

JL3847
T3

María Aura T de Dávila

EL FUNCIONARIO
EN EL CONTEXTO DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Facultad de Derecho
Curso de Post-Grado
Mérida Venezuela
1978

Adquirido por Donación
Fecha: 08 DIC. 1981

BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

A Rafael y a mis hijos
dedico.

"lo que es adecuado en una etapa y en un lugar, puede ser erróneo en otros". Así, pues, no se intentará en el presente estudio buscar o establecer "una manera correcta de hacer las cosas" que sea válida en todo el mundo de la administración.

Lo que es posible y lo que es efectivo en cuestiones de administración son tan locales como los valores que, en última instancia, los permitan.

NN.UU

INTRODUCCION

El presente estudio tiene por objeto, realizar un análisis de los funcionarios públicos en Venezuela, sobre todo como intento para superar las persistentes dificultades resultantes de la falta de una definición legal y de los deficientes, cuando no equivocados, criterios doctrinarios y jurisprudenciales en la conceptualización de las diferentes categorías de los agentes que prestan sus servicios al Estado y el diferenciado régimen jurídico que les corresponde.

Sobre el eje de esa cuestión central se procura esclarecer los demás aspectos conectados a la función pública y, en particular, algunos importantes problemas, hoy muy debatidos, como el del derecho de los funcionarios y empleados públicos a la contratación colectiva.

M. Aura t de Dávila
M. Aura t de Dávila.

C A P I T U L O I

CONCEPTUALIZACION

Sumario: 1.- Doctrina y derecho comparado.--
2.- La noción del funcionario en el derecho
venezolano. Evolución del concepto. 3.- Textos de derecho positivo. 4.- Doctrina. 5.--
Crisis de la noción tradicional y necesidad de una nueva conceptualización. Alternativas.

Doctrina y derecho comparado

En el Estado moderno reviste gran interés el estudio de la diversa actividad, situación y regímenes jurídicos, de los agentes que le prestan sus servicios y a través de los cuales como ente jurídico - expresa su voluntad, se relaciona o actúa.

El interés de ese estudio aumenta por la diferencia de los enfoques doctrinarios; por el distinto contenido y peculiaridades de cada derecho nacional;

y por la compleja y problemática acción estatal, dirigida cada vez más a la intervención en el campo -- privado, constituyéndose el Estado en algunos países no sólo en el gran empleador, sino también en el -- gran inversionista, circunstancia ésta que crea una gran diversidad de situaciones las cuales deben ser analizadas y sistematizadas.

Distintos aspectos han sido tomados en consideración para conceptualizar al funcionario. Estos aspectos por los cuales se le caracteriza varían de acuerdo a la corriente doctrinaria, tales como: ingreso a los servicios públicos, permanencia en el cargo, extensión de atribuciones, remuneración, profesionalidad, ejercicio de funciones públicas.

La Doctrina Francesa en líneas generales ha adoptado cierta unidad, ha caracterizado al funcionario público por la "ocupación de un empleo permanente incluido en la jerarquía administrativa, y ocupación de ese empleo con carácter permanente"¹ Bonnard, define al funcionario público como la persona que ocu

1.- DE LA VALLINA, J.L. "El Nuevo Estatuto Francés de Funcionarios". Revista de Administración Pública. Instituto de Estudios Políticos. Septiembre-Diciembre. Madrid. No. 39. pp. 531. 1962.

pando un cargo permanente en los cuadros administrativos, participa en el funcionamiento de un servicio público"²; constituyendo los funcionarios tan solo una parte de los individuos empleados de la Administración Pública, diferenciándose de los agentes que carecen de dicha cualidad por diversas notas:

Los funcionarios entran voluntariamente en relación con la administración pública, de manera permanente, siendo incluidos orgánicamente en cuadros legalmente establecidos y haciendo del servicio su profesión y carrera.

Distingue Bonnard en consecuencia las autoridades y los agentes, siendo estos últimos los encargados de hacer funcionar los servicios públicos bajo la dirección de las autoridades; no obstante para Bonnard no todos los agentes son funcionarios, por cuanto a estos últimos los distingue en agentes funcionarios y agentes no funcionarios: requisados, auxiliares (empleados), contratistas y concesionarios de servicios.

Gaston Jeze.- Distingue igualmente varias categorías de los agentes al servicio del Estado: Gobernantes, son agentes que de "hecho disponen de mayor -

2.- BONNARD., en ALTAMIRANDA, Pedro G., "Curso de Derecho Administrativo"., Ediciones Depalma., Buenos Aires., 1972., pp 581.

poder, dictan por sí mismos las leyes que determinan el límite de su competencia"³, su actividad y función se halla sometida al ámbito del Derecho Constitucional.

Los funcionarios públicos.-Son "los individuos investidos, aunque sea temporariamente, de un empleo permanente, normal, para colaborar en el funcionamiento de un servicio público"⁴. Caracterizándose el funcionario público:

por el carácter permanente del empleo, de la función, pero no necesariamente debe ser permanente el goce del empleo; y que la actividad personal del agente se consagre al funcionamiento de un servicio público; sin importar la clase de actividad realizada: actos jurídicos, operaciones materiales, el modo de reclutamiento de estos agentes; siendo indiferente que el servicio sea remunerado o gratuito, voluntario o forzado.

En consecuencia no son funcionarios públicos - los agentes que trabajen para un servicio administrativo que no sea un servicio público. Su actividad no está sometida a normas de derecho privado, sino a un régimen jurídico especial.

Los auxiliares.- Son los agentes que no forman parte de los cuadros permanentes, su actividad personal es temporaria, excepcional y ocasionalmente, es-

3.- JEZE, Gaston., "Principios Generales del Derecho Administrativo"., Editorial Depalma. Buenos Aires. - 1949., pp. 227.

