

Consultoría Jurídica

División de Dictámenes

Nº 01 - 2008

CONSULTA: El Presidente de la Comisión Bancaria del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), se ha dirigido esta Consultoría Jurídica a fin de solicitar opinión “...en cuanto a la situación del personal contratado y la aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo y la Ley del Estatuto de la Función Pública...” Al respecto, manifiesta que “...surgen ciertas inquietudes, específicamente con la aplicación del artículo 38 de la Ley del Estatuto de la Función Pública que establece que el régimen aplicable al personal contratado será aquel previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral, y con la aplicación del artículo 74 de la Ley Orgánica del Trabajo...”

DICTAMEN: En opinión de esta Consultoría Jurídica, en caso de haberse prorrogado en varias oportunidades y de forma reiterada los contratos de alguno de sus trabajadores, estos pasaron a ser contratados por tiempo indeterminado. No significando con ello, que exista la posibilidad de que puedan ingresar a la carrera, tal y como lo establece el artículo 39 de la Ley del Estatuto de la Función Pública al señalar: “En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública”; constituyendo el régimen aplicable a estos trabajadores lo previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 eiusdem, sin dejar de lado que la misma Ley in comento sólo admite una condición especial para permitir la contratación en la Administración Pública, y es en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado.

Para dar respuesta a este planteamiento, debe esta Consultoría Jurídica en primer lugar, mencionar el carácter excepcional que en nuestro ordenamiento jurídico reviste el contrato de trabajo por tiempo determinado, pues su celebración sólo es procedente cuando lo exija la naturaleza del servicio; cuando tuviere por objeto sustituir provisional y lícitamente a un trabajador o en el supuesto de contratos de trabajo celebrados por venezolanos para la prestación de servicios fuera del país.

Así el artículo 74 de la Ley Orgánica del Trabajo señala que el contrato de trabajo por tiempo determinado “... concluirá por la expiración del término convenido y no perderá su condición específica cuando fuese objeto de una prórroga”. Sin embargo,

en caso de dos (2) o más prórrogas, el contrato se considerará por tiempo indeterminado.

De allí que, en el supuesto de haberse prorrogado en varias oportunidades y de forma reiterada los contratos de alguno de sus trabajadores, estos pasaron a ser contratados por tiempo indeterminado. No significando con ello, que exista la posibilidad de que puedan ingresar a la carrera, tal y como lo establece el artículo 39 de la Ley del Estatuto de la Función Pública al señalar: *“En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública”*, constituyendo el régimen aplicable a estos trabajadores lo previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 eiusdem, sin dejar de lado que la misma Ley in comento sólo admite una condición especial para permitir la contratación en la Administración Pública, y es en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado.

En tal sentido, es necesario destacar que el ingreso de personal a la Administración Pública, bajo la figura de funcionario de carrera debe hacerse a través de un concurso público, de conformidad con lo previsto en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, cuya organización y realización está a cargo de la oficina de recursos humanos del órgano o ente respectivo, según lo prevén los artículos 41 y siguientes de la citada Ley.

De manera que, una vez cumplido el requisito del concurso, contemplado en el Título V Capítulo I de este instrumento legal, y éste haya sido ganado por un contratado de la institución - en ese caso- se produciría un cambio en el régimen a aplicar; es decir, del sistema regido por la Ley Orgánica del Trabajo pasará al regulado por la Ley

del Estatuto de la Función Pública, y en tal supuesto, dicho trabajador deberá renunciar a su contrato de trabajo para poder ser trasladado al régimen de carrera administrativa y ser nombrado funcionario público de carrera.

Al respecto, es importante señalar, que tal criterio fue mantenido en sentencia emanada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Expediente N ° 24027, del año 2003, con ponencia del Magistrado Perkins Rocha Contreras, en la cual se estableció lo siguiente:

“... Así, la exigencia de ingresar a la carrera mediante concurso no puede ser obviada por este Juzgador, ya que ello constituiría una clara violación de los principios contenidos en el ordenamiento jurídico, no pudiendo sostenerse que el cumplimiento de los requisitos legales establecidos para el ingreso a la carrera municipal constituyan un falso supuesto de derecho como pretende el apelante, pues dicho cumplimiento es lo procedente y adecuado desde el punto de vista jurídico y en estricta sujeción al ordenamiento jurídico vigente.

Sin embargo, tanto en el ámbito local como en el nacional existe una práctica irregular sostenida por la Administración, al no cumplir con las normas de ingreso de los funcionarios públicos, tal y como lo exigen sus respectivos ordenamientos jurídicos; dando lugar a la existencia de innumerables funcionarios de hecho que, como se explicó al inicio del presente fallo, la jurisprudencia ha tratado de compensar acudiendo a criterios como la determinación del tiempo de servicio y la naturaleza de las funciones para asimilarlos a un funcionario de carrera y reconocerles derechos propios de dichos funcionarios.

