y esbozó los supuestos que debían considerarse para que un particular pudiera ser asimilado como un funcionario de carrera, y en consecuencia, pudiera arrogarse los derechos inherente a esta condición. Hidalgard (2005), menciona estos supuestos:

- Debe tratarse de un contrato suscrito por el funcionario y la Administración.
- El juez debe examinar la naturaleza de las tareas asignadas al funcionario, tanto mediante el contrato como las que efectivamente realiza y que no se encuentran enunciados en texto alguno,
- El examen debe revelar que las funciones ejercidas por los contratados son las mismas que aparecen en el Manual Descriptivo de Clases de Cargo, relativas a esa tarea específica que le ha sido asignada.
- Las condiciones de trabajo (por ejemplo el horario, el cual puede ser por la totalidad del tiempo previsto en el Manual o, por un porcentaje de dicho tiempo, esto es la mitad o un cuarto del exigido para el cargo de carrera) deben ser idénticas a los de los funcionarios de carrera-
- La remuneración debe ser la misma o cercana a la correspondiente al cargo descrito en el Manual.

- Las condiciones y el tratamiento general del funcionario (vacaciones, permisos, bonificación de fin de año, situaciones administrativas en general, régimen disciplinario) deben ser análogas a las que se asignan al funcionario contratado. (p. 31)

La referida tesis fue objeto de una serie de cuestionamientos, siendo la principal crítica que la misma contravenía las disposiciones normativas contenidas en la Ley de Carrera Administrativa por obviar los esenciales establecidos por la propia mencionada Ley, para el ingreso a la Administración Pública. Sin embargo, para Rondón (2005), dicha tesis constituía un acto de justicia para los contratados por la Administración que continuaban “año tras año, en tal situación haciendo una labor análoga a los funcionarios de carrera, pero sin estabilidad alguna y sin la percepción de ningún beneficio en el momento del cese de la relación de trabajo” (p. 32).

Con la constitucionalización del concurso público, la prestación servicio por parte del personal contratado, reviste carácter excepcional. En este orden de ideas, el título IV de la Ley del Estatuto de la Función Pública, contempla en sus artículos 37 al 39, lo relativo a la situación jurídica del contratado, indicando en dicho articulado que la Administración únicamente podrá proceder por vía de contrato, cuando requiera un recurso humano altamente calificado, condicionando la relación contractual a un tiempo determinado, a la realización de tareas específicas, supeditándola a la legislación laboral y a lo previsto en el propio contrato y negando expresamente la posibilidad de ingresar a la Administración por esta vía, y de utilizar este mecanismo para la ejecución de las funciones propias de los cargos de carrera.

Las consecuencias jurídicas que se desprenden de las mencionadas normas, es que el contratado no puede adquirir la condición de funcionario de carrera, aún cuando su contrato sea objeto de sucesivas prórrogas, y por ende, no tiene el derecho de

estabilidad absoluta inherente a estos cargos. Así lo declaró la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2011, 27 de septiembre) en sentencia de la siguiente manera:

De lo transcrito se evidencia la relación contractual que mantenía al ciudadano Cosme De Santiago de Montilla, con la Dirección General del Estado Miranda, órgano desconcentrado del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, por lo que es preciso indicar que se incluyó en la Ley del Estatuto de la Función Pública, un Título completo relativo al régimen aplicable al personal que ingresa a la Administración Pública bajo la modalidad del contrato (...)

Se infiere entonces que por mandato legal, la estabilidad es un derecho exclusivo e inherente a los funcionarios públicos de carrera y no de otra categoría de funcionarios, y mucho menos del personal (sea profesional o no) contratado por la Administración Pública. (p.179)

Como se expresó anteriormente, la prestación de servicio a la Administración Pública por parte del personal contratado tiene carácter excepcional, limitado a un tiempo y condiciones específicos, por lo que mal podría Administración ingresar personal bajo esta modalidad para ejercer cargos de carrera.

## **Capítulo II**

### **De los Requisitos para Desempeñar la Carrera Funcionarial**

#### **Definición de funcionario público con cargo de carrera**

El artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en consonancia con el artículo 146 del texto fundamental (1999), define al funcionario público de carrera como aquel que habiendo ganado el concurso público y superado el período de prueba, presta un servicio en forma remunerada y permanente a la Administración, en virtud de un nombramiento expedido por ella,

#### **Requisitos de ingreso a los cargos de carrera**

De la definición anterior, se colige que el ingreso a la carrera funcionarial, sólo es viable mediante la realización del concurso público, constituyendo el mismo un requisito de rango constitucional, cuya prescindencia origina la nulidad de cualquier nombramiento que se haya efectuado para la provisión de un cargo de carrera. Cabe señalar, que la Administración tiene la obligación de sujetar su actuación a la ley y al derecho (artículo 141 constitucional), por lo que cualquier acto que obvie el procedimiento de concurso público, estará afectado del vicio de nulidad absoluta previsto en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual reputa como absolutamente nulos los actos administrativos que se dicten con prescindencia del procedimiento legalmente establecido.