4.-Ibidem, p. 267.

tan sometidos a un régimen de derecho privados, son los empleados.

Los Requisitos.-La prestación exigida a estos agentes "se halla bien determinada, pues queda colocado por la fuerza, mediante la manifestación unilateral de voluntad de un agente público, en una situación jurídica individual"⁵.

Lo importante de la distinción de Jeze aunque imprecisa y ambigua, es el sometimiento de cada categoría de agentes a diferentes régimen jurídico.

Berthelemy.-Se debe a éste autor la distinción de los agentes en : funcionarios de autoridad y funcionarios de gestión, tomando en consideración no ya la naturaleza del servicio público, sino el contenido de la obligación, en el funcionario de autoridad hay ejercicio de la potestad pública que se representa, "diríase la autoridad del funcionario tiene por objeto la ejecución de actos jurídicos de derecho público, es decir, de declaraciones para todos obligatorias, o ejercer por su medio el poder de mandar, entonces la función está revestida de poder público,

5.- Ibidem, pp. 251.

y constituye una función de autoridad".⁶

Los funcionarios de gestión prestan sus servicios "en nombre y por cuenta del Estado, pero sin e jercicio de poder respecto del otro sujeto de la relación"⁷; su actividad consiste en la realización o gestión por cuenta y en representación del Estado pero no usando la potestad de éste. Este grupo de agentes se hallan sometidos al derecho común porque la función que consiste en cumplirlos puede ser con siderada como una locación de servicio, vendrían a constituir el grupo de los empleados públicos a quie nes se les aplicaría las leyes de trabajo.

La importancia de la posición de Berthelemy ra dica en la distinción de los agentes al servicio del Estado de acuerdo a los actos que emiten y el someti miento de cada categoría a distinto régimen jurídico.

Duguit, Hauriou, Rolland..- Este grupo de autores aún con terminología diferente caracterizan al -- funcionario público: por la pertenencia a cuadros ad ministrativos permanentes y estables, ocupación de un empleo permanente y regular e investidura por au²

6.- BERTHELEMY, en BIELSA, Rafael., "Derecho Adminis trativo"., Tomo II., Librería y Editorial "El Ateneo Buenos Aires., 1947., pp. 92.

7.- Ibidem, p. 94.

toridad competente. En cambio los agentes no funcionarios se distinguen de los anteriores porque si --- bién forman parte de los cuadros administrativos, el empleo no es permanente, es transitorio, no toman de cisiones jurídicas, sino que se limitan a prepararlas o ejecutarlas.⁸

Ahora bién para la doctrina y jurisprudencia francesa, los elementos que caracterizan la situación del funcionario público son: "la ocupación de un empleo permanente en una administración pública francesa y la titularización, acto que confiere a un agente la cualidad de funcionario integrándolo en la jerarquía administrativa".⁹ En consecuencia solo a algunos agentes de la administración se aplica el término de funcionario público; una gran parte de los agentes administrativos se encuentran bajo un régimen de derecho privado y su actividad se desarrolla bien en las empresas del Estado, o bién en servicios industriales o comerciales administrados por el Estado.

8.- GARCIA-TREVIJANO, José Antonio., "Tratado de Derecho Administrativo"., Tomo III. Vol. I., Editorial Revista de Decno. Privado., Madrid. 1970. pp. 383.

9.- DEBBASCH, Charles., "Ciencia Administrativa Administración Publica"., Estudios Administrativos., 1972 pp. 331.

Como categoría especial, los funcionarios públicos en Francia están regulados por el Estatuto General de Funcionarios, aprobado por ordenanza del 4 de Febrero de 1959, el cual establece los principios fundamentales referentes a la función pública.

La Doctrina Italiana.- Se aleja sustancialmente de la doctrina francesa, ya no se toma en cuenta la pertenencia a cuadros administrativos permanentes, la consagración al funcionamiento de un servicio público; según la opinión predominante se distingue al funcionario público como "las personas que ocupan -- los pubblici uffici, es decir, los titulares de los órganos, en cuyo carácter expresan la voluntad de la administración para la cual actúan"¹⁰ En cambio el empleado público "es el que realiza una prestación permanente, profesional y retribuida de su actividad;"¹¹ no obstante ambas cualidades pueden ostentarse, así hay funcionarios que además de ocupar un ufficio lo hacen profesionalmente y por retribución, en éste caso además de ser funcionario se es también empleado público.

10.-PETROZCIELLO, en SAYAGUEZ L, Enrique., "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo. 1959.p. 258.

11.-PETROZCIELLO. en ALTAMIRANDA, Pedro., "Ob cit" - pp. 582.

Santi Romano.-Distingue tres tipos de personas que pueden actuar para la administración pública; -" las que lo hacen forzosamente en virtud de prestaciones personales, las que lo hacen en virtud de un derecho político, y los que lo hacen en base a su voluntad consciente y por actos especiales."¹² Estos últimos son a su vez subdivididos en dos grupos: Funcionarios Públicos, no es preciso para éste autor -- que el funcionario se ligue a la función de una manera más o menos permanente o que su actividad sea retribuida, lo indispensable es que el funcionario represente al ente, por lo tanto, Funcionario Público- "es la persona que concurre a la formación de la voluntad de un ente público dirigida a la consecución de un fin público y, además, el que ejecuta dicha voluntad representando a dicho ente".¹³

El empleado público se caracteriza porque no representa al ente y son las personas que entran en relación con la administración de manera voluntaria y profesional, para la prestación permanente y remunerada de su actividad,"¹⁴ se hallan al servicio ex-

12.-GARCIA-TRAVIJANO, José Antonio., "Ob cit"p. 393.