Así, la doctrina administrativa, precisamente para aportar una solución de justicia para los funcionarios de hecho, lo que ha reconocido es el derecho del funcionario de percibir los beneficios económicos de su trabajo como una especie de compensación, mas en ningún caso es permisible convertir en ajustado a derecho lo que ha nacido irregular.

La solución de justicia no exige, como lo ha venido haciendo la

jurisprudencia, equiparar al funcionario irregularmente ingresado a un funcionario de derecho, pues el propio funcionario de hecho contribuye con su aceptación del ingreso irregular, a la ausencia de un acto de ingreso dictado de conformidad con el ordenamiento jurídico, todo ello con independencia de la responsabilidad que se genera en cabeza del funcionario que debe velar por el ingreso regular.

En atención a las consideraciones anteriormente expuestas, esta Corte modificando el criterio hasta la fecha sostenido, concluye que el funcionario que ha ingresado irregularmente (bien mediante designación, bien mediante contrato) tiene derecho a percibir los beneficios económicos derivados de su efectiva prestación de servicios, empero por lo que atañe a su estabilidad y los derechos derivados de ésta, no puede asimilarse a un funcionario de derecho, tal y como lo prevé la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley del Estatuto de la Función Pública y así se decide.”(Destacado de esta Consultoría Jurídica).

Sin embargo; señala igualmente esta sentencia, lo siguiente:

“Por otra parte, los funcionarios que se encuentren en el desempeño de un cargo de carrera en situación irregular –bien como contratado o bien siendo funcionario de hecho-, tendrán derecho a concursar para optar a la condición o “status” de carrera y el tiempo de servicio prestado por ellos, así como las condiciones en las cuales haya desempeñado sus servicios, deberán ser estimados por la Administración en el baremo o método de evaluación que a los efectos del concurso se establezca.”

Siendo contestes con lo anterior, vale la pena acotar, que una vez realizado el respectivo concurso, habrá de considerarse en opinión de este Despacho, los siguientes aspectos con relación a la antigüedad del trabajador; por tratarse ésta de un beneficio que se causa y se acrecienta en términos patrimoniales, en la medida que la relación de trabajo transcurre o se hace más antigua, que no se pierde cualquiera sea el motivo de la terminación de la relación laboral; de forma tal que:

El tiempo laborado por los trabajadores contratados bajo el marco de la Ley Orgánica del Trabajo, deberá ser computado para los efectos de jubilación y otros beneficios derivados de la Ley del Estatuto de la Función Pública, ya que no existe una verdadera terminación del vínculo jurídico, sino que se pasa de un régimen a otro, por lo que no pueden disminuirse los beneficios que han adquirido los trabajadores en el transcurso del tiempo, dando así cumplimiento a lo establecido en el artículo 34 del Reglamento de la Ley Carrera Administrativa, aún vigente, el cual dispone:

“...a los efectos del pago de las prestaciones sociales se tomará en cuenta el tiempo de servicio prestado como funcionario o contratado...”

En el mismo orden de ideas, el tiempo laborado por el trabajador contratado debe ser tomado en cuenta para sus vacaciones, con base en el artículo 17 del mismo Reglamento que indica:

“Para determinar la duración del período de vacaciones y su remuneración se tomará en cuenta el tiempo de servicio en cualquier organismo público, incluyendo: 1. El prestado como contratado a tiempo completo o a medio tiempo”

Finalmente, y siguiendo las consideraciones anteriores, debe computarse el tiempo laborado por el trabajador contratado a los efectos de su futura jubilación, en virtud de lo establecido en el artículo 10 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, el cual establece:

“Artículo 10.- La antigüedad en el servicio a ser tomada en cuenta para el otorgamiento del beneficio de la jubilación será la que resulte de computar los años de servicios prestados en forma ininterrumpida o no, en órganos y entes de la Administración Pública. La fracción mayor de ocho (8) meses se computará como un (1) año de servicio.

Consultoría Jurídica

División de Dictámenes

Nº 01 - 2008

A los efectos de este artículo, se tomará en cuenta todo el tiempo de servicio prestado en la Administración Pública como funcionario o funcionaria, obrero u obrera, contratado o contratada,...

Por último, esta Consultoría Jurídica, exhorta, no solo al ente consultante, sino a todos los entes de la Administración Pública a efectuar un proceso de regularización de titularidad de todos y cada uno de los trabajadores contratados que son requeridos dentro de la estructura formal de cargos, razón por la cual están obligados, cuando ese sea el caso, a solicitar ante el Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo, la creación de los cargos necesarios o en su defecto por decisión ejecutiva del ente, crear los mismos.

En estos términos, queda expresada la opinión de esta Consultoría Jurídica.

Atentamente,

Por delegación del Ministro del Poder Popular
Para el Trabajo y Seguridad Social

Abog. ÁNGEL LUIS LEÓN RODRÍGUEZ
Director General de Consultoría Jurídica
Según Resolución Nº 5452 de fecha 13/09/2007
Gaceta Oficial Nº 38.769 de fecha 14/09/2007

YRT/JG /MMG