

Fundación Estudios de Derecho Administrativo
FUNEDA

**REVISTA DE DERECHO
FUNCIONARIAL
Número 11
Enero-abril 2014**

Caracas, 2014

© **REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL.**
NÚMERO 11. ENERO-ABRIL 2014

Fundación Estudios de Derecho Administrativo. **FUNEDA**

Impreso en Venezuela

DEPÓSITO LEGAL: l.f. xxxxxxxx

ISBN: 978-xxxxxxx

DISEÑO GRÁFICO: *Lic. Fredy N. Calle. (0416) 376 83 99*

DISEÑO DE PORTADA:

IMPRESO EN: *Lito-Formas - septiembre de 2014*

*Calle 13 Esq. Carrera 15 - Barrio Obrero - Telfs: (0276) 3438334 - 3429314
San Cristóbal - Táchira - Venezuela*

CANTIDAD: *1.000 ejemplares - Impresos en papel Bond base 20*

REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

Director

Manuel Rojas Pérez

Secretaria Ejecutiva

Krysthal M. Rodríguez C.

Comité de Redacción

Belen Ramírez Landaeta

Andrés Troconis Torres

Alejandro E. Carrasco C.

Edwin Romero

Javier A. Camacho B.

José Ignacio Hernández G.

José Gregorio Silva Bocaney

Laura Louza Scognamiglio

Consejo Consultivo

Allan R. Brewer-Carías

Gustavo Urdaneta Troconis

Antonio De Pedro Fernández

Jesús Caballero Ortíz

Hildegard Rondón de Sansó

Daniela Urosa Maggi

Armida Quintana Matos

Armando Rodríguez

NORMAS DE LA REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

- 1.- La Revista de Derecho Funcionario es una edición arbitrada de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo, de circulación cuatrimestral, que tiene como finalidad la publicación de estudios, compilaciones e información relevante en materia de Derecho Funcionario, entendiéndose como tal, aquella rama del derecho público que estudia científicamente la relación entre la Administración Pública y los servidores públicos que prestan servicios profesionales para ella. Como tal, los trabajos que en la Revista de Derecho Funcionario se publiquen versarán sobre ese tema, o sobre aquellos que tengan relación.
- 2.- La Revista contará con un director y un subdirector. Asimismo contará con un Comité de Redacción y un Comité Asesor. El director coordinará la edición y publicación de la revista. El subdirector apoyará al director en dicha coordinación. El Comité de Redacción fungirá como órgano arbitral, y decidirá qué trabajos serán publicados, luego de revisar los mismos, basándose para ello en criterios académicos. El director y el subdirector formarán parte del Comité de Redacción y del proceso de arbitraje de los trabajos a publicar. El comité asesor hará las recomendaciones que el Comité de Redacción o el Director soliciten.
- 3.- Los trabajos a publicarse en la Revista de Derecho Funcionario deberán cumplir con los siguientes requisitos: letra times new roman, letra 12, interlineado 1.5, citas a pies de página. El autor podrá colocar una pequeña síntesis curricular a pie de página luego de su nombre.
- 4.- Los interesados en colaborar con sus estudios para la Revista de Derecho Funcionario podrán mandar sus trabajos vía electrónica, con las consideraciones señaladas, al correo: lauralouza@funeda.com.

- 5.- La Revista se reserva el derecho de publicar los artículos que sean considerados para tal fin por el Comité de Redacción, sin que exista obligación de responder sobre la negativa a publicarlo.

ÍNDICE

	Pág.
- NORMAS DE LA REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL	7
ESTUDIOS	11
- LOS REGÍMENES DE JUBILACIONES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	
<i>Rosibel Grisanti de Montero</i>	13
1. Consideraciones previas.....	
2. Breve referencia histórica.....	
3. Diversos regímenes de jubilaciones.....	
4. Régimen general.....	
5. Los regímenes especiales de jubilaciones.....	
6. De la imposibilidad de realizar una mixtura de regímenes de jubilaciones.....	33
7. Conclusión.....	
	67
- EL CARÁCTER JURÍDICO LABORAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE TIPO LABORAL EN FAVOR DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS	69
<i>Ramón Alfredo Aguilar C.</i>	
Introducción.....	
I. El Trabajo como hecho social.....	
1. Los Funcionarios son trabajadores.....	
2. El contenido material del Derecho Funcionarial.....	
II. La relación Estatutaria.....	
1. El contenido y alcance de la relación “Estatutaria”...	
2. La situación actual de la relación Estatutaria.....	

3. Regulación de la relación de empleo público por el Derecho Administrativo.....
- III. Los derechos laborales de rango Constitucional en favor de los Funcionarios Públicos.....
 1. Prestaciones Sociales. Indexación.....
 2. Caducidad de las pretensiones de cobro de Prestaciones Sociales y otras de contenido patrimonial.....
 3. Jornada laboral. Pago de Horas extraordinarias.....
 4. Inamovilidad Laboral.....
 5. Tratamiento Procesal de las controversias.....
- Conclusiones.....

JURISPRUDENCIA.....

- COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA. Enero - abril 2014.....

Manuel Rojas Pérez

- I.- La función pública.....**
 - 1.- Lo que define cuando se está en función pública....
- II.- Funcionarios públicos.....**
 - 1.- El retiro y la remoción.....
- III.- Derechos de los funcionarios públicos.....**
 - 1.- Derecho a la prestación de antigüedad.....
 - 2.- Derecho a la protección a la maternidad.....
 - 3.- Prestaciones sociales.....
 - 4.- Indexación de las prestaciones sociales.....
- IV.- El sistema de administración de personal.....**
 - 1.- Evaluación de desempeño.....
- V.- Las situaciones activas de los funcionarios públicos...**
 - 1.- El traslado.....
- VI.- Las situaciones pasivas de los funcionarios públicos**
 - 1.- La jubilación.....
 - 2.- La jubilación especial.....

VII.- Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos.....

1.- Las causales de destitución.....

A.- Falta de probidad.....

VIII.- El contencioso administrativo funcional.....

1.- Pruebas en el contencioso funcional.....

2.- La caducidad.....

3.- Medidas cautelares en el contencioso funcional.....

NORMATIVA.....

- **Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.....**

EL CARÁCTER JURÍDICO LABORAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE TIPO LABORAL EN FAVOR DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Ramón Alfredo Aguilar C.¹

SUMARIO: Introducción. I. El Trabajo como hecho social. 1. Los Funcionarios son Trabajadores. 2. El contenido material del Derecho Funcionario. II. La relación Estatutaria. 1. El contenido y alcance de la relación "Estatutaria". 2. La situación actual de la relación Estatutaria. 3. Regulación de la relación de empleo público por el Derecho Administrativo. IV. Los derechos laborales de rango Constitucional en favor de los Funcionarios Públicos. 1. Prestaciones Sociales. Indexación. 2. Caducidad de las pretensiones de cobro de Prestaciones Sociales y otras de contenido patrimonial. 3. Jornada laboral. Pago de Horas extraordinarias. 4. Inamovilidad laboral. 5. Tratamiento Procesal de las controversias. Conclusiones.

Introducción

La prestación de servicios personales a favor de la administración pública, en lo que se denomina "Función Pública", está sometida por mandato constitucional² a regulación a través de la figura de un "Estatuto", que debe normar lo relativo al "*ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública*"³. También por previsión Constitucional, los

1 Abogado UCV. Especialista en Derecho Procesal UCV. Especialista en Derecho del Trabajo UCAB (tesis). Doctorando en Ciencias Mención Derecho UCV. Profesor ordinario (categoría Agregado) Escuela de Derecho FCJP UCV. Secretario de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario (AVDD).

2 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV). Publicada en Gaceta Oficial No. 36.860 Extraordinario del 30 de Diciembre de 1.999; reimpressa en Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000; y con enmienda, publicada en Gaceta Oficial No. 5.098 del 19 de febrero de 2.009.

3 Artículo 144 C RBV

funcionarios públicos deben acceder a sus cargos a través de concursos públicos, con lo cual ingresan formalmente al régimen de “carrera”⁴, que implica un sistema de mayor estabilidad en el empleo, al tiempo que garantiza que el nombramiento, remoción o retiro de los funcionarios no se determine por la filiación y orientación política o de manera discrecional (arbitraria), en procura y respeto de los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia⁵, necesarios para el cabal ejercicio de los servicios y funciones públicas en pro de la colectividad y del Estado o Entes públicos que funjan como empleadores.

Con base en estas previsiones de la Carta Fundamental, de la normativa legal vigente (Ley del Estatuto de la Función Pública), y principalmente, de posiciones doctrinarias *ius publicistas* recogidas por la Jurisprudencia, se ha sostenido en nuestro país de manera reiterada la naturaleza “pública” de la prestación de empleo público, verificando el estudio de las distintas instituciones que surgen de tales relaciones bilaterales desde la óptica del derecho administrativo, y sometiendo los conflictos a la jurisdicción con competencia en lo contencioso administrativo. Tal tratamiento resultaría aceptable, si no implicara en muchas oportunidades desconocer los derechos que la misma Constitución consagra a favor de “todos” los trabajadores, es decir de toda persona que presta un servicio personal a favor de otro, por cuenta ajena, en relación de subordinación o dependencia, y por una remuneración (salario). Así, los principios y garantías constitucionales consagrados en relación al hecho social trabajo, que incluyen otros tantos que universalmente se han reconocido a todos los trabajadores a través de convenios internacionales, al parecer coliden con los privilegios y prerrogativas de los que están investidos los entes y órganos públicos empleadores, forzando la revisión y ponderación de los intereses, derechos y garantías en pugna. La situación surge aún más interesante si se observa con detenimiento que la

4 Artículo 146 CRBV

5 Artículo 143 CRBV.

Constitución vigente sólo limitó la regulación estatutaria a cinco (5) aspectos de la relación de empleo público, específicamente atinentes a la “carrera administrativa”, mientras que al consagrar los derechos laborales lo hizo de manera absoluta y sin limitaciones, siendo que expresamente dispuso su aplicación en aquellos aspectos o instituciones laborales que históricamente reflejaban dudas en cuanto a su extensión o aplicación al régimen de la función pública, como ocurre con el ejercicio de la libertad sindical (derecho a la sindicación, contratación colectiva y huelga), con lo que se trasladó o reconoció en la función pública, instituciones que conforman el corazón mismo del derecho del trabajo.

Más allá de la denominación que se adopte, “funcionario” o “trabajador”, la problemática se presenta al desconocer o negar a los empleados públicos, derechos y garantías que corresponden a “todo” prestador de servicios por cuenta ajena, lo que, en la mayoría de las ocasiones se sustenta en simplista invocación de la naturaleza “pública” de la relación funcional o en su carácter “estatutario”, profiriéndose trato discriminatorio a los funcionarios, tanto en las normas que rigen los respectivos procesos jurisdiccionales (ordinario laboral vs. funcional), como en relevantes aspectos sustantivos.

Nos proponemos la revisión de las previsiones constitucionales y legales que regulan el régimen de la función pública, la normativa internacional producida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la doctrina especializada nacional y de derecho comparado, así como la Jurisprudencia nacional, a los fines de sostener argumentativamente la naturaleza jurídica laboral de la Función Pública, respetando y reconociendo los aspectos de derecho administrativo que le son propios, que precisamente constituyen modalidades o condiciones singulares de este régimen de trabajo, que sin menoscabo de los demás derechos laborales, conforman el régimen estatutario dispuesto por la Constitución y regulan la carrera administrativa.

I. El Trabajo como hecho social

Partiendo del principio constitucional conforme al cual “*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*” el mismo texto Fundamental prevé la concepción del “trabajo como hecho social”, entiendo que a través del trabajo:

“...se hace posible, no tanto la vida del individuo que lo presta, como la vida social misma. Sin el trabajo no hay progreso, no hay posibilidad de desarrollar la técnica al servicio de la vida humana, no existe la división de tareas mediante la cual algunos hombres pueden dedicar su vida a luchar por el mejoramiento de la situación general de los asociados. Por él viven los trabajadores y sus familiares, que componen la inmensa mayoría de los seres humanos. De él depende, no sólo la subsistencia del trabajador sino la existencia de la familia, célula social por excelencia. Y si el trabajo es condición tan esencial de la vida colectiva, también en él influyen los otros factores sociales: es un fenómeno social sometido a las normas morales y jurídicas tanto como a los principios económicos y exige justa regulación para que el mundo encuentre fecundo equilibrio, indispensable para una convivencia armónica”⁶.

De allí que en coherencia con sus postulados, se incorporó en la misma Constitución un catálogo de derechos y garantías a favor de los trabajadores, garantizando por igual, la seguridad social⁷, las prestaciones sociales⁸, un salario suficiente e inembargable⁹, condiciones de higiene y seguridad en el trabajo¹⁰, el carácter progresivo e irrenunciable de los derechos laborales, principio de favor,

6 CALDERA, Rafael. *Derecho de Trabajo*. 2ª Edición. Librería El Ateneo. Argentina, 1960. p. 79.

7 La norma del artículo 86 Constitucional garantiza que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social” (Subrayado nuestro).

8 Artículo 92 Constitucional.

9 Artículo 91 Constitucional.

10 Artículo 87 Constitucional.

*indubio pro operario*¹¹, el derecho a la sindicación¹², a la contratación colectiva¹³ y a la huelga¹⁴, entre otros¹⁵. Si se verifica una revisión sistemática de nuestro ordenamiento podemos sostener que tal protección laboral forma parte de los principios que informan a todo el sistema, y por ende la interpretación de las reglas legales que desarrollen esos principios o que puedan de alguna manera limitarlos, deben siempre entenderse en necesaria coherencia y no contradicción con aquellos.