13.- Ibidem, p. 395.

14.- Ibidem, p. 397.

clusivo de la nación, es decir su empleo en la administración pública es incompatible con cualquier otra actividad aún de índole privada, como el ejercicio del comercio y la industria, salvo excepciones determinadas por la Ley.

En Italia el empleo público se rige por el Decreto de 1.923, No. 2935 que regula el tratamiento económico y la causa de la Carrera, y el Decreto del 30 de Diciembre de 1923 que regula el estado jurídico de los Empleados Civiles del Estado.

En Alemania Federal, se destaca la separación entre el funcionario (beante) regido por el derecho público y los empleados (angestellten) sometidos al regimen de convenios colectivos de derecho privado, separación que se efectúa según las funciones realizadas. Los funcionarios "son los agentes que ejercen a título permanente atribuciones dependientes de la soberanía o que por razones de seguridad del Estado o de la vida pública no pueden confiarse a personas sometidas a relaciones de trabajo de derecho privado."¹⁵ En cambio los empleados desarrollan actividades comparables a la del sector privado, especialmen

15.- DEBBASCH, Charles., "Ob cit", pp. 332.

te las económicas y en consecuencia, no pueden darse a los agentes que se encargen de ellas más que con un estatuto de derecho privado. El régimen jurídico de la función pública se rige por una Ley Federal para los funcionarios de la Federación y de los establecimientos públicos.

En Inglaterra, el campo de la función pública no ha sido nunca circunscrita a la Ley. La función pública engloba a todos aquellos que se encuentran al servicio de la Corona a título civil, a excepción de las personas que ejercen funciones políticas o judiciales y que son remuneradas enteramente por los fondos que requieren del voto favorable del Parlamento inglés.

La actual administración pública británica es la continuación de la antigua Casa Real, por intermedio de la cual los Soberanos gobernaban en otros tiempos al país, pero aún cuando las competencias han variado con el tiempo, sin embargo, todos los funcionarios continúan, teóricamente, siendo considerados como dependientes directos del Soberano.

Las características más notables de la función pública "son sin duda su imparcialidad política, sus relaciones con los ministros, sus procedimientos de

selección, y su administración centralizada bajo el control de la Tesorería y la naturaleza extralegal - de la relación de servicio a la Corona."¹⁶

No hay, efectivamente, legislación básica relativa a la función pública en la Gran Bretaña. "La política seguida en esta materia ha sido elaborada - por los gobiernos que han estado a la cabeza del país y que, con el fin expresado, han hecho uso de los poderes que les ha conferido la prerrogativa real!"¹⁷

La concepción soviética.- No existe en la Unión Soviética una función pública distinta en el sentido como lo entendemos en los países occidentales. En la práctica, se distingue en la Administración soviética el personal responsable, que puede tomar decisiones administrativas: funcionarios; y el personal auxiliar, que sólo efectúa operaciones técnicas de ejecución: empleados. En consecuencia funcionario es "toda persona que ejerce de una manera - permanente o temporal funciones administrativas de - representación de poder o que ocupa en las institu--

16.-WADE, H.W.R., "Derecho Administrativo"., Estudio de Administración., Instituto de Estudios Políticos. Madrid., 1971., pp. 31.

17.-NOTTAGE, Raymond., "La fonction publique en Grande-Bretagne"., Rev. La Fonction Publique. Institut - International des Sciences Administratives. Bruxelles

ciones del Estado, o en las organizaciones sociales, funciones de administración o de organización o funciones administrativas"¹⁸.

Los elementos que caracterizan al funcionario en la Unión Soviética son: a) la autoridad de que -- disponen los agentes públicos, desde este punto de vista, aparte de los agentes de fuerza pública, varios tipos de organismos pueden usar la coacción, como los comités de barrio que pueden imponer ciertas multas, ya que para la concepción soviética son funcionarios todas aquellas personas que ejercen funciones administrativas de representación de poder no sólo en las instituciones del Estado, sino también en las organizaciones sociales. b) tipo de función ejercida, disponen de cierto poder jerárquico en el seno de las empresas y de las administraciones estatales, ejecutan tareas de concepción, de dirección, de control.

La doctrina española, sigue un criterio amplio conceptuando al funcionario público "como aquellos - funcionarios que en virtud de nombramiento legal de

18.-STAROSCIAK, Jerzy., "Situation de la fonction publique dans les Etats socialistes"., Revista La Fonction Publique., Institut International des Science - Administratives., Bruxelles., pp. 115.

sempañan servicios de caracter permanente, figuran - en las correspondientes planillas y perciben sueldos o asignaciones fijas con cargo a los correspondientes presupuestos."¹⁹ Teniendo como notas características: legalidad de su nombramiento, permanencia de sus servicios, y la retribución con cargo a los presupuestos.

Este criterio amplio lo encontramos plasmado en el artículo 1^o de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado del 7 de Febrero de 1964, "podemos considerar funcionarios públicos a toda persona incorporada a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo".²⁰ De lo anteriormente expuesto podemos deducir que para la doctrina y legislación no existe un criterio diferenciador de los agentes que prestan sus servicios para la administración pública, solo existe la categoría de funcionarios públicos cuando concurren las notas características: legalidad del nombramiento, permanencia del servicio y retribución con cargo a los presu

19.- ENTRENA CUESTA, Rafael., "Curso de Derecho Administrativo", 2^a edición, Editorial Tecnos, S.A. Madrid., pp. 357.

20.- Ibidem, pp. 354.

puestos.