Junto al concurso público, concurren los requisitos del periodo de prueba y de la expedición del nombramiento por parte de la Administración, el cual se obtiene, una vez superado dicho periodo. El cumplimiento de estos, requisitos, por parte de la

Administración, perfecciona la acreditación de un particular como funcionario de carrera.

### **El funcionario de hecho**

Como bien se expresó, el funcionario público es todo aquel que ejerce, conforme al ordenamiento jurídico vigente, una función propia del Poder Público, sea legislativa, judicial o administrativa. Cuando el ejercicio de estas funciones se ve afectado por cualquier circunstancia que contraviene las disposiciones legales inherentes a la persona del funcionario público, se puede decir que se está en presencia de un ejercicio irregular de la función pública. Tal irregularidad originó lo que doctrinalmente se ha denominado funcionario de hecho.

Con referencia a lo anterior, Vallina (1959) define al funcionario de hecho como “aquel que ejerciendo las funciones públicas propias de un oficio o cargo público, le falta algún requisito fundamental para hacer de él un funcionario de derecho” (p.115), entendido este último como quien ha cumplido con todo los requisitos establecidos por la ley para el desempeño regular de la actividad pública. En cambio el funcionario hecho, según lo manifiesta Lares (2001) es aquel “que ejerce funciones públicas como si fuera verdadero funcionario, como consecuencia de una investidura irregular, pero admisible” (p.399).

En relación específicamente a la noción de funcionario público vinculado a la Administración, se ha denominado “funcionario de hecho” a la persona que ejerce irregularmente la función administrativa en virtud de que su ingreso a la Administración se produjo en forma irregular por la omisión de los requisitos constitucionales y legales. Dicho funcionario presta a la Administración un efectivo servicio, sin embargo, su situación administrativa no es regular por la existencia de elementos que enervan su investidura, presentes al momento de su ingreso en el

ámbito administrativo, el cual no se realizó conforme al estricto cumplimiento del régimen legal existente.

De las anteriores consideraciones se colige que el funcionario de hecho es quien desempeña cualquier función pública de manera irregular, debido a elementos circunstanciales relativos a su ingreso, que afectan la legitimidad de la actividad pública.

**Capítulo III**  
**Tratamiento Jurídico de los Particulares que Desempeñan**  
**Irregularmente un Cargo de Carrera**

**Condición o estatus frente a la Administración: La estabilidad en la permanencia del cargo**

El establecimiento del concurso público como un requisito constitucional para el ingreso a la Administración Pública, en virtud del cual el particular adquiere la condición de funcionario de carrera y la estabilidad absoluta en el desempeño de su cargo, no pudiendo ser retirado o separado de sus funciones sino por las causas legalmente previstas, trae como consecuencia que la omisión de dicho requisito, impide al particular que presta sus servicios a la Administración -bien porque ha sido objeto de un nombramiento unilateral o por haber suscrito un contrato con sucesivas prorrogas- adquirir la condición de funcionario de carrera, y por ende, no puede disfrutar del aludido derecho a la estabilidad, tal como lo declaró la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo (2003, 27 de marzo) en sentencia de la siguiente manera:

Siendo que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé el ingreso a la Administración Pública mediante la realización del concurso público, pormenorizadamente desarrollado en la Ley del Estatuto de la Función Pública, no pueden los órganos administrativos ni jurisdiccionales otorgar, a aquellos funcionarios que sean designados o presten sus servicios de manera irregular, bien como funcionario de hecho o contratados, la cualidad o el “status” de funcionarios de carrera, tal como ha venido sosteniendo a lo largo de estos años la doctrina y la jurisprudencia venezolana (...). No obstante, quiere esta Corte aclarar, que todos aquellos funcionarios que hayan ingresado a la Administración mediante nombramiento, sin efectuar el concurso a que hace alusión la Constitución y la Ley, o que estén

prestando servicios en calidad de contratados en cargos de carrera, tendrán derecho a percibir los beneficios económicos de su efectiva prestación de servicios, en las mismas condiciones que los funcionarios que hayan sido designados mediante concurso público, es decir, la remuneración correspondiente al cargo desempeñado, así como las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, pero en lo que atañe a su estabilidad y a los derechos derivados de ésta, no pueden asimilarse a un funcionario de derecho, en directa aplicación de lo preceptuado en las normas constitucionales y legales antes indicada.