Partiendo de esos principios, la legislación del trabajo constituye uno de los principales instrumentos normativos para la regulación de la vida en sociedad, en tanto que el trabajo es el medio lícito por excelencia para la subsistencia del hombre, más aún, para su digna subsistencia. Por demás, al someter el hombre su libertad individual para prestar servicios remunerados a favor de otro (empleador), no cabe dudas que se convierte en sujeto de especial protección, fundamentalmente para garantizar que en el desarrollo de esa relación bilateral se satisfagan y aseguren valores inmanentes a su condición humana, como la vida, salud e integridad física, igualdad, libre desenvolvimiento de la personalidad, y en fin, todos los aspectos que conforman ese preciado y omnipresente bien superior que se conoce como “dignidad”¹⁶. Resulta así, innegable

11 Artículo 89 Constitucional.

12 Artículo 95 Constitucional y Convenio No. 87 de la OIT (Ley aprobatoria promulgada en fecha 1° de septiembre de 1982. Gaceta Oficial No. 3.011, Extraordinaria del 3 de septiembre de 1.982).

13 Artículo 96 Constitucional y Convenio 98 OIT (Ley aprobatoria del 6 de agosto de 1.969. Gaceta Oficial No. 28.709 del 22 de agosto de 1.969).

14 Artículo 97 Constitucional.

15 “la Constitución venezolana de 1999 (CR 1999) especifica los derechos sociales y de las familias (Título III, capítulo V), correspondiendo a los del trabajo, los enunciados entre los artículos 87 y 97, ambos inclusive. Los tres primeros consagran los principios generales de la disciplina; los cinco siguientes (del 90 al 94, ambos inclusive) regulan en derecho individual del trabajo; y los tres finales, el derecho colectivo.” **PARRA ARANGUREN, Fernando**. *La Estabilidad Laboral y su vigencia en una Economía Globalizada*. En “I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia Ley y Jurisprudencia Laborales su impacto en el desarrollo económico”. Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 2005.

16 Reconocida como valor intrínseco de todo ser humano, y por tal, instituida su protección como garantía general en el artículo 3° Constitucional. De este valor o cualidad propia del ser humano ha devenido –quizás tarde- el reconocimiento de la igualdad, la libertad y el respeto de los demás derechos que se consideran como innatos e inalienables.

la vinculación y conformación del derecho laboral, y su contenido esencial, con lo que conocemos como “derechos fundamentales”¹⁷, generalmente reconocidos o consagrados en los textos constitucionales¹⁸, y modernamente agrupados bajo la ya aceptada noción de “derechos sociales”¹⁹.

Sólo cabe agregar que estos principios incluidos expresamente en el texto constitucional, además se encuentran inscritos dentro de otro que también informa al sistema: la noción de Estado Social de Derecho²⁰, conforme al cual “*el Estado y las instituciones políticas y jurídicas que se fundan en su estructura, tienen por objetivo y razón de ser, a la persona y no a la inversa, dado que la Administración, no es un leviatán, ni una máquina arrasadora, como fin en sí misma, sino un medio de servicio, un instrumento para la realización del orden jurídico, del interés general y particular*”²¹. Lo que acarrea como consecuencia que tratése de la relación laboral que se trate, pública o privada, individual o colectiva, siempre será el ser humano, el sujeto de especial protección y consideración, especialmente si se contrapone a la figura de las grandes corporaciones, entre ellas el Estado en cualquiera de sus manifestaciones.

17 *Derecho internacional del trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho.* Organización Internacional del Trabajo. Centro Internacional de Formación. Turín, 2010. p. 57.

18 En tanto que derechos correspondientes a todo hombre por el sólo hecho de serlo, los derechos humanos modernamente han sido reconocidos y sistematizados en los textos constitucionales, adquiriendo también la característica de universalidad y de normas de máximo rango. Sin embargo, la falta de mención expresa en una Constitución o su consagración en textos normativos de menor jerarquía, en nada desdican de su nivel como normas supremas de cualquier ordenamiento. Por ello, se prevé su reconocimiento y protección incluso en caso de colisión con el propio texto constitucional, como lo dispone el artículo 23 de nuestra Constitución Nacional.

19 La Concepción moderna de Derechos Fundamentales o Derechos Humanos, no solo reconoce las garantías de los denominados derechos “de libertad”, sino que abarca una concepción más amplia que forza también el reconocimiento y garantía de los derechos sociales, “[d]e modo que la ampliación de los derechos humanos implica una nueva concepción del Estado, según la cual éste no puede ser concebido como Estado mínimo con obligaciones puramente de protección, sino que tienen que tener una función positiva: la de proveer las bases mínimas de una vida respetable”. “...el Estado no solo debe proteger sino también ayudar al ciudadano... La ayuda del Estado debe consistir no en la simple provisión económica, sino en la creación de oportunidades para que el individuo se pueda ayudar a sí mismo”. TUGENDHAT, E. *Justicia y Derechos Humanos*. Universitat de Barcelona Publicacions. pp. 23-24.

20 Artículo 2 Constitucional.

21 VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral*. Tomo 1. Novena edición. Bogotá, 2010. p. xiii.

1. Los Funcionarios son trabajadores

El artículo 35 Ley del Trabajo vigente (en lo sucesivo LOTT)²², dispone que “[s]e entiende por trabajador o trabajadora dependiente, toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o jurídica”. Agrega: “La prestación de su servicio debe ser remunerado”. Se trata de una definición connotativa que obra tanto lexicográfica como explicativa²³, en tanto se ajusta a la concepción común de lo que se entiende por trabajador, al tiempo que circunscribe la noción general de trabajador a la especie de “dependiente”, connotándolo a través de la exigencia de los atributos que se deben poseer para quedar comprendido en la noción: debe tratarse de una prestación de servicios personales, bajo la dependencia de otro, a cambio de una remuneración. A diferencia de la norma del artículo 39 de la derogada LOT²⁴, se incluye en esta definición la noción de “proceso social trabajo”, con lo cual se pretende una mayor aproximación a la mencionada concepción constitucional del trabajo como hecho social, tal y como se dispone en el artículo 89 de la carta fundamental²⁵.

Si nos proponemos denotar la integración subjetiva de la transcrita definición de “trabajadores dependientes”, no queda dudas de que las personas naturales que prestan servicios a favor de entes u órganos públicos poseen los atributos previstos por la norma, que no es más que la clásica fórmula de prestación de servicios personales (físicos, intelectuales, o ambos) a favor de otro que recibe aquellos servicios o se sirve de los mismos, a cambio de una contraprestación económica (salario) y en condiciones que implican

22 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores”. Publicado Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.076 Extraordinario, de fecha 7 de mayo de 2012.

23 Para el tema de las definiciones véase **COPI, Irving y COHEN, Carl. Introducción a la Lógica.** Segunda Edición. Limusa. México, 2011. p. 115 y ss.

24 Ley Orgánica del Trabajo. Publicada en Gaceta Oficial del República de Venezuela Extraordinaria No. 5.152, de fecha 19 de junio de 1997.

25 Artículo 89: “El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras.

subordinación, muchas veces representada bajo las formas de dependencia o ajenidad. De otra parte, si apreciamos que la Ley del Estatuto de la Función Pública (en lo sucesivo también citada como LEFP)²⁶ define a los funcionarios públicos como “*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*”²⁷, resulta fácil concluir que se trata de una relación de género y especie, pues los funcionarios, como se observa, también son personas naturales que prestan un servicio por una remuneración, distinguiéndose en términos de definición legal, por la exigencia de que tal relación depende de un “nombramiento”. El carácter de permanencia resulta más bien una consecuencia de la calificación, y no un atributo para connotarla. La calidad de trabajador sería el género y la de funcionario una de las especies, tal como podría distinguirse de otras tantas categorías o tipos de labores que por sus especiales características, reciben regulación especial o diferenciada, pero sin exclusión de la nota general que es la condición de “trabajadores”. Así ocurre por ejemplo, con los trabajadores domésticos; los de plantaciones; personal de enfermería; de hoteles y restaurantes; los trabajadores marítimos; los trabajadores a domicilio, etc.²⁸. Que han requerido algún tipo de regulación especial en atención a las características propias e inherentes a los servicios que se prestan, riesgos, modalidades y/o condiciones de la actividad²⁹.

En la actualidad forense venezolana constantemente se plantean controversias judiciales cuyo eje principal es la determinación o calificación jurídica de relaciones que implican prestación de servicios personales remuneradas, para determinar si se trata de verdaderas “relaciones laborales” y si el sujeto que presta el servicio personal y recibe la contraprestación puede legalmente calificársele

26 Publicado en Gaceta Oficial No. 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

27 Artículo 3° LEFP

28 Véase al efecto Convenios de la OIT Nos. 189 (2011), 110 (1958); 149 (1977); 172 (1991) y 177 (1996). www.ilo.org

29 Al respecto. **FERNÁNDEZ GIANOTTI, Enrique**, citado por **CABALLERO ORTIZ, Jesús**. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ediciones Paredes. Caracas, 2006. p. 25.

como “trabajador”, con las implicaciones y consecuencias jurídicas que ello conlleva. Para tal determinación se exige la presencia de los elementos típicos antes referidos (prestación servicios personales, subordinación y salario), y en caso de dudas, la ley y la jurisprudencia han creado mecanismos para la más precisa determinación: por una parte la legislación laboral dispone la “presunción de laboralidad”, conforme a la que, “[s]e presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba”³⁰, a partir de la cual, se traslada la carga de la prueba a quien afirme que la prestación de servicios personales obedece a la existencia una relación de otro tipo (profesional, de asociación civil, comercial, etc.); y paralelamente, a partir de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social, se ha predeterminado una serie de indicios a través de la aplicación del denominado “test de laboralidad” (test de Bronstein)³¹, que permite revisar un conjunto de circunstancias a los fines de establecer razonablemente la presencia de los definidores atributos o elementos de subordinación, dependencia y ajenidad.

No albergamos duda en cuanto a que, quienes prestan sus servicios a favor de las administración u otros entes público, recibiendo un salario, siguiendo órdenes e instrucciones, formando parte de las oficinas, instituciones o establecimiento públicos, incluidos lo que ocupan cargos de carrera (con concurso y nombramiento), encuadran perfectamente en la definición legal de “trabajador”, sin que sea necesario echar mano de la presunción de laboralidad referida, ni recurrir a la aplicación del mencionado test de laboralidad, pues incluso elementos otrora utilizados por la tesis estatutaria, como el de la “relación especial de sujeción”, o el aún sostenido, según el cual el Estado puede fijar unilateralmente todas las condiciones de la relación³², no hacen más que reafirmar el elemento

30 Artículo 53 LOTT.

31 Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No. 489 de fecha 13 de agosto de 2002. (www.tsj.gov.ve).

32 La doctrina administrativa concibe el Estatuto de la Función Pública como “el conjunto de relaciones jurídicas que se entran entre los funcionarios y la Administración, y en las cuales se preconfiguran los deberes y los derechos de aquellos”, insistiéndose en que “lo característico del estatuto es que éste conforma derechos y deberes para una de las partes – en nuestro caso, los

distintivo de la relación de trabajo: la subordinación. Elemento que por demás –junto a otros– justifican en buena parte el carácter tuitivo de la legislación laboral. Así, calificada doctrina administrativa admite que “*en el fondo, el funcionario es un trabajador por cuenta ajena, que desempeña su profesión u oficio en una organización pública*”³³.

Los servidores públicos son trabajadores, y consecuentemente son sujetos de derecho titulares de las garantías y protección que la Constitución y las normas internacionales les conceden, así como de los otros derechos que la legislación consagra en desarrollo del texto constitucional. Por demás, si recurrimos al argumento exegético, apuntalado en la interpretación psicológica y en la finalidad perseguida por el Constituyente, precisaremos que ninguna norma constitucional distingue entre las diversas categorías o tipos de trabajadores al consagrar tales derechos y principios, utilizando permanentemente el vocablo “*todos*” para definir los sujetos activos de la normativa³⁴. Así mismo, la Constitución es explícita al consagrar los derechos de libertad sindical (sindicación, negociación colectiva y huelga) tanto para los trabajadores del sector privado como para los del sector público, como se aprecia en las normas de los artículos 95, 96 y 97, como también es clara al hablar de escala de “*salarios*” en la administración pública³⁵, con lo cual abandonó la sostenida diferencia que partiendo de razones históricas pretendía distinguir entre “*sueldos*” (de los funcionarios) y “*salarios*” (de los trabajadores), disponiendo de manera expresa fundamentales derechos laborales y utilizando la terminología propia del Derecho Laboral. Es clara la intención y fines del constituyente en la regulación parita-

funcionarios- que son unilateralmente impuestos por la otra –la Administración-, de conformidad con el ordenamiento jurídico”- (UROSA MAGGI, Daniela. Régimen Estatutario del Funcionario Público en la Constitución de 1999. En: El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Fudena, Caracas, 2.005. P. 18). Con lo que queda claro que el funcionario, posiblemente más que cualquier otro prestador de servicios por cuenta ajena, está sometido a condiciones de subordinación y de sujeción frente a la administración empleadora, que de suyo, lo reafirman como trabajador y legitimado acreedor de las respectivas garantías constitucionales.

33 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. Sexta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2011.