Países Hispanoamericanos.- Existen muchos factores presentes en estos países, tales como: raza, - lengua, religión, historia, ideología, de lo que se podría esperar que tuviese más uniformidad las situaciones administrativas, pero a pesar de ello los niveles de funcionamiento administrativo son aún desiguales. No todos ellos poseen sistemas modernos de carrera a base de méritos. Las relaciones entre el Estado y sus funcionarios son reglamentadas por Códigos de servicio civil que incluyen disposiciones - que figuran en las Constituciones. Se sigue generalmente la práctica Europea de adoptar disposiciones - para casi todos los aspectos de la Administración Pública en estatutos y textos reglamentarios que abarcan a personas permanentemente nombradas para desempeñar un cargo permanente creado por la Ley y directamente remunerado con los ingresos del Estado, con la excepción de jueces, funcionarios de la rama legislativa y las fuerzas armadas; el personal contratado y el personal de las empresas públicas no están usualmente comprendidos.

Los principales países que doctrinariamente se han destacado en materia administrativa, tenemos: Mé

xico, Argentina y Uruguay. En México, distingue la doctrina y la Legislación, tres categorías de agentes: Altos funcionarios, y está constituida por el grupo de agentes que con tal caracter señala el art. 108 de la Constitución Federal Mexicana y en la misma forma se les clasifica en el artículo 2º de la -- Ley de Responsabilidad de Funcionarios y Empleados -- de la Federación.

Los funcionarios, constituidos por el grupo de agentes que "detentan un cargo especial transmitido en principio por la Ley, que crea una relación externa que da al titular un caracter representativo, mientras que los empleados solo supone una vinculación interna que hace que su titular solo concorra a la formación de la función pública."²¹ De tal manera -- que examinando cada uno de los funcionarios, se encuentra que todos ellos tienen ese carácter representativo que los coloca como intermediarios entre el Estado y los particulares. Al lado de estos hallamos a un grupo de agentes de la administración quienes van a desempeñar las tareas necesarias para auxi

21.- FRAGA, Gabino., "Derecho Administrativo"., Editorial Porrúa, S.A. Novena Edición., México., 1962.- pp. 131.

liar a los representantes, y solo guardan la relación interna con el servicio al que pertenecen.²²

Por su parte Marienhoff en la Argentina, hace distinción entre funcionarios públicos y empleados públicos, aún cuando en los textos legales no existe disposiciones "expresas que establezca en forma concreta una diferencia entre funcionarios y empleados públicos, es obvio que esa diferencia existe. Tal distinción no solo es conceptual, sino también, en cierto sentido, de régimen jurídico."²³

Desde un punto de vista restrictivo, "funcionario público y empleado público es toda persona que con las modalidades a que me referiré, realice o que contribuya a que se realicen funciones esenciales y específicas propias de la administración pública, -- considerada ésta en sentido substancial, material u objetivo".²⁴ En consecuencia quedan incluidas todas las personas que realicen o colaboren a realizar funciones administrativas propiamente independientemente del órgano ejecutor. Lo que caracteriza al funcionario público que lo distingue del empleado públi

22.- FRAGA, Gabino., "Ob cit"., pp. 135.

23.- MARIENHOFF, Miguel., "Tratado de Derecho Administrativo"., Tomo II. Abelardo-Perot. Buenos Aires. 1966

24.- Ibidem, p. 37.

co es la índole de la actividad ejercida por la persona respectiva, así los empleados, limitan su actividad a cumplir directivas o a ejercitar actividades materiales, y se hallan encuadrados en niveles jerárquicos de menos transcendencia, constituyendo el organismo burocrático de la nación. Ahora bien, los funcionarios públicos son los agentes que expresan el criterio, pensamiento o voluntad de la administración en un determinado asunto y actúa en jerarquía de cierto nivel superior. "No es posible ni recomendable, dice el autor, trazar con exactitud una línea fija de separación entre el funcionario y el empleado, pues ello depende del caso concreto, del organismo administrativo de que se trate."²⁵

En opinión de Rafael Bielsa la institución de función pública a diferencia de la de empleado, no está subordinada a la mayor o menor duración del servicio, ni a la forma o régimen de aceptación, ni al ejercicio gratuito o remunerado, lo que importa es que la función se ejerza por especial encargo conferido a determinada persona."²⁶ Sustancialmente existe diferencia entre el funcionario y el empleado, una -

25.- MARIENHOFF, Miguel., "Ob cit"., pp. 40

26.- BIELSA, Rafael., "Ob cit"., pp 74.

diferencia similar a la que existe en la hacienda -- privada entre el factor y el dependiente, la diferencia es sustancialmente jurídica."²⁷ En consecuencia -- para el autor, funcionario público es el que en virtud de una legislación especial y legal y de una manera continua, bajo formas y condiciones determinadas en una delimitada esfera de competencia, constituye o concurre a constituir y a expresar o ejecutar la voluntad del Estado, cuando esa voluntad se dirige a la realización de un fin público, ya sea actividad jurídica o social. Es decir la diferencia esencial entre el funcionario y el empleado público, radica en que la función supone un encargo especial, una delegatio, transmitida en principio por la Ley. El servicio público solo concurre a formar la función pública. Respecto al empleado sólo existe una vinculación interna, al paso que con el funcionario hay una relación externa que atribuye al funcionario cierto carácter representativo. Los caracteres jurídicos que forman el contenido del empleo son: retribución del servicio, profesionalidad y continuidad.²⁸

27.- BIELSA, Rafael., "Ciencia de la Administración" Roque Depalma Editor., Buenos Aires., 1955. pp. 83.

28.- BIELSA, Rafael., "Ob cit"., pp. 56, 74 y 77.