La sentencia en comento, ratificó el concurso público como requisito esencial para que el particular pueda obtener la cualidad de funcionario de carrera, desconociendo tal condición a los particulares ingresados irregularmente a la Administración, y en lo concerniente a la estabilidad, precisa que los derechos que de ésta se derivan no le son aplicables, en consecuencia, y como corolario de lo anterior, las personas que se encuentren en esta circunstancia, podrán ser retirados de la Administración cuando ésta lo considere necesario, correspondiéndole únicamente los beneficios económicos y las remuneraciones derivadas de la prestación de servicios.

### **Retiro de la Administración Pública**

Respecto a los particulares que han ingresado irregularmente a la Administración, mediante un acto unilateral de nombramiento, ya se indicó, que los mismos pueden ser retirados en el momento en que ésta lo estime conveniente, por no estar amparados por la estabilidad absoluta inherentes a los cargos de carrera, sin menoscabo de las remuneraciones salariales y demás beneficios laborales que pudieran corresponderle con ocasión a la prestación de servicios.

En cuanto a los contratados, la situación es diferente, debido a que si bien es cierto que tampoco se encuentran revestidos del manto de estabilidad, no se puede obviar que de conformidad con la legislación laboral vigente. los contratos a tiempo determinado cuando se prorrogan sucesivamente se convierten en contratos de trabajo a tiempo indeterminado. En este sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 560 de fecha 18 de abril de 2013, indico:

(...) tal como lo consideró la mencionada Corte, de autos se desprende que no era de empleo público (funcionarial) el analizado vínculo, toda vez que nació, se desarrolló y culminó bajo normas consensuales bilaterales de un contrato de trabajo, quedando por lo tanto excluido del régimen estatutario aplicable a los funcionarios consagrados en la Ley del Estatuto de la Función Pública (...) le resultan en consecuencia aplicables las disposiciones consagradas en la Ley Orgánica del Trabajo (...) Que el actor comenzó a prestar sus servicios en fecha 15 de marzo de 1999, mediante contratos celebrados con la Dirección de Educación de la Gobernación del estado Portuguesa, renovados en cinco (5) ocasiones (...) y que si bien al inicio de la relación (...) posteriormente se convirtió en indeterminado.

Del fallo parcialmente transcrito, Finamore (2012) afirma lo siguiente:

La sentencia en comento no solo admite la existencia de trabajadores a tiempo indeterminado en la Administración Pública, incluso para el desempeño de funciones que han debido estar atribuidas a cargos de carrera; además define de la forma siguiente la situación de quienes i) gozan de los derechos de estabilidad relativa e inamovilidad; ii) la Administración puede proceder a su egreso, previa calificación del despido ante la Inspectoría del Trabajo; y iii) cuando la Administración lleve a cabo este egreso en omisión de este procedimiento, el trabajador debe plantear su demanda ante la Inspectoría del Trabajo. (p. 80).

De lo anterior se infiere que los particulares que ingresan irregularmente a la Administración mediante contrato, cuando dicho contrato es prorrogado sucesivamente a tal punto de cambiar su condición de determinado a indeterminado, se encuentran amparados de una estabilidad relativa, por lo que su retiro de la Administración, procederá en los términos consagrados en la Ley de Trabajo.

### **Jurisdicción competente para dirimir los conflictos relacionados con la prestación del servicio**

En principio, la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para dirimir los conflictos que se susciten con ocasión a la relación jurídica que surge entre los particulares y la Administración Pública. Así lo prevé el artículo 259 constitucional (1999):

La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia en los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de los daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración, conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Si bien es cierto que la relación de prestación de servicio de los particulares que ingresan irregularmente a la Administración, no reviste carácter funcional, no menos cierto es que dicha relación, cuando se ve afectada por la actuación de la Administración, será objeto del conocimiento por parte de los tribunales de lo contencioso administrativo, sobre todo las controversias que se deriven de la

prestación de servicios de los particulares nombrados unilateralmente para ejercer funciones propias de los cargos de carrera, ya que estos, a diferencia de los contratados, no están sujetos al régimen laboral. En relación a este punto, señala Finamore (2012) que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia ha determinado que:

Toda cuestión relativa a las controversias que se deriven de las relaciones de dependencia asentadas sobre contrato entre una persona natural y la Administración Pública, en cualquiera de sus manifestaciones, debe quedar excluida del ámbito de las competencias de los órganos de la jurisdicción contencioso funcional (p. 74).

Sin embargo, tal como señala Finamores (2012), el contrato de trabajo suscrito entre un particular y la Administración, por sí solo, no constituye un elemento suficiente para someterlo al conocimiento de los tribunales con competencia en materia laboral, y ejemplo de esto es que la relación de prestación de servicio pudo iniciarse a través de un contrato de trabajo, pero puede terminar mediante un acto administrativo, cuya legalidad está sujeta al control de la jurisdicción contencioso administrativo.