34 Véase las normas de los artículos 87, 91 y 92 Constitucionales.

35 Artículo 147 Constitucional

ria, o más aún, reconocedora de la condición laboral de los “trabajadores públicos”. Por demás, si se acude al argumento *a coherentia*, debemos entender que resultaría sumamente contradictorio que el mismo ordenamiento jurídico conceda dos tratos absolutamente diferenciados a relaciones que poseen la misma entereza material³⁶.

Añadidamente, si acudimos a la ubicación *topográfica* de las normas que regulan las relaciones de empleo público, podemos apreciar que en el plano internacional, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), “*agencia especializada de las Naciones Unidas (de estructura tripartita: Gobiernos, Empleadores y Trabajadores) cuya misión es promover la justicia y los derechos humanos en el Trabajo*”³⁷, se han dictados normas jurídicas (convenios y recomendaciones) que específicamente regulan las relaciones de empleo público, así como el ejercicio de derechos laborales en la función pública y/o en la prestación de servicios públicos. Destacan al efecto el Convenio 151 (1978) “*sobre las relaciones de trabajo en la administración pública*”³⁸, que se aplica “*a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo*”³⁹. El mismo convenio en razón del tipo de actividad desarrollada, o en atención al carácter político o “de autoridad” de los cargos, o para el control del uso de la fuerza pública, permite exclusión o restricción de algunos derechos en los casos de “*empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de*

36 “... vista un área cualquiera del ordenamiento que esboza soluciones de una determinada manera y vista otra área muy semejante a ésta, en la cual se dan soluciones diferentes, se puede decir que a pesar de no haber contradicciones, porque en cada área del ordenamiento está más o menos resuelto el tema, sin embargo resulta incoherente para el sistema, resolver de una manera un área y resolver de otra manera en otra área”. ZERPA, Levis Ignacio. *La Argumentación Jurídica*. En: Curso de capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002. p. 240.

37 *Derecho internacional del trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Ob. Cit. p. 7. Paréntesis nuestro.

38 Página Web: www.ilo.org

39 Artículo 1.1

*naturaleza altamente confidencial*⁴⁰, así como a “*las fuerzas armadas y a la policía*”⁴¹. Con lo cual queda claro que se regulan “todas” las relaciones de empleo público, pudiendo solamente excluirse o limitarse derechos, dando excepcionalmente trato diferenciado a la señalada categoría de funcionarios.

En igual sentido el Convenio No. 154 (1981), “*sobre la negociación colectiva*”⁴², incluye dentro de su ámbito de aplicación el trabajo en la administración pública, permitiendo la exclusión respecto de la “*las fuerzas armadas y a la policía*”.

Por otra parte, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones del mismo Organismo (OIT), han sentado los principios sobre el derecho de huelga, determinado que: “*la pauta para determinar los funcionarios públicos excluibles ya no es el hecho de que se les aplique la ley nacional de carrera administrativa, sino la naturaleza de las funciones que realicen tales funcionarios*”⁴³. En atención a la posibilidad de que el derecho de huelga afecte a la colectividad y derechos fundamentales de la población, se han desarrollado las nociones de “*servicios esenciales*” en los que se considera admisible prohibir o limitar el derecho de huelga, definidos como “*los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población*”⁴⁴, entre los que se han incluido el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos, el control del tráfico aéreo, entre otros. Considérese que las señaladas previsiones, regulan sin distinción, tanto a los trabajadores públicos (funcionarios) como privados, que desarrollen las actividades en referencia.

40 Artículo 1.2

41 Artículo 1.3

42 www.ilo.org

43 **GERNIGON, Bernard y otros.** *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000. p. 18.

44 *Ibidem*. p. 20.

En el seno de la OIT y con ello a nivel mundial, se incluyen y regulan las relaciones de empleo público como parte de la noción de “trabajo” y a los funcionarios o empleados como “trabajadores”, en tanto que el máximo organismo mundial especializado en materia del trabajo y los países miembros, han adoptado normas regulando directa y específicamente las relaciones de empleo público, o vinculadas a la prestación de servicios públicos. Fácil es advertir, que de no considerarse la relación funcional como parte del mundo “del trabajo”, las mismas no se hubieren regulado por el órgano rector global de la materia (Organización Internacional del Trabajo- OIT).

Siguiendo en el aspecto topográfico, en el ordenamiento interno (venezolano) observamos que leyes reguladoras de estrictos aspectos laborales, tratan por igual a los trabajadores públicos y privados, sin distinguir o excluir a los funcionarios de carrera o u otras categorías de funcionarios públicos, como ocurre en la Ley de Alimentación para los Trabajadores⁴⁵ y la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT)⁴⁶.

Por demás, atendiendo a la naturaleza de las cosas, a la “*realidad material de la relación de empleo público*”⁴⁷, que sustantivamente presenta los mismos elementos de prestación de servicio personal, ajenidad, subordinación y remuneración, no puede esperarse otra calificación jurídica, ni mucho menos aceptarse que el mismo ordenamiento que impone claras reglas y mecanismos de protección y regulación, permita la privación de estos logros y derechos a quienes en similares condiciones prestan servicios al Estado: El trabajo humano es uno solo y a pesar de sus matices, su regulación debe ser idéntica en cuanto a las nociones básicas o fundamentales. El Estado también debe someterse a las normas y principios fundamentales de la Constitución⁴⁸.

45 Publicada en Gaceta Oficial No. 39.666 de fecha 04 de mayo de 2011.

46 Publicada en Gaceta Oficial N° 38.236 de fecha 26 de Julio del 2005.

47 SARTHOU, Helios, citado por CABALLERO ORTIZ, Jesús. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ob. Cit. p. 23

48 “La distinción entre los trabajadores públicos y otros tipos de trabajo carece actualmente de justificación: el Estado ha dejado de ser el monarca de origen divino o el dios terrestre que se pasea por

Así, el llamado proceso de “laboralización de la función pública”, iniciado a través de la previsión legal de los derechos de libertad sindical a favor de los funcionarios públicos, verificado en nuestro país a través de la reforma de la Ley de Carrera Administrativa⁴⁹ y la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, no fue más que un “reconocimiento” e instrumentación de situaciones que ya se había materializado en la realidad nacional. Para ese momento ya existían sindicatos, se habían celebrado negociaciones colectivas y se habían verificado huelgas (“paros”) en diferentes sectores de la administración pública. En palabras de Villasmil Prieto: “*Cuando tales fenómenos acontecieron en el sector público –negociación colectiva, conflictos, sindicación– no lo fue por expresión de una política legislativa sino por fuerza de unas ‘relaciones laborales’ que, de hecho, se fueron ‘autoregulando’*”⁵⁰. Podemos insistir, se ha impuesto la realidad material, la naturaleza laboral de la relación de empleo público.

Paralelamente, ya para el año 1977, en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se incluyó como uno de los tres temas a tratar la “*Situación laboral de los servidores públicos*”, y en el Documento Final del Congreso, entre otros aspectos, se concluyó que los Servidores Públicos son trabajadores sujetos del Derecho Laboral; que prestan servicios de forma subordinada; que les corresponden todos los derechos y conquistas que se les hubiere reconocido a los demás trabajadores; que les corresponden igualmente los derechos a la sindicación, la negociación colectiva y la huelga; y en el ejercicio de sus derechos sociales deben acogerse al Fuero y Jurisdicción del Trabajo, como los demás trabajadores. En definitiva, se indica que “*resulta discriminatorio o se atenta*

la tierra. Es solamente la personificación jurídica de la estructura política creada por el pueblo en su Constitución, por lo que su actuación debe subordinarse a los principios y normas fundamentales del derecho proclamados en la Carta Magna.” **DE LA CUEVA, Mario.** *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)*. Compilación y semblanza de Ana Luisa Izquierdo y De la Cueva. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. México D.F, 1994.p.683.

49 **VILLASMIL PRIETO, Humberto.** *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del Artículo 8.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 85. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1992. p. 248.

50 *Ibidem.* p. 251.

contra los Derechos Humanos el marginar a los servidores públicos de las mejoras y beneficios que obtengan los demás trabajadores"⁵¹. Sin pretender abusar del argumento de autoridad, destacamos que este Congreso reunió la más calificada y representativa doctrina del derecho laboral de Iberoamérica, incluyendo a los reconocidos maestros, Mario de La Cueva (mexicano), Mariano Tisembaun (argentino), Manuel Alonso Olea, José Manuel Almanza Pastor y Guillermo Cabanellas (españoles), José Montenegro Bacca (peruano), además de una nutrida y calificada representación nacional, encabezada por el Presidente de dicho Congreso, Doctor Rafael Caldera. ¿Quién mejor que los expertos laboristas para definir quién es o no trabajador y para discernir sobre los alcances de los derechos laborales?

Para culminar este capítulo y como preámbulo al siguiente, apuntamos que obviamente la prestación de servicios a favor de entes u órganos públicos, comprende especiales características que pueden diferenciarla de otras modalidades de trabajo, lo que justificaría en todo caso la inclusión o creación de normas que regulen estos aspectos singulares, especialmente los relativos a la "carrera de los funcionarios", o la regulación de los derechos cuyo ejercicio puedan afectar a la comunidad, como las ya señaladas restricciones en relación a los servicios esenciales en materia de huelga, o los relativos a la sindicación de miembros de las Fuerzas Armadas. Pero sin que tales especiales regulaciones impliquen ni puedan implicar el desconocimiento de los demás derechos reconocidos en pro de todos los trabajadores, en especial aquellos considerados como derechos humanos fundamentales. La Constitución Nacional proscribire la discriminación⁵², y esta se presenta cuando se regulan de distinta manera situaciones que poseen la misma entidad material, de allí que se admitirá la regulación especial o disímil, sólo en los supuestos en que obre una sustantiva diferencia de circunstancias.

51 VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Caracas, noviembre de 1977. http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1978/BolACPS_1978_37_74_271-278.pdf (Consultado en Diciembre de 2013).

52 Artículo 21 y 89,5 Constitucionales.

2. El contenido material del Derecho Funcionarial

Las relaciones de empleo público están compuestas por múltiples situaciones jurídicas cuya regulación por el Derecho aún no se encuentra enteramente elaborada, en especial en nuestro país, donde la doctrina y la jurisprudencia administrativa continúan sosteniendo una marcada diferenciación en el tratamiento de los trabajadores (ordinarios) regidos por LOTTT y el de los funcionarios públicos regidos por la Ley del Estatuto de la Función Pública y otros estatutos de personal de dudosa constitucionalidad⁵³, para lo cual se insiste reiteradamente en el carácter “Estatutario” de la Función Pública.

Nos referimos aquí, no solo a los empleados de la administración pública en sentido estricto (Poder Ejecutivo Nacional, Regional o Municipal), sino a las diversas manifestaciones de los Poderes Públicos (Legislativo, Judicial, Electoral y Ciudadano), incluso los entes descentralizados, que requieren del trabajo de seres humanos para realizar sus fines. Se trata de la idea genérica de “empleado público”, de “trabajador o servidor público” que comprende las diversas formas de vinculación laboral con los entes u órganos públicos, vale decir, empleados y obreros, contratados, funcionarios de carrera, de libre nombramiento y remoción, e incluso los de elección popular⁵⁴. Siendo todos ellos sujetos de derechos laborales, regidos

53 La LEFP no rige todas las relaciones funcionariales o de empleo público, siendo que conforme a leyes especiales pueden crearse estatutos para determinados funcionarios, dependiendo del órgano empleador. No obstante, obviando la estricta reserva legal y Estatutaria que ordena la Constitución Nacional (arts. 144 y 152, núm. 32), el legislador ha delegado la facultad de establecer los respectivos Estatutos funcionariales, en diferentes órganos del Poder Público Nacional, como por ejemplo lo permiten: el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Gaceta Oficial No. 37.995 del 05 de agosto de 2004); el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Decreto-ley No. 6.286, publicado en Gaceta Oficial No. 5.892 Extraordinario, del 31 de julio de 2008); el artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Electoral (Gaceta Oficial No. 37.573 del 19 de noviembre de 2002); y el artículo 93 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Gaceta Oficial No. 38.647 del 19 de marzo de 2007).

54 “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 y así, tanto a los del orden legislativo, gubernativo, administrativo y judicial, inclusive a los particulares investidos eventualmente de funciones públicas, como conjueces, expertos, intérpretes, testigos, etc.” (RONDON DE SANSÓ, Hildegard. *El funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991. p. 21.

por la legislación laboral en cuanto a esos derechos, y que sólo requieren regulación especial para reglar determinados aspectos a través de normas especiales, atendiendo a la naturaleza de las diferentes manifestaciones o tipos de cargos, formas de contratación o ingreso, y a la actividad pública que efectivamente desarrollen⁵⁵.

Para nosotros, se trata de una simple relación de empleo, pero con características que la vinculan estrechamente con el Derecho Público y específicamente Administrativo, pues en ella se involucran los intereses patrimoniales y los fines mismos de la actividad pública, de innegable contenido o interés general, limitado por aspectos presupuestarios y que además implica una especial regulación de la gestión de empleo público que proscriba arbitrariedades y ventajismo político o personales al momento de la elección, nombramiento, ascenso o retiro de los funcionarios, que garantice la idoneidad y eficiencia de éstos por medio de los concursos de ingreso y ascenso, así como su protección a través de la consagración de la carrera administrativa y su especial régimen de estabilidad. Todo lo cual, justifica el propósito y mandato constitucional de regir estatutariamente algunos de los aspectos relevantes de dichas relaciones, específicamente los relativos al *“ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro”*, incluido la necesidad de ingreso por concurso público, así como otros aspectos relativos a las escalas de salarios que se dispondrán por vía reglamentaria y el régimen de pensiones y jubilaciones sometido a estricta reserva legal nacional⁵⁶.