Benjamín Villegas Basovilbaso, también hace -- distinción entre funcionarios y empleados públicos.-- La calificación de funcionario no está solamente con-- dicionada por declaraciones de voluntad que impli-- quen el ejercicio del poder de imperium, es suficien-- te que el individuo con su actividad forme o concu-- rra a formar, realice o concurra a realizar la volun-- tad del ente público. Considera como funcionario pú-- blico administrativo al titular de un órgano-institu-- ción, administrativo, cuya actividad tiene por obje-- to formar, declarar o ejecutar la voluntad de la per-- sona jurídica-pública."²⁹ Los empleados son los agen-- tes que voluntariamente se ponen a disposición del -- Estado para la prestación profesional de su activi-- dad; tiene como características que es un trabajo -- continuativo, permanente, exclusivo, remunerado, pe-- ro no confiere a su titular la representatividad del Estado, puesto que soll hay una vinculación interna-- entre el empleado y el Estado. En la Argentina to-- do lo relacionado con los agentes de la Administra-- ción Pública se rige por el Decreto-Ley 6666/57 que rige el Estatuto del Personal Civil de la Administra--

29.--VILEGAS BASOVILBASO, Benjamón., "Derecho Adminis-- trativo"., Tomo II., pp. 278.

ción Pública.

La doctrina uruguaya, representada por Sayagués Laso, es partidaria de un concepto amplio de -- funcionario público "comprendido de todos los individuos que ejercen funciones públicas en una entidad estatal, incorporado mediante designación u otro procedimiento legal."³⁰ Se caracteriza el funcionario:

- a) ejercicio de funciones públicas, sin tomar en consideración su naturaleza, permanencia, remuneración.
- b) Por incorporación a una entidad pública, ya sea voluntariamente o forzosamente.
- c) La actividad debe desempeñarse en cualquier entidad estatal: Estado, Provincia o Municipio.

Aun cuando el autor acepta el concepto amplio de funcionario, considera que se puede individualizar muchas categorías de funcionarios de acuerdo al régimen jurídico al cual esten sometidos, distinguiendo: funcionarios gobernantes, no gobernantes, judiciales, administrativos, permanentes, a término, y temporarios.

2

La noción del funcionario en el derecho venezolano Evolución del concepto

La noción del funcionario y del empleado públi

co en nuestro país ha ido evolucionando lentamente - de acuerdo a distintas situaciones de hecho que ha conllevado a una diversidad de criterios.

La noción del funcionario público comienza a tomar importancia a partir de 1938 con la promulgación del Reglamento de la Ley del Trabajo, en donde se excluían a éstos de la aplicación de dicho texto legal. El Ministerio del Trabajo influenciado por las tesis de Berthelemy y Hauriou adoptó ampliamente la tesis del nombramiento como criterio diferenciador del funcionario y empleado público: "Funcionario público son aquellos que habiendo aceptado un nombramiento de la administración para un cargo determinado, colabora de manera continua en la gestión de la cosa pública;"³⁰ tesis netamente formalista, según la cual la condición de funcionario estaba subordinada a la designación unilateral por parte del Estado.

"Ha sido criterio constante de éste Ministerio que cuando una persona es designada para el desempeño de su cargo, de conformidad con los requisitos formalistas del nombramiento, no puede conceptualizarse como trabajador, sino como funcionario público, dado que este nombramiento excluye la existencia del contrato de Trabajo." 31

30.-BERTHELEMY., en ALFONSO GUZMAN, Rafael., "Estudio Analítico de la Ley del Trabajo Venezolana", Tomo I., Caracas. 1967. pp 102.

31.-MINISTERIO DEL TRABAJO. "Dictamen 31-10-49", en ALFONSO GUZMAN, Rafael. Ob cit. pp. 103.

Desde este punto de vista se deja a la Administración la facultad de calificar de funcionario público a las personas que de acuerdo a la manera como ingresaban al servicio del Estado, cuestión que llegó a hacerse inoperante, lo cual condujo al Tribunal Superior del Trabajo a adoptar un criterio distinto, y así encontramos:

"Que el nombramiento y la juramentación son insuficientes para variar intrínsecamente la naturaleza jurídica de un contrato, independientemente de la consideración de la clase de servicio o acto que realice el servidor ante el Estado."³²

En consecuencia el nombramiento y el juramento son meras presunciones, exigiéndose las condiciones siguientes como caracterización del funcionario público:

- a) Que el cargo se desempeñe en propiedad y con caracteres de permanencia;
- b) Que la naturaleza de la función lleve aparejada la realización de actos de autoridad o similares, y no simplemente mecánicos o de gestión;
- c) Que estén protegidos por las Leyes o Reglamentos Administrativos."³³

Posteriormente aún cuando se mantiene este criterio, el Tribunal Superior del Trabajo hace una dis-

32.- TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO., "Sentencia 15-9-43", en PORRAS RENGEL, Juan F., "Jurisprudencia de la Ley del Trabajo", Fundación "Rojas Astudillo", Tomo I. pp 162.

33.- TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO., "Ob cit". p 157

tinción más profunda entre funcionarios de autoridad y funcionarios de gestión:

..."Aprecia éste Tribunal que interpretando la distinción entre los funcionarios de autoridad y los funcionarios de gestión, sólo éstos últimos están sometidos a las disposiciones de la Ley del Trabajo. Los funcionarios de autoridad son aquellos que envuelven una participación en el poder de mando. Los funcionarios de gestión constituyen un lazo entre las personas morales administrativas y las que trabajan por su cuenta, dentro de un molde de contrato de puro derecho civil." 34

Luego el Ministerio del Trabajo, tomó en consideración nuevos elementos, tales como: a) prestación personal del servicio a un ente moral de carácter público; b) desempeño de una función pública en actividades privativas de la soberanía; c) Permanencia de las funciones atribuidas al cargo previsto en la Ley de Presupuesto, aunque quien lo desempeñe lo haga -- temporalmente o transitoriamente; d) Regulación de las relaciones entre el empleado y el Estado, mediante normas especiales de carácter legal o reglamentario." 35

Igualmente es concordante el dictamen de la -- Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo, "Para conocer si determinado trabajador a la orden del Estado es un funcionario público hay que partir, an

34.- TRIBUNAL SUPERIOR DEL TRABAJO. "Sentencia 7-8-50- en PORRAS RANGEL, Juan F., "Ob. cit"., pp. 164.