Se comparte el criterio de la mencionada autora, quien señala que “la determinación de la competencia debe estar supeditada a los términos en que fue planteada la pretensión” (Finamore, 2012, pg. 74)

## Conclusiones

Una vez desarrollados los aspectos relacionados al ingreso irregular de los particulares a la Administración Pública, se concluye lo siguiente:

- El concurso público es el único medio de ingreso a la carrera administrativa, el mismo reviste carácter constitucional; su omisión por parte de la Administración Pública, vicia de nulidad absoluta cualquier nombramiento para proveer carrera.
- El contrato de trabajo no constituye una vía de ingreso a la Administración Pública.
- Los particulares que prestan sus servicios a la Administración Pública, como consecuencia de un nombramiento unilateral con prescindencia del concurso público o bajo la modalidad de un contrato de trabajo a tiempo indeterminado, no adquieren el estatus de funcionario de carrera, independientemente del tiempo de servicio; no están amparados por la estabilidad absoluta y pueden ser retirados de la Administración cuando lo estime conveniente o por las causas señaladas en la legislación laboral, si es un contratado. Se les reconoce solo el derecho de percibir sus prestaciones sociales al finalizar la prestación de servicios.
- Las controversias que se susciten con ocasión a la relación de prestación de servicio, se dirimirán ante la jurisdicción contencioso administrativa o la jurisdicción laboral, según sea el caso.

## Referencias

- Araujoy Juárez. (2007). *Derecho Administrativo*. Caracas: Paredes.
- Arias, F. (2004). *El proyecto de Investigación. Introducción a la Metodología Científica*. (4ta ed). Caracas: Episteme.
- Balestrini, Mirían (1998). *Estudios Documentales, Teóricos, Análisis de Discurso y las Historias de Vida, Una Propuesta Metodológica para la Elaboración de sus Proyectos*. Caracas: BL Consultores Asociados.
- Bracho y Briceño. (2006). Colección de Textos Legislativos N° 27. *Ley del Estatuto de la Función Pública*.  
Caracas: Jurídica Venezolana.
- Caballero, J. (2006). *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público – con especial referencia a la Ley del Estatuto de la Función Pública*. Caracas: Ediciones Paredes.
- Carrillo, C. (2006). *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela*, Tomo I. Caracas: Funeda.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1.999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, N° 5.453 (Extraordinario), marzo, 24, 2000.
- Corte I de los Contencioso Administrativo (2003, 27 de marzo). Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Caso: Querrela contra el Decreto N° 002 – 98, y la Resolución N° 022- 98 de fecha 01 y 25 de Enero y contra el Oficio N°. 0101-98 de fecha 27 de Febrero de 1998, dictado por la Alcaldía del Municipio Torres del Estado Lara. Expediente N° 00-24027. Recuperado de: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/mayo/972-090506-03-2401.htm>
- Fernández, A. (2006). Derecho de la Función Pública. *La Experiencia Venezolana*. Caracas- Valencia: Vadel Hermanos Editores.

Fernández, A. (2007). *Comentarios a la Ley del Estatuto de la Función Pública*. (2da ed). Caracas- Valencia: Vadel Hermanos Editores.

Finamore, M. (2012). *El Ingreso por Concurso Público a la Carrera Administrativa*. Caracas: Funeda

Kiriakidis, J. (2006). *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela*. Tomo I y II. Caracas: Funeda.

Lares, E. (2001). *Manual de Derecho Administrativo*. (12º e.d.). Caracas: Exlibris.

Ley de Carrera Administrativa (1970). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* 1.428 Extraordinario, septiembre, 04,1970).

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

Peña, J. (2004). *Manual de Derecho Administrativo*. Vol. I. Caracas: Funeda.

Ramos, M. (2009). Criterios Jurisprudenciales en Materia Funcionarial. *Extractos de Sentencias del Tribunal Supremo de Justicia. Cortes de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Superiores*. Caracas: Edigraph, C.A.

Rondón, H. (1986). *Régimen Jurídico de la Carrera Administrativa*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.

Rondon, H. (2005). *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela*. (3ra ed). Tomo II. Caracas: Funeda.

Royo, V. (1964). *Revista de Administración Pública N° 44*. Libro en línea. Recuperado de:  
[http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1964\\_044\\_103.PD](http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/1/1964_044_103.PD)

Tamayo, M. (1990) *El Proceso de la Investigación Científica*. Fundamentos de investigación con Manual de Evaluación de Proyectos), México, Editorial Limusa, Tercera Reimpresión.

Universidad Católica Andrés Bello. (2010). Manual para la Elaboración del Trabajo Especial de Grado y el Trabajo Especial de Grado. Caracas: Autor.

Urosa, D. (2006). *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo. Tomo I. Caracas Venezuela.

Vallina, J. (1959). *Sobre el Concepto de Funcionario de Hecho*. Libro en línea.