Conviene entonces precisar que en la actualidad, partiendo de la ya delatada naturaleza de las cosas, de la conformación material del vínculo empleador-empleado que destaca en cualquier

55 Obvia y naturalmente, no podrá darse el mismo tratamiento y reconocerse por igual los derechos a los funcionarios de las Fuerzas Armadas o de los Cuerpos policiales, en materia de huelga. Como tampoco podrá reconocerse algunos derechos de Estabilidad a los funcionarios de elección popular, al vencimiento o revocatoria de su mandato; ni a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, que son perfectamente asimilables en este sentido a los empleados de dirección y de confianza regulados por la legislación laboral.

56 Artículo 147 Constitucional.

forma de empleo público, ha conllevado a que se reconozca legal⁵⁷ y jurisprudencialmente⁵⁸ que varias de las relaciones o formas de empleo o trabajo público se rijan principalmente por la legislación laboral⁵⁹, específicamente la relativa a los obreros y los empleados “contratados”⁶⁰, llegando incluso a atribuirse competencia judicial para conocer de las respectivas pretensiones a los Tribunales del Trabajo⁶¹. Igual ocurre con los trabajadores de empresas (establecimientos comerciales o industriales) con participación accionaria decisiva (50% o más) de Entes Públicos, que se encuentran regidos principalmente⁶² por la legislación laboral ordinaria.

Encontramos entonces, inexplicable discriminación en el tratamiento de los trabajadores públicos entre sí. Esto es, ocurre que dos personas pueden laborar para entes públicos íntimamente relacionados, como por ejemplo la Corporación Eléctrica (Instituto Público) y la Electricidad de Caracas (empresa estatal), ocupar cargos

57 Artículo 6° LOTT: “...Los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada, se regirán por las normas contenidas en esta Ley, la de Seguridad Social y su contrato de trabajo.

Los obreros y obreras al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados, estarán amparados por las disposiciones de esta Ley y la de Seguridad Social....).

58 Como posible primer antecedente a nivel del máximo Tribunal destaca Sentencia de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 13 de marzo de 1973 (citada por **CABALLERO ORTIZ, Jesús**. *Situación de los Empleados Contratados al Servicio de la Administración Pública*. P. 51. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/65/ruv_1986_65_46-68.pdf). Criterio que ha venido siendo reiterado hasta la actualidad.

59 Si bien las categorías de obreros y empleados “contratados” al servicio de los entes públicos se rigen por normas de derecho laboral, en materia de pensiones y jubilaciones se favorecen de las normas previstas en el Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (Publicada en Gaceta Oficial No. 5.976 Extraordinaria de fecha 24 de mayo de 2010). Así mismo, por las posibles incidencias en el manejo de bienes o fondos públicos, de alguna manera pueden también ser sujetos de normas de controlaría pública o penales, tales como las previstas en la Ley contra la Corrupción (Publicada en Gaceta Oficial No 5.637 Extraordinaria de fecha 07 de abril de 2003) y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal (Publicada en gaceta Oficial No. 6.013 Extraordinaria de fecha 23 de diciembre de 2010).

60 Véase: **CABALLERO ORTIZ, Jesús**. *Situación de los Empleados Contratados al Servicio de la Administración Pública*. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/65/ruv_1986_65_46-68.pdf (Consultado octubre de 2013).

61 Véase sentencias de la Sala de Casación Social: No. 34 de fecha 03 de abril de 2001; y No. 1440 de fecha 17 de diciembre de 2013. (Publicadas en la página web: www.tsj.gov.ve)

62 Exclusión hecha del régimen de jubilaciones.

similares, realizar las mismas funciones, e incluso trabajar en conjunto; sin embargo, al funcionario de carrera (el del instituto) no se le reconocen determinados derechos laborales, como por ejemplo el derecho al pago indexado de sus prestaciones sociales, y se somete la posibilidad de cobro de esas prestaciones sociales a un lapso de caducidad de tres (3) meses. Por el contrario, al “trabajador” de la empresa pública, se le reconoce la progresividad de sus derechos, se le protege a través de la especial Jurisdicción con competencia laboral, se le brindan beneficios procesales, tiene derecho que sus prestaciones sean indexadas (ajustadas por inflación) en caso de mora en el pago, y su derecho a reclamar no prescribe sino en el plazo de diez (10) años. Igual ocurre, si comparamos a dos empleados del mismo Ente Público, uno ingresado por concurso (de carrera) y otro bajo la figura de la contratación (contratado).

No existe razón que justifique que sendos trabajadores, con prácticamente idénticas condiciones y labores, con el mismo empleador, se califiquen de manera diferente y se trate a cualquiera de ellos con perjuicio o desconocimiento de sus derechos⁶³.

En conciencia de las delatadas circunstancias, las disertaciones en torno a la naturaleza o carácter jurídico de la relación de empleo público derivada del régimen “Estatutario” se suscitan hoy en día en relación a los denominados “Funcionarios de Carrera”⁶⁴, calificación y tratamiento que en términos del mandato Constitucional del artículo 146, deberían ostentar la mayoría de los cargos y funcionarios al servicio de entes y órganos públicos⁶⁵. En el capítulo siguiente nos referimos a este especial aspecto.

63 Nos referimos aquí a la no discriminación en cuanto a los derechos laborales, exclusión hecha de los derechos y deberes propios de las condiciones propias derivadas de las diversas categorías de funcionarios: de carrera, de libre nombramiento y remoción, elección popular, etc.

64 La misma Constitución Nacional dispone la Carrera Docente (art. 104); la Carrera Judicial (art. 255); de los funcionarios de la Defensa Pública (art. 268) y del Ministerio Público (art. 286), lo que concatenado con la previsión del artículo 146 que dispone que los cargos de la Administración Pública son de carrera, permite inferir que la intención del Constituyente es que la regla general es que los cargos públicos sean de carrera.

65 Lamentablemente, se ha recurrido abusivamente a la excepcional figura de la contratación, y al proveimiento de cargos de carrera a través de nombramientos “provisionales”, en evidente fraude de la normativa Constitucional y su finalidad teleológica, que se destaca más adelante.

II. La relación Estatutaria

1. El contenido y alcance de la relación “Estatutaria”

La previsión de creación de un “Estatuto de la Función Pública” se incorporó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución de 1947⁶⁶, que en su artículo 90 dispuso que:

“El Estado dictará un Estatuto que regirá sus relaciones con los Funcionarios y Empleados Públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la Administración, y las de ascenso, suspensión, traslado y retiro. Los empleados Públicos están al servicio de la Nación y no de parcialidad política alguna”. (Subrayado nuestro).

En similar sentido la Constitución de 1961 dispuso en su artículo 122:

“La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social.

Los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna.

Todo funcionario o empleado público está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de su cargo”⁶⁷. (subrayado nuestro).

Nótese que la Constitución de 1961, insiste en la enumeración de los aspectos relativos a la “Carrera administrativa” (*ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro*), que ahora son sometidos a reserva legal, e igualmente insiste en el carácter de imparcialidad política de la función pública, empero no se hace expreso señalamiento a la figura “Estatutaria” prevista en la Constitución de 1947.

66 Gaceta Oficial No. 197 Extraordinaria de fecha 30 de julio de 1947.

67 Gaceta Oficial No. 662 Extraordinaria de fecha 23 de enero de 1961.

A pesar de estas previsiones Constitucionales, no fue sino hasta el año 1970 cuando se dictó la Ley de Carrera Administrativa, que conforme a la doctrina administrativa vendría a conformar el Estatuto de la Función Pública, y a consolidar la existencia de una relación Estatutaria, conforme a la cual:

“... la situación del funcionario público está regulada en forma unilateral por el Estado. Se trata de una situación jurídica general impersonal, objetiva, establecida en forma unilateral, y que, como cualquiera otra situación jurídica general, impersonal y objetiva, es esencialmente modificable por el Estado, o por su Administración en los casos en que tenga competencia. Se trata, por tanto, de una situación jurídica general preexistente y fijada unilateralmente a la cual, el funcionario público ingresa en virtud de un acto administrativo unilateral, y que ha sido establecida previamente por el Estado, independientemente de su voluntad. El funcionario ingresa en dicha situación jurídica general preexistente, en virtud de un acto condición, esto es, según la doctrina, a través de un acto mediante el cual se coloca a una persona en una situación jurídica general preexistente.

Ahora bien, es conveniente destacar que frente a estas situaciones jurídicas generales preexistentes típicas del status del funcionario público, no pueden alegarse derechos adquiridos cuando surjan modificaciones a dicho status. Esto vale la pena aclararlo por las consecuencias que origina: si por ejemplo en la actualidad se consagra el derecho a la estabilidad en el cargo para los funcionarios públicos, ello no implica que dicho derecho sea inmutable; al contrario, el legislador podría inclusive eliminarlo y frente a ellos el funcionario público no podría alegar un derecho adquirido a la estabilidad, por ser parte de una situación jurídica general preexistente, modificable esencialmente por la misma vía general por la que ha sido estatuida.

Este es uno de los puntos más importantes y que en mi opinión, constituye una de las bases de interpretación de la Ley: siendo una situación jurídica general preexistente la que caracteriza el status del funcionario y, por tanto, siendo de carácter estatutario la relación jurídica que surge entre el funcionario y el Estado, con

ausencia total de forma contractual, la interpretación que deba dársele a la Ley debe estar orientada por los criterios propios del Derecho Administrativo. Por ello, la consideración jurídica de las situaciones estatutarias como la de la función pública, no pueden utilizarse soluciones o interpretaciones propias del Derecho Laboral o Derecho del Trabajo, como un derecho que tiene por objeto regular las relaciones contractuales que se establecen bilateralmente entre un trabajador y su patrono; relaciones jurídicas de carácter subjetivo, personal y bilateral, diferentes a las que surgen entre el Estado y el funcionario público.”⁶⁸ (Subrayado nuestro).

Nos hemos permitido verificar esta extensa cita, a los fines de resaltar la noción original o inicial sostenida por la Doctrina administrativa nacional⁶⁹ ante la figura y existencia de la referida Ley de Carrera Administrativa del año 1970⁷⁰. Esta concepción radical del asunto, se corresponde con la sostenida inicialmente por el derecho administrativo en muchos países, sustentada en el supuesto mandato constitucional de creación de tal “Estatuto” que implicaría una especial “relación de sujeción”⁷¹, la unilateralidad del establecimiento de las condiciones, y la imposibilidad de alegar “derechos adquiridos”. También pretende sustentarse esta posición en los intereses colectivos (públicos) en juego y el carácter “administrativo” de la relación, limitado por las restricciones propias del control presupuestario y la necesidad de garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos.

Después de la entrada en vigencia de la referida ley, se verificaron reformas en la que se incluyó el reconocimiento de derechos

68 **BREWER CARIAS, Allan.** *El Estatuto del Funcionario Público en la ley de Carrera Administrativa*. Comisión de Administración Pública. Caracas, 1971. p. 7.

69 La obra citada se considera el primer trabajo que se publicó a raíz de la publicación de la Ley de Carrera Administrativa. Al respecto **CABALLERO ORTIZ, Jesús.** *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público Ob. Cit.* p 50.

70 Gaceta Oficial No. 1.428 Extraordinaria de fecha 03 de Septiembre de 1970

71 “La sujeción es, simplemente, el correlato de una potestad, consistente en el deber de soportar el ejercicio de una potestad sobre el propio ámbito jurídico. Se trata por lo tanto de una condición estática, integrante de una situación jurídica de status. Se encuentra en situación de sujeción las personas comprendidas en el ámbito subjetivo de una potestad”. **SANTA MARÍA, Pastor.** *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. Tercera edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, s.a. Madrid, 2001. p. 404.

sindicales a los funcionarios públicos, e igualmente con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990⁷², de alguna forma se consolidó el denominado proceso de “*Laboralización de la Función Pública*”, reconocido por la propia doctrina administrativa⁷³. Tal proceso de laboralización se atribuye por una parte al reconocimiento por la Ley de Carrera Administrativa de los derechos a la libertad sindical de los funcionarios públicos, y la expresa disposición del artículo 8° de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, que parece trasladar a los funcionarios y empleados públicos, todos los derechos laborales, exclusión hecha de los relativos a la carrera administrativa. La norma en comentario disponía:

Artículo 8°. Los funcionarios o empleados públicos Nacionales, Estadales o Municipales se registrarán por las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

Los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera, tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esta Ley, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de las Administración Pública.

Los obreros al servicio de los entes públicos estarán amparados por las disposiciones de esta Ley. (Subrayado nuestro)

En torno a esta disposición, se han verificado en nuestro país las mayores discusiones para sostener contradictoriamente el carácter

72 Gaceta oficial No. 4.240 Extraordinaria de fecha 20 de diciembre de 1990.

73 En tal sentido véase: **DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio.** *Derecho de la Función Pública. La Experiencia Venezolana.* Vadell Hermanos Editores, Caracas, Venezuela, 2004. Pp. 99-101; **CABALLERO ORTIZ, Jesús.** *Incidencias del Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991; **CARRILLO ARTILES, Carlos Luis.** *La Reorbitación de los Deberes y Derechos de los Funcionarios Públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública.* En, *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela.* Ob. Cit. Pp. 82-83.

laboral o administrativo de las relaciones de empleo público, y su regulación legal a través de normas laborales o meramente estatutarias. Tales discusiones parten de la exégesis de la norma, conforme a la cual se reconocen a los funcionarios los derechos previstos en la legislación laboral, y se remite a la legislación sobre Carrera Administrativa (supuesto Estatuto) los aspectos relativos a “*ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional*”.