35.- Ibidem, pp. 179.

tes de establecer las formalidades que debieron cumplirse para su nombramiento, por conocer si las actividades realizadas por dicha persona son características de la función pública." 36

Aún cuando la misma Consultoría Jurídica considera que esta característica tiene una gran importancia teórica, "de hecho en Venezuela, no tiene la importancia que se le ha querido atribuir, dada la equiparación que hacen los textos legales de los conceptos de autoridad, funcionario y empleado público. Basta observar que la mayoría de nuestros empleados son oficinistas o escribientes, en cuya actividad -- propia para nada interviene la Soberanía Nacional, -- ni realizan actos privativos del Poder Público." 37

Este criterio reiteradamente sostenido por la Jurisprudencia Administrativa, de analizar la naturaleza de la actividad realizada, si dicha actividad es ó no característica de la función pública, ligeramente fué modificada a partir de 1963, adoptándose -- la noción amplia de funcionario público sostenida -- por la doctrina uruguaya; y así la Corte Suprema de Justicia acoge esta noción amplia:

"Funcionario público es toda persona que habiendo aceptado un nombramiento de la administración pa

36.- MINISTERIO DEL TRABAJO, "Dictamen 29-10-1951.- en PORRAS RENGEL, Juan F., "Ob cit", pp164.

37.- Ibidem., pp180.

ra un cargo determinado, colabora de manera continua en la gestión de la cosa pública. De esta manera, las relaciones existentes entre el Estado y sus funcionarios se hallan contenidas en los instrumentos de gobierno que expresan del Estado. Así el nombramiento de un funcionario es un acto administrativo unilateral, donde la aceptación que se presta mediante el juramento o se presume con la posesión del cargo es sólo una condición para el perfeccionamiento o la eficacia jurídica del nombramiento y no llega a determinar en momento alguno, relaciones contractuales de trabajo entre el Estado y sus funcionarios, como que es la naturaleza del servicio público, el elemento determinante en aquella relación, la cual no es de carácter contractual sino administrativa, y por tanto pública por su naturaleza." 38

Con esta sentencia de la Corte podemos observar que la evolución hasta aquí efectuada por la jurisprudencia administrativa en cuanto a la determinación del funcionario público, sufre cierto estancamiento, por cuanto la Corte considera como funcionario a toda persona que colabore de manera continua en la gestión de la cosa pública, sin analizar la naturaleza de la actividad realizada y sin subordinar al acto del nombramiento y aceptación la cualidad de funcionario ya que la sola posesión y ejercicio del cargo hacen presumir la existencia de dichas formalidades.

No obstante éste criterio amplio de la Corte,-

38.-CORTE SUPREMA DE JUSTICIA., "Sentencia 30-7-03"- en RAMIREZ & GARAY, "Jurisprudencia Venezolana", Tomo VIII., pp 437.

la Consultoría Jurídica del Ministerio de Educación, acoge un criterio restringido de funcionario público, distinguiéndolo del empleado público:

"En la Administración Pública generalmente a los llamados empleados públicos se les expide su respectivo nombramiento aun cuando no se les exige el requisito de la juramentación. Los denominados funcionarios públicos son aquellos representantes de los Organos del Estado a los cuales se les exige todos los requisitos formales y principalmente el nombramiento y la juramentación." 39

Este criterio sustentado por la Consultoría Jurídica del Ministerio de Educación, es corroborado por nuevo dictamen de éste Ministerio:

..."creemos que entre el funcionario y el empleado público existe una distinción clara y sustancial. En efecto, nosotros pensamos que solo puede calificarse como funcionario público aquel agente de la administración que ejerce funciones públicas, es decir aquel personero que, en mayor o menor grado, ejerce una verdadera representación del estado al realizar actos que si involucran la voluntad del Estado, el jus imperium del ente estatal, son aquellos cargos en los cuales la persona que los desempeña tiene poderes de decisión y atribuciones realmente ejecutivas. En cambio del empleado público no se puede afirmar que ejerza en ningún momento funciones públicas, pues tales funciones estan legalmente reservadas a los que tienen la condición de funcionarios públicos y a éstos se hallan aquellos subordinados." 40 (subrayado nuestro)

Estos criterios, unos amplios sustentados por la jurisprudencia administrativa y la Corte, y o-

39.- MINISTERIO DE EDUCACIÓN. CONSULTORIA JURIDICA. "Doctrina Administrativa." Dictámenes 1971-1972. Caracas. 1974. pp.55.

40.-MINISTERIO DE EDUCACION. CONSULTORIA JURIDICA., "Ob cit"., pp. 66



tros restringidos de la jurisprudencia administrativa y especialmente la sustentada por la Consultoría Jurídica del Ministerio de Educación, van a conducir a la elaboración de la Ley de Carrera Administrativa al intento de unificar los criterios doctrinarios, jurisprudenciales y legales, mediante la atribución de un mismo significado a las expresiones: funcionario, empleado y servidor público, sin dar un concepto verdaderamente omnicomprensivo de tales categorías.

3

Textos de derecho positivo

Las disposiciones legales en las cuales se ha regulado en forma directa la actuación del funcionario y empleado público, son muy dispersas, fragmentarias y ambiguas. El problema empieza y se acentúa ya con la concepción del funcionario público y la distinción de categorías de servidores públicos, porque hasta el presente no se ha elaborado una definición legislativa sobre el particular. Esto es lo que revela el análisis de las disposiciones que más directamente conciernen a los funcionarios públicos.

Nuestras Constituciones hasta el presente se -- habían referido a los funcionarios y empleados públi- cos, sin entrar en más precisiones. Solamente la -- Constitución actual es la que ha establecido una se- rie de normas que van a constituir una base unifor- me apropiada al prever la Ley de Carrera Administra- tiva, que como luego precisaremos ésta Ley no ha sa- tisfeco plenamente el objetivo del establecimiento- de un régimen general uniforme.

El Código Penal, es la Ley más antigua que nos da una definición del funcionario público, pero es u- na definición con una significación muy limitada a- los fines especiales de dicho Código, y se ha mante- nido a través de las distintas reformas del mismo.

"Para los efectos de la Ley penal, se consideran- como funcionarios públicos:

1^o Todos los que están investidos de funciones- públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, y tengan por objeto el servicio de la República, de algún Estado de la República, - Territorio o Dependencia Federal, Sección, Dis- trito o Municipio o algún establecimiento públi- co sometido por la Ley a la tutela de cualquier de estas entidades.

2^o Los agentes de la fuerza pública.

Asimílanse a los funcionarios públicos, desde el punto de vista de las consecuencias legales, los conjuces, asociados, jurados, árbitros, ex- pertos, intérpretes, testigos y fiscales durante el ejercicio de sus funciones." 41

41.- REPUBLICA DE VENEZUELA., "Código Penal Venezola- no"., Editorial La Torre. Caracas. 1964. pp 64.

La Ley Sobre Responsabilidad de Empleados Públicos, no nos da una definición de funcionario público, sino que establece el principio general de la responsabilidad de los funcionarios y prevee determinada responsabilidad para los altos funcionarios; y para los demás empleados nacionales que también son responsables y punibles.

"Independientemente de las responsabilidades que como a los demás funcionarios, por los delitos comunes que cometieren afecta a todos los funcionarios nacionales y de los Estados de la Federación Venezolana, dichos funcionarios son responsables por los delitos que cometieren en el ejercicio de sus funciones conforme a la presente -- Ley." 42

La Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionario o Empleados Públicos, define a éstos en un sentido muy amplio, que abarca no sólo a quienes esten investidos de funciones públicas, sino que -- por ficción legal, la misma disposición considera -- también funcionario público o empleado público a otras personas cuyo caracter no deriva de la circunstancia de estar investidas de una función pública o desempeñar un cargo público, sino que en razón de la naturaleza de la función que ejercen o del servicio que prestan, el legislador consideró conveniente asimilarlos a la condición de funcionario o em--

42.- REPUBLICA DE VENEZUELA. "Ley Sobre Responsabilidad de Empleados Públicos"., Editorial La Torre. - Caracas.

pleados públicos.

"Para los efectos de esta Ley se consideraran funcionarios o empleados públicos:

1^o Todos los que estén investidos de funciones públicas, aunque sean transitorias, remuneradas o gratuitas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente, al servicio de la República, de algún Estado de la Unión, -- Distrito Federal, Territorio o Departamento Federal, Distrito o Municipio, o de algún instituto o establecimiento público sometido por la Ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades.

2^o Los particulares que, sin encontrarse comprendidos en el número anterior, estén encargados de la administración de inmuebles pertenecientes al patrimonio de la Nación, al de los Estados o de las Municipalidades o al de los institutos o establecimientos sometidos por la Ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades.

3^o Los administradores de sociedades civiles o mercantiles cuando su elección o designación dependa del Gobierno de la Unión, de los Estados, de las Municipalidades o de los institutos o establecimientos sometidos por la Ley a la tutela de cualquiera de dichas entidades." 43

La Constitución Nacional sienta las bases de un régimen general uniforme, al prever la Ley de Carrera Administrativa:

"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 -

43.- REPUBLICA DE VENEZUELA. "Ley Contra el Enriquecimiento de Funcionarios o Empleados Públicos"., Editorial La Torre. Caracas. 1948. pp. 3

Ley para el ejercicio de su cargo."⁴⁴

Consagra además el principio fundamental de -- que los funcionarios estan al servicio del Estado y -- no de parcialidad política alguna y directamente jun to a el establece algunas incompatibilidades y prohi biciones, lo mismo que determinaciones sobre la res- ponsabilidad del funcionario en el ejercicio de la - función. Sin embargo, no nos da una definición de lo que debemos entender por funcionario público.

La Ley de Carrera Administrativa establece que "...la presente Ley regula los derechos y deberes de los funcionarios públicos en sus relaciones con la - Administración Pública Nacional..."⁴⁵ Pero en ningún momento nos define quienes son funcionarios públicos lo cual trae como consecuencia una serie de dificul- tades no resueltas.

Algunas leyes especiales, califican a algunos - miembros de determinados Institutos como funcionario público, así: los miembros de la Junta Administrati- va de la Corporación de Mercadeo Agrícola, los --- miembros del Directorio del Instituto Agrario Na- cional. No obstante dichas leyes no establecen--

44.- ARCAYA, Mariano., "Constitución de la República de Venezuela", Tomo II., Empresa El Cojo. Caracas., 1961., pp 180.

45.- REPUBLICA DE VENEZUELA., "Ley de Carrera Adminis- trativa" Editorial "La Torre"., Caracas. pp. 3.

ningún criterio ni nos dan elementos de juicio suficientes para hacer dichas distinciones.