Para algunos, la norma en referencia reafirma la vigencia del régimen estatutario y dispone el carácter “subsidiario” o “supletorio” de las normas laborales⁷⁴, mientras que para otros, más bien implica el reconocimiento de la naturaleza laboral de la función pública⁷⁵. Podemos destacar que en el seno de la discusión de la referida norma en el extinto Congreso de la República, se verificaron múltiples cambios de redacción, que al inclinarse hacia la total laborización (exclusión hecha de lo relativo a la carrera), ocasionó que el Gobierno Nacional y los afectos al régimen estatutario salieran al paso, proponiendo y forzando el reconocimiento de los derechos de negociación colectiva y huelga en favor de los funcionarios públicos, pero a través de una reforma de la Ley de Carrera Administrativa y no a través de la Ley Orgánica del Trabajo que se encontraba en formación, ello con la finalidad de mantener la separación de los regímenes legales y reforzar el carácter “estatutario”, aunque fuere sólo por “ubicación” y no atendiendo a la esencia de los derechos reconocidos⁷⁶. Fue tal la situación de disputa que el Poder Ejecutivo, por órgano del Procurador General de la República, incluso planteó al Congreso la inconstitucionalidad de alguna redacción propuesta conforme a la cual se remitía la regulación de la relación de empleo público a la Ley Orgánica del Trabajo dejando a la Ley de Carrera

74 **CABALLERO ORTIZ, Jesús.** *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público* Ob. Cit.; **RONDON DE SANSÓ, Hildegard.** *El funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo.* Ob. Cit.

75 **VILLASMIL PRIETO, Humberto.** *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del Artículo 8.* Ob. Cit.

76 *Ibidem.*

Administrativa, solamente la regulación relativa al “*ingreso, traslado, suspensión y Estabilidad*” de los funcionarios⁷⁷.

Aún la redacción final de la norma del artículo 8° generó serias dudas⁷⁸, entre ellas la incertidumbre de por qué una ley laboral remitía y endosaba la regulación de varios asuntos a la ley funcionarial, cuando ya tal ley funcionarial existía, estaba vigente y regulaba los mismos aspectos. Recuérdese que para ese momento (1990) la Constitución (de 1961) no preceptuaba la creación de un “Estatuto” y solo ordenaba que la ley estableciera la carrera de los funcionarios. Atendiendo a la idea que el legislador no es redundante, bien podía pensarse que la nueva legislación laboral (Orgánica, especial y posterior) absorbía la regulación de “toda” la relación de trabajo público, exclusión hecha según su propio texto, de los aspectos relativos a la carrera, respetando así el mandato constitucional que sometía esos aspectos a la Ley de Carrera Administrativa (supuesto “Estatuto”)⁷⁹.

Otro aspecto controvertido fue entender si la remisión a la Ley de Carrera Administrativa en los enunciados aspectos es taxativa, es decir, un *numerus clausus* conforme al cual sólo se delega en la legislación de carrera administrativa el desarrollo y regulación de los específicos aspectos remitidos por el artículo 8° de la ley laboral; o si por el contrario, puede la ley de carrera regular otras condiciones o aspectos de la relación funcionarial, entendiendo que por analogía o interpretación extensiva dicha legislación estaría habilitada para regir otros aspectos distintos de los expresamente señalados en la norma *in comento*. La doctrina administrativa ha sostenido la interpretación extensiva arguyendo que:

⁷⁷ *Ibidem*. p. 244

⁷⁸ La propia doctrina administrativa reconoció: “El artículo 8° de la Ley Orgánica del Trabajo constituye un reto para los intérpretes, bien sean especialistas en derecho Administrativo, bien en Derecho laboral, porque el mismo plantea una combinación de ambas para conformar el nuevo régimen de los funcionarios públicos”. **RONDON DE SANSÓ, Hildegard**. *El funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo*. Ob. Cit. p. 13). Por su parte la doctrina laboral llegó a calificar la redacción de la norma como “galimatías”. (**VILLASMIL PRIETO, Humberto**. *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo*. *El galimatías del Artículo 8*. Ob. Cit.)

⁷⁹ **VILLASMIL PRIETO, Humberto**. *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo*. *El galimatías del Artículo 8*. Ob. Cit. p. 255.

“Una interpretación que nos parece a todas luces lógica y, a la vez, adecuada al texto mismo de la norma, es aquella conforme a la cual el Legislador, en el artículo 8, no podía auto limitarse. En consecuencia, no podía el Legislador decirse a sí mismo que, al regular la función pública, sólo le correspondía reglamentar lo atinente a las materias expresamente señaladas en el artículo 8 y ninguna otra. En efecto, no existe en Venezuela la figura de la auto limitación subjetiva”⁸⁰.

De su parte, la doctrina laboral, se ha inclinado por la interpretación restrictiva, sosteniendo que:

“La remisión a la LCA –conviene insistir– no es total sino específica, lo que niega la posibilidad de una interpretación amplia, y menos aún, que la primera parte del Art. 8 de naturaleza enunciativa y no un ‘*numerus clausus*’, precisamente la tesis que aquí se trata de sostener; entre otras razones porque no es posible admitir “habilitaciones” de carácter enunciativo, siendo la materia del trabajo de estricta reserva legal.

La remisión que por vía de “inclusión-exclusión” hace el Art. 8 respecto de la LCA es, por tanto, de naturaleza constitutiva y no declarativa. Ello quiere decir, que las materias allí referidas quedan vigentes porque la LOT así lo estableció y porque sin tal referencia en la Ley, no podrían estarlo. Ello es, que permanecen vigentes sólo las materias de la LCA expresamente salvadas: ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional.”⁸¹.

Llama la atención que la citada doctrina administrativa reconozca la posibilidad de que el artículo 8° de la LOT se interprete taxativamente a través de la interpretación a contrario, pero se inclina por la interpretación extensiva, invocando el principio “la ley no puede auto limitarse”. Por supuesto censuramos este último criterio, por una parte porque consideramos más cónsona con la reserva legal⁸²,

80 CABALLERO ORTIZ, Jesús. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ob. Cit. p. 89.

81 VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Ob. Cit.* p. 258.

82 “.. si se trabaja con una regla general es muy posible que no se deba recurrir al argumento a contrario, ello porque la aplicación de reglas generales casi siempre nos conduce a que se use el argumento

la interpretación a contrario, y por otro lado, fundamentándonos en la misma afirmación del autor, conforme a la cual no puede la ley limitarse a sí misma, pues en el caso concreto, la limitación deviene de la Constitución (de 1961) que en su artículo 122 disponía los aspectos que debían ser regulados en relación a la “carrera administrativa”, sin que se haya mandado a crear un Estatuto de la Función Pública, ni se hayan atribuido a éste todos los aspectos de dicha relación, ni otros distintos a los enunciados. Así, la limitación no era legal, sino Constitucional, y por ello las materias allí remitidas para ser regladas por la Ley de Carrera Administrativa, debían circunscribirse a las expresamente delegadas por el Constituyente. Sobre este aspecto nos referiremos seguidamente.

De nuestra parte, en relación a este debate histórico, apreciamos que si bien la Constitución de 1947 dispuso el mandato de regular la función pública a través de un “Estatuto”, en los debates constituyentes para la referida Constitución, se propuso *“la inclusión de una norma según la cual los servidores de los entes públicos tuvieran aseguradas condiciones de trabajo que en ningún caso fueran inferiores a las impuestas por la ley a los empleadores privados”*⁸³. Siendo que posteriormente la Constitución de 1961, ordenó que la “ley” (reserva legal genérica sin alusión a la forma Estatutaria), *“establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional...”*, con lo que resulta expreso el mandato de que dichas materias, todas relativas a la “carrera” funcional, se regularan a los fines de cumplir precisamente con la idea de eficacia e imparcialidad política, y de brindar una mayor protección a los funcionarios públicos respecto al posible abuso de cada gobernante de turno⁸⁴.

por analogía, a lo que la regla general no dice; mientras que cuando se trabaja con excepciones, entonces si va a resultar más sencillo utilizar los argumentos a contrario, porque se está dentro de la excepción que es regla estricta o rigurosa. ZERPA, **Levis Ignacio**. *Ob. cit.* p. 189

83 CALDERA, **Rafael**. Prólogo a la Obra de BREWER CARIAS, **Allan**. *El Estatuto del Funcionario Público en la ley de Carrera Administrativa*. Ob. Cit.

84 “El principio de carrera asegura mejor que cualquier otro la imparcialidad y la objetividad del funcionario y el funcionamiento de los servicios públicos frente a los cambios de coyuntura política que el sistema de partidos comporta. Al estar reglados, predeterminados en su mayor parte, los

Dicha Constitución, al igual que la vigente, no hacía alusión alguna al sometimiento de los funcionarios a la voluntad unilateral del Estado, antes bien, se dirigen en sentido contrario, a crear el régimen de carrera administrativa en protección de los funcionarios y para limitar a los representantes del Gobierno en torno al “*ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro*” de los funcionarios. Todo lo dicho por la tesis administrativista en relación al carácter estatutario y sus consecuencias, no son más que construcciones teóricas y jurisprudenciales de génesis extranjera, pero que no encuentran ningún soporte en la letra de la Constitución de 1961, ni en la actual.

La Ley Orgánica del Trabajo a través del controversial artículo 8º, no vino más que a reconocer lo connatural al tipo de relación jurídica regulada, que se circunscribe llanamente a una relación de empleo, de trabajo subordinado y por cuenta ajena. Por el contrario, consideramos que la referida norma, al igual que la vigente del artículo 6º de la LOTT, sobrepasan el mandato constitucional, al referir a las leyes de carrera (Estatuto funcional), aspectos que no le son propios, como los relativos a “sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional”. Sin embargo, entendemos que el legislador es uno solo, y que aún investido como legislador “laboral” puede regular de manera distinta o diferenciada algunos aspectos de las relaciones de trabajo, como los remitidos al Estatuto Funcionario, que también es ley formal y puede disponer normas laborales o procedimentales.

2. La situación actual de la relación Estatutaria

Consideramos que la interesante contraposición de argumentos e interpretaciones respecto a la naturaleza Estatutaria o Laboral de la función pública en nuestro país, parece ya resuelta por el texto de la

ascensos y la atribución de los destinos y retribuciones, el funcionario puede estar más atento al cumplimiento de la ley y sus deberes que propenso a actuar para agradar al poder político de turno, del que, en caso contrario, dependerá únicamente de su promoción.” PARADA, Ramón. Citado por CABALLERO ORTIZ, Jesús. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ob. Cit. p. 37

Constitución vigente, en especial de la apreciación armónica y sistemática de sus postulados y reglas en relación con sus principios.

Como hemos referido al inicio, la Constitución de 1999 reafirma a nuestro país como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, y reconoce ampliamente los llamados “derechos sociales”, entre los que regula de forma prodiga al derecho al trabajo al que define como un “hecho social”, extendiéndose generosamente en su protección. La carta fundamental, reconoce sin distinción los derechos fundamentales de “todos” los trabajadores, explanando a nivel de la misma Constitución regulaciones sustantivas y procesales para la protección, e incluso disponiendo el mandato de creación de una jurisdicción con competencia especializada y una ley procesal que propenda a la protección de los derechos laborales. No distingue el constituyente, ni mucho menos excluye a los empleados públicos de su protección social.

Por el contrario, es clara la intención del constituyente, tanto la derivada de la apreciación de los debates constituyentes (*argumento psicológico*) como la que se advierte de la redacción empleada (*argumento teleológico*), que lo que se quiso fue regular por igual las relaciones de trabajo privadas y públicas, y que la única regulación “especial” dispuesta por el Constituyente es la previsión Estatutaria (reserva legal) para normar lo relativo a la “carrera administrativa” y la equiparación o regulación paritaria de los regímenes de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos. Veamos:

Dentro de los “Derechos Sociales” (Capítulo V del Título III relativo a los “Derechos Humanos y Garantías”) se reguló el trabajo como hecho social, y se consagran para todos los ya referidos derechos y garantías de seguridad social; prestaciones sociales; salario suficiente e inembargable; condiciones de higiene y seguridad en el trabajo; el carácter progresivo e irrenunciable de los derechos laborales, principio de favor, *indubio pro operario*; el derecho a la sindicación, a la contratación colectiva y a la huelga⁸⁵, entre otros.

⁸⁵ Artículo 97 Constitucional.

Por otra parte, en el Título V, en su Capítulo I relativo al Poder Público y sus Disposiciones Fundamentales, se evidencia la idea de que se establezcan normas sobre la carrera administrativa, cuya clara finalidad es por una parte, garantizar la imparcialidad, idoneidad y eficacia en la actividad administrativa, lo cual se garantiza conforme a las exigencias de la misma constitución creando la "carrera" como forma principal de empleo público, exigiendo el concurso público como forma de acceso o ingreso a dicha carrera, y dotando al funcionario de protección a través de reglas claras y procedimientos que garanticen el respecto a la meritocracia, regulando los ascensos, suspensiones, y especialmente lo referente al retiro, lo cual incluye la noción de la actividad disciplinaria respectiva. Como se ha dicho, no dispone nuestra Constitución la creación de un Estatuto "general" de la función pública, ni mucho menos, puede inferirse de ninguna de sus normas, que tal estatuto proscriba los derechos laborales, excluya la noción de derechos adquiridos prevista en el artículo 89,1 de la misma Constitución, o implique que las condiciones de trabajo puedan establecerse o modificarse unilateralmente por el empleador.

Contrariamente a lo que sería la tesis estatutaria radical, el constituyente despejó toda duda sobre el reconocimiento de los derechos de libertad sindical a favor de los empleados públicos, yendo más allá de los textos de los pactos internacionales, al disponer expresamente el derecho a la "Huelga", no previsto de forma expresa por los convenios internacionales producidos en el seno de la OIT⁸⁶.

Considérese que tal reconocimiento e inclusión no es accidental o producto de una inadvertencia en la redacción, pues se aprecia de los diarios de debate que la posición administrativista, Estatutaria y deslindante, fue opuesta por el Diputado Constituyente Allan Brewer Carías, siendo desechada su postura, generando de parte de

86 Si bien el derecho a huelga ha sido reconocido como conformado del derecho a la libertad sindical, y ha sido "regulado" a través de Recomendaciones aprobadas por el organismo, hasta ahora no ha sido establecido en el texto expreso de ningún Convenio.

éste los respectivos votos salvados⁸⁷. Así, es patente la intención expresa del legislador concreto (constituyente), así como la finalidad perseguida, expresada en el texto de la Constitución, de equiparar o reconocer sin más el carácter laboral de la relación de empleo público.

Por demás, si se ha reconocido a los funcionarios los más relevantes derechos propios de la relación laboral, los llamados “derechos colectivos” o de libertad sindical que conforman el núcleo mismo del derecho del trabajo, incluyendo los que de alguna forma podrían afectar la prestación de servicios públicos (huelga) y los que forzarían a la Administración a “negociar” las condiciones de trabajo, con incidencia obvia en los aspectos presupuestarios; no cabe dudas de que, *con mayor razón*⁸⁸, debe reconocerse los otros derechos (“individuales”) de los trabajadores públicos, que de suyo, llevan a reconocer la condición general de “trabajadores”.

Adicionalmente, se dispone que por vía reglamentaria se establecerán las escalas de salarios en la Administración Pública, conforme a la ley, y que la *“Ley Orgánica podrá establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos y funcionarias públicas municipales, estatales y nacionales”*⁸⁹. Con lo cual, de una parte puede inferirse que regulará los parámetros generales de organización y distribución de los salarios, y no una imposición del quantum de los mismos, pues estos pueden quedar comprendidos dentro de las condiciones típicas de discusión en el marco de las negociaciones colectivas. Lo que se ha eliminado, como ocurre

87 Véase Gaceta Constituyente (Diario de Debates). Asamblea Nacional Constituyente. Noviembre 1999-Enero 2000. Imprenta del Congreso de la República. Caracas. Sostuvo el voto salvante que “...el régimen de la negociación colectiva no puede ser igual en el sector público que en el sector privado; el régimen estatutario de la función pública excluye ciertos aspectos de la relación funcional de la negociación colectiva, pues deben ser establecidos unilateralmente por el Estado”. **BREWER CARIAS, Allan**. *Debate Constituyente (Aporte a la Asamblea Nacional Constituyente)*. Tomo III. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999. p. 178.

88 “...si se permite en el derecho una determinada situación que tenga una gran importancia, que puede uno entender intuitivamente es que están comprendidas en ella las de menor relevancia; todo lo cual se estará forzando a admitirlo por el argumento de la mayor razón”. **ZERPA, Levis Ignacio**. *Ob. Cit.* p. 229.

89 Artículo 147 CRBV.

con el tema de la carrera, es la discrecionalidad en la asignación de las remuneraciones, forzando la organización (por escalas) de los “cargos” y la estipulación de salarios para dichos “cargos” y no para los empleados individualmente considerados. Por otra parte, a despecho de la doctrina administrativa⁹⁰, se abandonó la nomenclatura propia de la idea estatutaria que denomina “sueldo” a la remuneración de los funcionarios, y se utilizó la noción laboral de “salario” para referirse a la remuneración contraprestacional de los empleados públicos. Por demás, no se trata de una mera distinción semántica, pues atendiendo al argumento sistemático de la *constancia terminológica*⁹¹, podemos apreciar que se ha utilizado el término en estrecha relación con los caracteres que la misma Constitución concede al salario ex artículos 91 y 92 (mínimo vital, previsión de salario mínimo, carácter de obligación de valor, principio de *a igual trabajo igual salario*), y en especial su protección al declarar su “inembargabilidad” en el mismo artículo 91. Es fácil advertir que ya no podría distinguirse la remuneración de los funcionarios como “sueldo”, entendiéndolo que es algo diferente al “salario”, pues ello conllevaría al absurdo de que los “sueldos” de los funcionarios podrían ser inferiores al “salario mínimo” nacional, o considerar que podrían ser embargables. La disposición que protege al salario es de interpretación restrictiva por tratarse de una excepción constitucional al poder jurisdiccional y la garantía de tutela judicial efectiva que se patentiza a través de los poderes cautelares de la jurisdicción, y en consecuencia no puede extenderse a otras remuneraciones⁹². La contraprestación de los trabajadores públicos es salario, y

90 Al respecto se refiere: “Se trata de las escalas de sueldos en la Administración Pública, mal denominados en la Constitución escalas de ‘salarios’ pues, como se sabe, es ‘salario’ constituye un elemento propio del contrato de trabajo y, por tanto, del derecho laboral”. (Subrayado nuestro). **CABALLERO ORTIZ, Jesús**. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ob. Cit. p. 95

91 “Según esta aceptación de ‘sistema’ existe en la ley, una correspondencia rígida entre conceptos normativos y términos de los enunciados, de modo tal que en la atribución de significado, toda vez que sea cierto o considerado tal el significado del término X en un enunciado, ese significado habrá de atribuirse a X en todos los enunciados en que aparezca”. **TARELLO, Giovanni**. *La Interpretación de la Ley*. Palestra editores. Lima, 2013 p. 338.

92 De verificarse una interpretación por analogía de la referida disposición constitucional, podría por ejemplo, plantearse la inembargabilidad de otras contraprestaciones producto de la actividad productiva de las personas naturales, como los honorarios de los profesionales en libre ejercicio, e incluso

está regida y protegida por las normas constitucionales y legales que lo regulan.

Para culminar este aspecto, debemos resaltar que el reconocimiento de derechos laborales a los empleados públicos como caracterizador de los Estados modernos y en especial los de corte democrático, es prácticamente un movimiento universal que va desde la completa traslación de la regulación al derecho laboral, hasta el mantenimiento del sistema Estatutario pero matizado con el reconocimiento de derechos y limitación del carácter autoritario del Estatuto⁹³. En el siglo XX *“las luchas sociales contribuyeron a generar disposiciones cada día más igualitarias que se extendían a más y más capas y colectivos sociales. Como no podía ser de otra manera, el empleo público no fue ajeno a tales cambios. Aparecieron nuevas actividades y, con ello, nuevas categorías profesionales. Paralelamente, los funcionarios públicos fueron adquiriendo conciencia de su papel, de su condición de trabajadores por cuenta ajena y reclamando que sus condiciones de trabajo y sus derechos laborales se acercaran, cada vez más, a las de los trabajadores de la empresa privada. La derivada de todo ello fue que, en muchos países, surgieran formas o regímenes distintos de Función Pública.(...) Las instituciones propias del Derecho del Trabajo (sindicación, negociación colectiva y huelga) pugnaron por encontrar –y encontraron- un lugar dentro del empleo público, las fronteras entre trabajador público y trabajador privado se disiparon o cuando menos, se atenuaron; figuras propias y comunes a este último se incorporaron a la Función Pública”*⁹⁴. En palabras de Sánchez Morón:

“Pero incluso allí donde se ha mantenido, el régimen estatutario se ha impregnado en buena parte del contenido del Derecho del Trabajo y se ha democratizado, es decir, se ha hecho compatible

de los comerciantes. El salario es la contraprestación por el trabajo bajo relación de dependencia, y es éste el protegido por el texto constitucional.

93 Tal es la situación de países como Italia, Alemania y Suecia, donde se han reconocido prácticamente la equiparación. Mientras que en otros tanto como España y los países Nórdicos se han admitido los derechos a la libertad sindical en mayor o menor medida. Véase SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Ob. Cit.* p.25-35.

94 DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio. *Ob. Cit.* p. 54-55

con el reconocimiento y respeto de las libertades públicas del funcionario, con muy escasas excepciones justificadas por razones funcionales. Estas conquistas históricas no han sido fáciles, sino muy graduales y algunas de ellas muy recientes”⁹⁵.

Tal ha sido la situación de nuestro país, donde se ha dispuesto legalmente la expresa regulación de las relaciones funcionariales por la legislación laboral, incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como lo disponían la Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico⁹⁶ y la Ley Orgánica de Educación⁹⁷ en relación al personal docente. En igual sentido, ya en vigencia de la Constitución de 1999, se ha dispuesto en la Ley del Servicio Exterior de 2001⁹⁸ y sus reformas de 2005⁹⁹ y la Ley Orgánica de Educación de 2009¹⁰⁰.

3. Regulación de la relación de empleo público por el Derecho Administrativo

Sin menoscabo que en ejercicio de la reserva legal, se dispongan normas relativas a la relación de empleo público en textos distintos de la ley del trabajo, como ocurre con la ya referida ley de alimentación o ley de prevención y medio ambiente laboral, o en la misma Ley del Estatuto de la Función Pública, debe insistirse en que la norma Constitucional del artículo 146 dispone que el Estatuto de la Función Pública versará sobre la carrera. Lo que implica que en todo caso, serían estas materias (ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro) a las que podría oponerse ese histórico carácter de estricta reserva legal y aceptarse si acaso, que quedan excluidas de las posibilidades de modificación o regulación a través de nego-

95 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Ob. Cit.* p. 34.

96 Publicada en Gaceta Oficial No. 2.146 Extraordinaria de fecha 28 de enero de 1978.

97 Publicada en gaceta Oficial No. 2.635 Extraordinaria de fecha 28 de julio de 1980.

98 Publicada en Gaceta Oficial No. 37.254 e fecha 6 de agosto de 2001.

99 Publicada en gaceta Oficial No. 38241 de fecha 2 de agosto de 2005. Esta ley fue recientemente derogada por la Ley Orgánica del Servicio exterior que ordena crear un Estatuto a través de Ley especial que se dictará al efecto. Gaceta Oficial No. 40.217 de fecha 30 de julio de 2013.

100 Gaceta Oficial No. 5.929 Extraordinaria de fecha 15 de agosto de 2009.

ciaciones colectivas, contratos laborales individuales o incluso, de las decisiones discrecionales de los titulares de los entes u órganos públicos¹⁰¹.

Esta noción de “carrera pública” es de claro corte republicano y está presente en nuestro ordenamiento jurídico desde nuestro nacimiento como Nación, a través de la primera Constitución Nacional de 1811. En ella, se dispuso el derecho de todo ciudadano a acceder a los empleos públicos, proscribiéndose el ingreso por designación arbitraria o por títulos hereditarios, y dándose primacía al mérito a través de “los servicios prestados”¹⁰². Se patentiza con las disposiciones de la carrera el interés general en evitar que las designaciones de los funcionarios, sus ascensos y permanencia en el cargo deriven de la sola voluntad de quienes ostenten circunstancialmente la dirección o administración de los entes públicos (muchas veces corrompidas por el nepotismo y clientelismo político), procurando que por el contrario, se atienda al empleo de los más aptos, capaces y responsables, dando valor al mérito y condicionando su ingreso y ascensos a exigencias objetivas a través de concursos públicos y evaluaciones. Por supuesto, la carrera implica también la protección contra el despido (retiro) sin causa justificada y la previsión de mecanismos que garanticen el debido proceso, así como recursos judiciales para controlar las decisiones que adopte la entidad pública empleadora.

Abstracción hecha de las normas sobre carrera, la mayoría de disposiciones que regulan la relación de empleo público, son de tipo laboral –indistintamente del cuerpo normativo donde se ubiquen- y deben ser interpretadas como tales, conforme a las reglas

101 “...En particular, deben considerarse taxativas las enumeraciones de casos en que la ley excluye derechos atribuidos en general, o limita el ejercicio de derechos atribuidos en general, especialmente si se trata de derechos constitucionalmente garantizados. Coherentemente con esta regla, deben también considerarse taxativas las enumeraciones de los límites a procedimientos de participación política garantizadas en general y las enumeraciones de las excepciones a las garantías de las posiciones individuales constitucionalmente establecidas. **TARELLO, Giovanni**. *Ob. Cit.* p. 138.

102 Artículos 147 y 148. Constitución Federal para los Estados Unidos de Venezuela de 1811. Véase en: **BREWER CARIAS, Allan**. *Las Constituciones de Venezuela*. 3era edición. Tomo I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.

y principios del Derecho del Trabajo. Diferenciadamente, las normas relativas a la carrera, por su carácter administrativo se rigen en principio por este Derecho, en especial, en relación a las normas y principios sobre competencia, requisitos de validez formal de los actos administrativos, y de los propios para la formación de la voluntad administrativa, entre ellos el deber de motivación, la previsión de procedimientos que garanticen el debido proceso, y la proscripción de arbitrariedades, poderes discrecionales, usurpación de funciones, o desviación de poder; en fin, respeto al principio de legalidad administrativa.

También por mandato constitucional tienen el referido carácter de estricta reserva legal, las normas sobre pensiones y jubilaciones, que ya desde la enmienda Constitucional de 1.983¹⁰³ se había reservado a la Ley Nacional, pero –en nuestro criterio– no para extraer estos aspectos del ámbito de las contrataciones colectivas como se ha sostenido en la jurisprudencia nacional, sino más bien para uniformar su tratamiento en los distintos niveles y manifestaciones de la administración pública y de los poderes públicos, precisamente para prevenir desigualdades en estos aspectos sociales que reclaman igualdad de tratamiento.

Tal es la finalidad de las previsiones constitucionales relativas al Estatuto: procurar la eficacia, eficiencia e imparcialidad en la designación, ingreso, ascensos, suspensión y retiros; reguardar la carrera de los funcionarios públicos como mecanismo reforzado de estabilidad laboral y crecimiento profesional; y proscribir la arbitrariedad y discrecionalidad de los gobernantes de turno, en la designación de empleos, ascensos, y la distribución de beneficios salariales y sociales, así como la uniformidad de estos beneficios en los varios niveles o manifestaciones de la función pública, a través de la estandarización de “cargos” y estructuras organizativas y salariales.

103 Enmienda Constitucional No. 2, publicada en Gaceta Oficial No. 3.224 Extraordinaria de fecha 24 de julio de 1983.

No poseen tal carácter estatutario, las normas sobre estabilidad y régimen jurisdiccional, que por ahora han sido delegadas a la ley del Estatuto de la Función Pública por mandato del artículo 6° de LOTTT. Por lo que bien en el futuro podría la legislación laboral atendiendo el mandato de la Disposición Transitoria 4ta de la Constitución, regular de manera distinta tales aspectos, en especial el concerniente a la Jurisdicción competente para dirimir las controversias, atribuyendo la competencia a los tribunales del trabajo, o cuando menos disponer con carácter obligatorio la creación de tribunales especializado (no de múltiple competencias como los Contencioso Administrativos), como pareciere disponerlo la LEFP al referirse a los tribunales con competencia en lo "*contencioso administrativo funcional*". En cuanto a la Estabilidad, consideramos que pudiera entenderse incluida en la noción de carrera administrativa y especialmente en las regulaciones pertinentes al "retiro", sin que ello implique el desconocimiento de la figura de inamovilidad laboral que en algunos casos también puede proteger a los funcionarios públicos.

III. Los derechos laborales de rango Constitucional en favor de los Funcionarios Públicos

Hasta ahora la pretendida distinción entre funcionarios y trabajadores, más allá de los específicos aspectos estatutarios que la Constitución prevé (régimen de carrera), ha dado lugar a gruesas discriminaciones y negación de derechos laborales de los funcionarios públicos, y en especial a los funcionarios "de carrera". Sin embargo, no podemos dejar de advertir que en algunos casos que pueden considerarse aislados, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la condición laboral de los funcionarios, destacando el caso de los Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas (sentencia No. 1984, de fecha 03 de noviembre de 2004), en la que no sólo se reconoció el derecho a la contratación colectiva, sino que se dio aplicación al principio de progresividad de los derechos y el principio de ley más favorable,

protegiendo así a los funcionarios accionantes. Pasamos seguidamente a enunciar cinco (5) relevantes aspectos en que se verifica inaceptable discriminación.

1. Prestaciones Sociales. Indexación

Aun cuando el derecho a las prestaciones sociales fue uno de los primeros reconocidos a los funcionarios públicos; a pesar de que la Constitución Nacional ex artículo 92 elevó a categoría constitucional este derecho y lo define como “*deuda de valor*” lo que conlleva a su indexación o ajuste por inflación¹⁰⁴; y aun cuando la Sala Constitucional en sentencia No. 2191 de fecha 06 de diciembre de 2006, ha interpretado de forma vinculante la referida norma disponiendo la obligatoriedad de indexar (ajustar por inflación) los montos adeudados por este concepto en caso de mora en el pago; hasta ahora, las Cortes de lo Contencioso Administrativo¹⁰⁵ y la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰⁶, han negado la procedencia de las pretensiones funcionariales en ese sentido, creando una grosera discriminación en relación a los demás trabajadores a quienes los juzgados laborales de ordinario y aún de oficio¹⁰⁷, conceden tal beneficio indemnizatorio. No existe razón jurídica que justifique tal diferencia de tratamiento¹⁰⁸.

104 “*Cuando se demanda el cumplimiento de una deuda de valor (caso típico de una demanda de daños y perjuicios, como el caso de un juicio de expropiación), existe un tiempo, normalmente largo, que transcurre entre el momento en que se define el valor de la deuda en dinero y el momento del pago. Este transcurso de tiempo obliga a buscar un mecanismo para ajustar la prestación, de manera que el valor representativo en dinero de la prestación corresponda aproximadamente al valor real de la prestación.*” (Subrayado nuestro). RODNER S., James-Otis. “*El Dinero, La Inflación y Las Deudas de Valor*”, Caracas 1995.

105 Véase Sentencia No. 2008-402 de fecha 28 de marzo de 2008, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

106 Ver sentencia de fecha 26 de enero de 2010, Exp. No. 2005-1980, entre otras.

107 Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso Camillius Lamorell contra Machinery Care y otros, de fecha 17 de marzo de 1993. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de junio de 2003, caso Virna Pierluissi Romero de Contreras contra I.B.M. de Venezuela, S.A

108 Mientras se verificaba el proceso de edición e impresión de esta Revista, la Sala Constitucional del TSJ dictó sentencia No. 391 de fecha 14 de mayo de 2014, conforme a la cual acogió el criterio aquí expuesto por el autor.

2. Caducidad de las pretensiones de cobro de Prestaciones Sociales y otras de contenido patrimonial

Por mandato expreso de la Constitución Nacional (Disposición Transitoria 4ta), las prestaciones sociales están sometidas a un lapso de prescripción extintiva de diez (10) años y así lo recoge la norma del artículo 51 de la LOTT. Así mismo por disposición de la misma norma legal otros derechos de contenido patrimonial de los trabajadores están sometidos a lapsos de prescripción extintiva de cinco (5) años, al igual que las acciones para el cobro de indemnizaciones derivadas de infortunios laborales, conforme lo disponen los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica de Previsión, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOPCYMAT).

Diferenciadamente en materia funcionarial, en aplicación exegetica del artículo 94 de la LEFP, se somete a las pretensiones de cobro de estos derechos patrimoniales al brevísimo y fatal lapso de caducidad de tres (3) meses. Al respecto se ha pronunciado vacilantemente la Jurisprudencia de las Cortes Contencioso Administrativo, y al parecer definitivamente -por ahora- la Sala Constitucional del máximo tribunal¹⁰⁹. De nuestra parte, consideramos que el lapso a aplicarse es el de prescripción establecido en la Constitución y en la legislación laboral, conforme lo hemos expuesto circunstanciadamente en el texto: "*Consideraciones sobre la caducidad de las pretensiones de cobro de prestaciones sociales y otros derechos patrimoniales de los funcionarios públicos*"¹¹⁰. Partiendo de la revisión de aspectos procesales y sustantivos, hemos concluido:

El acceso a la justicia, el derecho de acción y la tutela judicial efectiva son garantías constitucionales que implican que toda norma, institución o precepto legal que pueda constituirse en limitante, deba interpretarse de la forma más restringida. Siendo la caduci-

109 Sentencia No. 1643 de fecha 03 de octubre de 2006 y No. 2325 del 14 de diciembre de 2006. Para el desenvolvimiento jurisprudencial véase: **AGUILAR, Ramón Alfredo**. *Consideraciones sobre la Caducidad de Cobro de Prestaciones Sociales y otros Derechos Patrimoniales de los Funcionarios Públicos*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda). Caracas, 2012

110 **AGUILAR, Ramón Alfredo**. *Ob. Cit.*

dad una de estas limitantes, consecuentemente debe estudiarse y aplicarse con previsión de no constituirla en negación absoluta de aquellos derechos y garantías, ni mucho menos en negación de otros derechos sociales de rango constitucional consagrados a favor de todos los trabajadores. Por demás, el análisis de la institución de la caducidad, permite sostener que la misma es propia y pertinente a las pretensiones constitutivas (entre ellas las de nulidad), mientras que las pretensiones de condena, por el carácter obligacional o crediticio del asunto debatido, más bien están sometidas a plazos de prescripción extintiva (susceptible de interrupción y hasta renunciante), por lo que en materia de querrelas funcionariales, debe interpretarse la norma del artículo 94 LEFP de manera concatenada a la disposición de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 32) que dispone la caducidad exclusivamente para las acciones (pretensiones) de nulidad, omisiones y vías de hecho, y no para las de naturaleza meramente patrimonial o de condena. Resulta en términos constitucionales, legales, procesales, sociales y de interpretación lógica y sistemática, inaplicable la caducidad procesal prevista en el referido artículo 94 LEFP a las demandas o querrelas de los funcionarios públicos que pretendan el pago de prestaciones sociales, indemnizaciones por accidentes o enfermedad profesionales, u otras de naturaleza indemnizatoria, las cuales en todo caso están sometidas a la institución de la prescripción extintiva, conforme al derecho que las regula¹¹¹.

3. Jornada laboral. Pago de Horas extraordinarias

La Constitución prevé los términos de las jornadas máximas de trabajo diurno y nocturno (art.90), y como consecuencia de ello la legislación laboral regula el máximo de horas extraordinarias que pueden laborarse semanal y anualmente, así como el pago de un recargo por dichas horas laboradas de manera extraordinaria o en exceso de la jornada regular. Por su parte la LEFP dispone en su artículo 69 que “[c]uando los funcionarios o funcionarias públicos, previa solicitud de la autoridad correspondiente, presten servicios fuera de los

111 *Ibidem*.

horarios establecidos en los órganos o entes de la Administración Pública, ésta, por intermedio de sus órganos de gestión, establecerá incentivos como compensación por las horas extras trabajadas". (Subrayado nuestro).

Mientras la legislación laboral tasa de forma efectiva el valor de las horas extraordinarias de trabajo y dispone la obligatoriedad de su pago¹¹²; el Estatuto crea una suerte de expectativa, insuficientemente reglamentada y que además parece dejar a la discreción del empleador, el modo, oportunidad y quantum de la indemnización respectiva (incentivo). Hasta ahora no conocemos de sentencias de los Tribunales Funcionariales que hayan acordado este beneficio en favor de los funcionarios, salvo en los casos en que dicho beneficio está previsto en las convenciones colectivas.

Lo cierto es que estando regulada la jornada laboral por expresas disposiciones constitucionales, resulta perfectamente procedente el reclamo de pago por horas extraordinarias laboradas, para lo cual existe la tasación legal dispuesta en la LOTT (art. 118), que debe aplicarse preferentemente por sobre la norma de la LEFP (art. 69), que resulta vaga, imprecisa y perjudicial a los intereses de los funcionarios.

4. Inamovilidad Laboral

Como se ha dicho, el régimen de carrera implica un sistema de mayor estabilidad para los funcionarios que superan el ordinario previsto para los trabajadores en general. Sin embargo, la legislación laboral también prevé un régimen especial y extraordinario creado para prevenir la discriminación en determinadas circunstancias o posiciones que requieren especial protección, para lo cual se dispone un régimen más garantista constituido por el "fuero sindical" y extendido a otras circunstancias de interés general como

¹¹² Artículo 118 LOTT. Las horas extraordinarias serán pagadas con un cincuenta por ciento de recargo, por lo menos, sobre el salario convenido para la jornada ordinaria. Para el cálculo de lo que corresponda al trabajador o trabajadora por causa de horas extras, se tomará como base el salario normal devengado durante la jornada respectiva.

el fuero maternal, que dan lugar a la protección denominada “inamovilidad”, también identificada generalmente como “Estabilidad Absoluta”¹¹³, siendo el primero de los mencionados (fuero sindical) de expresa previsión constitucional conforme artículo 95¹¹⁴. En relación al reconocimiento de estos fueros a los funcionarios públicos, hasta la fecha se han verificado contradictorias sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, admitiendo y rechazando la procedencia de la protección de inamovilidad en la función pública, lo que de suyo ha implicado tratamiento disímiles y genera obvia falta de certeza en cuanto al referido fuero y protección para los funcionarios públicos. Al respecto pueden revisarse contradictorias sentencias con votos salvados, Nos. 742 de fecha 05 de abril de 2006; No. 787 del 27 de abril de 2007, entre otras.

Consideramos que la protección derivada de la inamovilidad por fuero sindical y maternal, es distinta, más amplia y garantista que la protección de estabilidad propia de la carrera, en tanto protege no solo contra el retiro (despido), sino contra los traslados y desmejoras, al tiempo que resulta más garantista al disponerse un procedimiento “previo” a la destitución, cuya resolución o decisión se encomienda a un tercero¹¹⁵ y no al mismo órgano o ente empleador.

5. Tratamiento Procesal de las controversias

En el proceso judicial funcional regido por la LEFP no se aplican los principios procesales que por mandato constitucional

113 Parra Aranguren distingue la inamovilidad de la estabilidad absoluta, pues si bien ambas disponen como forma de protección la reincorporación efectiva del trabajador afectado, se diferencian en que la inamovilidad pertenece al derecho colectivo (protege intereses generales), mientras que la estabilidad pertenece al derecho individual, pues sólo protege el derecho de cada trabajador. PARRA ARANGUREN, Fernando. *La Estabilidad Laboral y su vigencia en una Economía Globalizada*. Ob. Cit.

114 “...Los promotores o promotoras y los o las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones.”

115 A diferencia de lo sostenido por las sentencias antes citadas, consideramos que la calificación de faltas y autorización para despedir (destituir) a los funcionarios investidos por fuero, no corresponde a los Inspectores del Trabajo, sino a los Tribunales Contencioso Funcionariales, por expresa disposición de los artículos 29 y 32 LEFP.

rigen los procesos judiciales del trabajo, específicamente, el principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias; el principio pro operario y de la norma más favorable; o las reglas legales sobre contestación exhaustiva de la demanda y regulación de la carga probatoria.

En relación a esta última noción hemos sostenido¹¹⁶:

“...debe advertirse que la norma del artículo 102 de la LEFP, dispone que: *“Si la parte accionada no diere contestación a la querella dentro del plazo previsto, la misma se entenderá contradicha en todas sus partes en caso de que la parte accionada gozase de este privilegio”*; con lo cual, una interpretación gramatical conllevaría a concluir que en la mayoría de los procesos que versen sobre querellas funcionariales, en tanto se siguen contra entes públicos dotados de privilegios, bastaría a la parte querellada con no dar contestación a la querella, o rechazarla de forma pura y simple, para que se entienda contradicha la demanda en todas sus partes, incluyendo los alegatos de hecho, y por consecuencia, TODA la carga probatoria recaiga sobre el querellante. Frente a esto, impregnados de un elemental sentido de justicia y equidad, consideramos que en virtud de las nociones antes transcritas y en atención al carácter social que también corresponde al derecho funcional, no puede ser tal la solución que debe darse al tema de la carga probatoria. (...)

En el proceso laboral (ordinario), en atención a la necesaria consideración del trabajador como débil jurídico, se contempla un sistema de carga probatoria distinto al sistema civil, fundamentado también en el principio de lealtad y probidad procesal, conforme al cual, al dar contestación a la demanda el accionado debe determinar *“con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuales niega o rechaza y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar”*, obligándose entonces a una contestación *“exhaustiva”*, en la que no basta con negar genéricamente los hechos y las pretensiones,

116 AGUILAR, Ramón Alfredo. *La Prueba en el Contencioso Funcionario*. Contenido en: “Manual de Práctica Forense Contencioso Funcionario”. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012.

sino que es menester dar las explicaciones y razones de la negativa o rechazo, afirmando los hechos o fundamentos de la defensa, que luego **deberán ser probados por el accionado**, desplazando así la carga probatoria. Con esto, en el proceso laboral, se sincera y equilibra la carga probatoria, obligando al patrono accionado a actuar con lealtad al negar un hecho, pues salvo que se trate de negar circunstancias extraordinarias (como las labores en horas extras, pago de comisiones, etc.) deberá dar las explicaciones que justifiquen su rechazo.

En otras palabras, la prueba de las condiciones generales de prestación del servicio (jornada, funciones, remuneración), así como las causas del despido y la constancia de haber pagado los beneficios y derechos patrimoniales de los trabajadores, por general corresponde al patrono accionado.

De forma muy diferente, aún el proceso contencioso funcional no ha alcanzado a absorber estos principios procesales, que además entran en franco contraste con los privilegios de la República, en especial aquellos que la liberan de la confesión ficta y que ante la no contestación de la demanda, presuponen ésta como contradicha en todas sus partes, tal y como lo reafirma el citado artículo 102 LEFP. Y es que el referido privilegio, como se ha indicado conlleva en la práctica al total desplazamiento de la carga probatoria sobre la parte que se contrapone a la República o ente con privilegios, aun cuando, como ocurre en materia de relación empleador-funcionario, se conoce que los medios probatorios se encuentran generalmente en manos del empleador. Es por ello que, a pesar de la existencia legal de aquél privilegio, en la jurisdicción laboral, de alguna manera ha cedido terreno ante el derecho social, como lo sostiene la doctrina¹¹⁷ y ha sido reconocido por sentencias de la Sala Constitucional¹¹⁸.

Consideramos que los jueces que conozcan de cualquier pretensión en el ámbito funcional, deben aplicar en los respectivos procesos, los principios y garantías procesales previstas por el constituyente en la norma del artículo 89 Constitucional, que amparan a

117 **García Vara, Juan.** *Procedimiento Laboral en Venezuela*, Editorial Melvin, Caracas, 2004, pp. 48-50.

118 No. 3524/2005 de 14 de noviembre y No. 1116/2010 de 16 de noviembre.

todo trabajador. Al tiempo que en este tipo de juicios debe limitarse al máximo los privilegios de la República y otros entes, en tanto colidan con las normas procesales protectoras de los prestadores de servicios subordinados.

Conclusiones

En el análisis sistemático del ordenamiento jurídico Venezolano no encontramos normas que permitan sostener la diferenciación de tratamiento de las relaciones laborales en general y aquellas donde los entes públicos fungen como empleadores. La Constitución consagra por igual las garantías, derechos y principios que rigen a “todos” los trabajadores, y sólo prevé la regulación Estatutaria para puntuales aspectos relativos a la carrera administrativa, con la finalidad de garantizar la idoneidad, imparcialidad y eficacia de la prestación de la función pública y proscribir el ventajismo, clientelismo o arbitrariedad en el proveimiento de los cargos, y el establecimiento de los beneficios y condiciones de la relación de trabajo público.

Las normas laborales a nivel internacional y nacional, regulan fundamentales aspectos de la prestación de empleo público, incluyendo expresas regulaciones para los aspectos más sensibles o complejos de la laboralización de la función pública, como la sindicación, la negociación colectiva y la huelga, previendo los sujetos excluidos, así como las áreas o actividades donde en atención al interés colectivo pueden limitarse estos derechos.

No se justifica en el contexto del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que dispone la Constitución Nacional, en la concepción del trabajo como hecho social, pretender discriminaciones infundadas, ni mucho menos consentir la existencia de un modelo de relación Estatutaria que implique una especial “relación de sujeción”, la unilateralidad del establecimiento de las condiciones de empleo, ni que niegue la existencia de “derechos adquiridos”.

BIBLIOGRAFÍA

- **AGUILAR, Ramón Alfredo.** *“Consideraciones sobre la Caducidad de Cobro de Prestaciones Sociales y otros Derechos Patrimoniales de los Funcionarios Públicos”*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda). Caracas, 2012.
- _____ *“La Prueba en el Contencioso Funcionarial”*. Contenido en: *“Manual de Práctica Forense Contencioso Funcionarial”*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012.
- **BREWER CARIAS, Allan.** *“Debate Constituyente (Aporte a la Asamblea Nacional Constituyente)”*. Tomo III. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999.
- _____ *“El Estatuto del Funcionario Público en la ley de Carrera Administrativa”*. Comisión de Administración Pública. Caracas, 1971.
- _____ *“Las Constituciones de Venezuela”*. 3era edición. Tomo I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.
- **CABALLERO ORTIZ, Jesús.** *“El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público”*. Ediciones Paredes. Caracas, 2006.
- _____ *“Incidencias del Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público”*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.
- _____ *“Situación de los Empleados Contratados al Servicio de la Administración Pública.”* http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/65/rucv_1986_65_46-68.pdf.
- **CALDERA, Rafael.** *“Derecho de Trabajo”*. 2ª Edición. Librería El Ateneo. Argentina, 1960.
- **CARRILLO ARTILES, Carlos Luis.** *“La Reorbitación de los Deberes y Derechos de los Funcionarios Públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública”*. En: *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela*. Fudena, Caracas, 2005.
- **COPI, Irving y COHEN, Carl.** *“Introducción a la Lógica”* Segunda Edición. Limusa. México, 2011.

- **DE LA CUEVA, Mario.** "El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)". Compilación y semblanza de Ana Luisa Izquierdo y De la Cueva. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. México D.F, 1994.
- **DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio.** *Derecho de la Función Pública. La Experiencia Venezolana.* Vadell Hermanos Editores, Caracas, Venezuela, 2004.
- "Derecho internacional del trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho". Organización Internacional del Trabajo. Centro Internacional de Formación. Turín, 2010.
- **GARCIA VARA, Juan.** "Procedimiento Laboral en Venezuela", Editorial Melvin, Caracas, 2004.
- **GERNIGON, Bernard y otros.** "Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga." Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000.
- **PARRA ARANGUREN, Fernando.** "La Estabilidad Laboral y su vigencia en una Economía Globalizada." En "I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia Ley y Jurisprudencia Laborales su impacto en el desarrollo económico". Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 2005.
- **RODNER S., James-Otis.** "El Dinero, La Inflación y Las Deudas de Valor. Caracas 1995.
- **RONDON DE SANSÓ, Hildegard.** "El funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo". Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.
- **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel.** "Derecho de la Función Pública". Sexta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2011.
- **SANTA MARÍA, Pastor.** "Principios de Derecho Administrativo". Volumen I. Tercera edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, s.a. Madrid, 2001.
- **TARELLO, Giovanni.** . "La Interpretación de la Ley". Palestra editores. Lima, 2013.
- **TUGENDHAT, E.** "Justicia y Derechos Humanos". Universitat de Barcelona Publicaciones.
- **UROSA MAGGI, Daniela.** *Régimen Estatutario del Funcionario Público en la Constitución de 1999.* En: El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Fudena, Caracas, 2.005.

- **VILLASMIL PRIETO, Humberto.** *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del Artículo 8.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 85. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1992.
- **VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo.** “*Derecho Administrativo Laboral*”. Tomo 1. Novena edición. Bogotá, 2010.
- **VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.** Caracas, noviembre de 1977. http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1978/BolACPS_1978_37_74_271-278.pdf
- **ZERPA, Levis Ignacio.** “*La Argumentación Jurídica*”. En: Curso de capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002.

LEYES NACIONALES

- Constitución de 1947 Gaceta Oficial No. 197 Extraordinaria de fecha 30 de julio de 1947.
- Constitución de 1961 Gaceta Oficial No. 662 Extraordinaria de fecha 23 de enero de 1961
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial No. 36.860 Extraordinario del 30 de Diciembre de 1.999; reimpressa en Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000; y enmendada y publicada en Gaceta Oficial No. 5.098 del 19 de febrero de 2.009.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores”. Publicado Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.076 Extraordinario, de fecha 7 de mayo de 2012.
- Enmienda Constitucional No. 2, publicada en gaceta Oficial No. 3.224 Extraordinaria de fecha 24 de julio de 1983.
- Ley aprobatoria del Convenio No. 87 de la OIT promulgada en fecha 1° de septiembre de 1982, publicada en Gaceta Oficial No. 3.011, Extraordinaria del 3 de septiembre de 1.982.
- Ley aprobatoria del Convenio 98 OIT de fecha 6 de agosto de 1.969, publicada en Gaceta Oficial No. 28.709 del 22 de agosto de 1.969.

- Ley del Estatuto de la Función Pública Publicado en Gaceta Oficial No. 37.522 del 6 de septiembre de 2002.
- Ley de Alimentación para los Trabajadores Publicada en Gaceta Oficial No. 39.666 de fecha 04 de mayo de 2011
- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo Publicada en Gaceta Oficial N° 38.236 de fecha 26 de Julio del 2005.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo publicada en Gaceta Oficial No. 37.995 del 05 de agosto de 2004
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Decreto-ley No. 6.286, publicado en Gaceta Oficial No. 5.892 Extraordinario, del 31 de julio de 2008
- Ley Orgánica del Poder Electoral publicada en Gaceta Oficial No. 37.573 del 19 de noviembre de 2002
- Ley Orgánica del Ministerio Público publicada en Gaceta Oficial No. 38.647 del 19 de marzo de 2007.
- Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios Publicada en Gaceta Oficial No. 5.976 Extraordinaria de fecha 24 de mayo de 2010.
- Ley Contra la Corrupción Publicada en Gaceta Oficial No 5.637 Extraordinaria de fecha 07 de abril de 2003
- La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal Publicada en gaceta Oficial No. 6.013 Extraordinaria de fecha 23 de diciembre de 2010.
- Ley de Carrera Administrativa publicada en Gaceta Oficial No. 1.428 Extraordinaria de fecha 03 de Septiembre de 1970
- Ley Orgánica del Trabajo de 1990 publicada en Gaceta oficial No. 4.240 Extraordinaria de fecha 20 de diciembre de 1990
- Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico Publicada en Gaceta Oficial No. 2.146 Extraordinaria de fecha 28 de enero de 1978
- Ley Orgánica de Educación Publicada en gaceta Oficial No. 2.635 Extraordinaria de fecha 28 de julio de 1980

- Ley del Servicio Exterior de 2001 Publicada en Gaceta Oficial No. 37.254 e fecha 6 de agosto de 2001
- Ley Orgánica del Servicio exterior publicada en Gaceta Oficial No. 40.217 de fecha 30 de julio de 2013.
- Ley Orgánica de Educación publicada en Gaceta Oficial No. 5.929 Extraordinaria de fecha 15 de agosto de 2009
- Reforma de la Ley del Servicio Exterior Publicada en gaceta Oficial No. 38241 de fecha 2 de agosto de 2005.

PÁGINAS WEB

- www.ilo.org
- www.tsj.gov.ve
- http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/65/rucv_1986_65_46-68.pdf.
- http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1978/Bo-IACPS_1978_37_74_271-278.pdf

Este libro se terminó de imprimir
en septiembre de 2014
en los Talleres Gráficos de:



LITO FORMAS

Calle 13 con Carrera 15, No. 15-21
Telf. (0276) 343 83 34 - 342 93 14
Barrio Obrero - San Cristóbal,
Estado Táchira, Venezuela.

Edición de 1.000 ejemplares