"Los miembros de la Junta Administrativa se consideraran funcionarios Públicos. Los trabajadores de la Corporación de Mercadeo Agrícola gozaran de los beneficios de la Ley del Trabajo." 46

"Los miembros del Directorio del Instituto se consideraran funcionarios públicos. Los integrantes del personal subalterno del Instituto gozarán de las prestaciones previstas en la Ley del Trabajo excepto la de participación en las utilidades" 47

Podemos observar en consecuencia que la falta de una definición legislativa y la diversidad de textos legales, nos proporciona una base insegura lo cual nos lleva a explicar la variación del criterio jurisprudencial y doctrinario que en todo caso ha estado influido por la doctrina extranjera.

4

DOCTRINA

Nuestra doctrina en líneas generales, ha estado influenciada principalmente por la doctrina francesa, española, y más recientemente, por la uruguaya.

46.-REPÚBLICA DE VENEZUELA., "Ley de Mercadeo Agrícola", en Gaceta Legal. Ramírez & Garay., No. 280. Caracas., 1970. pp. 280.

47.-REPÚBLICA DE VENEZUELA., "Ley de Reforma Agraria Editorial "La Torre". Caracas. 1960.

El Dr. Eloy Lares Martínez considera que no tiene utilidad la distinción en nuestro país entre funcionario y empleado público, derivando la condición de funcionario público del hecho de que se den determinados supuestos, tales como:

a) Que el ingreso a la Administración Pública se realice en virtud de nombramiento de la autoridad competente, o de otro sistema autorizado por la Ley;

b) Que el individuo participe en el ejercicio de funciones públicas, siendo indiferente la naturaleza de esta;

c) Que el servicio sea prestado a una entidad pública estatal.

En consecuencia el autor conceptúa como funcionario público o empleado público a los individuos -- que en razón de nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público, participan en el ejercicio de funciones públicas, al servicio de cualquier entidad pública estatal.⁴⁸ No obstante ello, agrega el autor que no hay que exagerar la importancia del elemento formal para calificar al individuo como funcionario público, hay que atender principalmente al examen de la labor misma encomendada al sujeto y a las condiciones en que la presta.⁴⁹

48.- LAREZ MARTINEZ, Eloy., "Manual de Derecho Administrativo", Curso de Derecho., Universidad Central de Venezuela., Caracas., 1975. pp. 378.

49.- Ibidem, pp. 379.

Por su parte Cesar Tinoco Richter, en su obra *Teoría de la Administración y del Derecho Administrativo*, expresa que "Funcionario Público es la persona que desempeña la función pública,"⁵⁰ noción no sólo amplia, sino imprecisa por cuanto la condición de -- funcionario va estar supeditada a la calificación -- que se haga de que una función es ó no pública, además no define qué es función pública, ni aporta ningún elemento para caracterizarla.

En igual sentido la Dra. Hildegard Rondón de Sansó considera que lo que califica al funcionario público es el desempeño de una función pública, y algunas funciones son públicas por su misma naturaleza otras son públicas por ser público público el órgano que las ejerce, ya que el calificativo del ente cubre a la función. "Funcionarios públicos son, en el sistema venezolano, todos los que ejercen una función pública, a título gratuito u oneroso, voluntario u obligatorio, por nombramiento o por elección, designación o cualquier otro acto del Poder Público;

50.-TINOCO RICHTER, Cesar., "Teoría de la Administración y del Derecho Administrativo", Instituto de Investigaciones., Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Universidad Central de Venezuela. Caracas. - 1970. pp. 634.

en forma parrial, total, temporal o permanente; considera además que empleado público es todo trabajador al servicio de un ente público, pero cuya labor que ejecuta es una simple actividad material."⁵¹ Luego la equiparación que hace la Ley de Carrera Administrativa obedece a la circunstancia de que la misma regula los sujetos como trabajadores al servicio de la Administración Pública.

Hernández Ron, conceptúa que son funcionarios públicos: "aquellos que habiendo aceptado un nombramiento de la administración para un cargo determinado, colaboran de manera continua en la gestión de la cosa pública."⁵²

El Dr. Hector Esteves Llamozas, acoge el criterio emitido por la Corte, considerando que la condición de funcionario nace en el momento mismo en que el individuo toma posesión del cargo al prestar el juramento de Ley; "por funcionario público se entiende el individuo que habiendo recibido un nombramiento de autoridad competente o de otro medio de derecho público y prestado el juramento de ley ha entra-

51.-RONDON DE SANSO, Hildegard., "El Sistema Contencioso Administrativo de la Carrera Administrativa" Ediciones Magon., 1974. pp. 64-65.

52.-HERNANDEZ RON, J.M., "Tratado Elemental de Derecho Administrativo". Tomo I. 2ª Edición. Caracas. Editorial Las Novedades, C.A. 1943. pp. 189.

do en el ejercicio del cargo a causa de cuyo oficio público es llamado a formar la voluntad del ente público."⁵³

En relación a la Ley de Carrera Administrativa y a objeto de determinar el ámbito personal de aplicación de la Ley, el Dr. Brewer-Carías, nos da un concepto amplio de funcionario público: "Todas aquellas personas vinculadas a la Administración Pública Nacional centralizada o descentralizada a través de un nombramiento, que presta sus servicios en forma permanente y que son objeto de una regulación o de una reglamentación de derecho público."⁵⁴ Observamos que el autor no toma en consideración la naturaleza de la labor ejecutada, no establece distinción alguna entre funcionario y empleado, sólo se requiere la vinculación mediante nombramiento con la Administración Pública Nacional, y esa vinculación debe ser permanente y regulada por el derecho público, para adquirir la cualidad de funcionario público; en consecuencia los agentes que han ingresado a la Administración Pública a través de otra forma, como el con

53.- ESTEVES LLAMOZAS, Hector., "Acotaciones a la Ley de Carrera Administrativa", Empresa El Cojo. Caracas., 1974., pp. 53.

54.- BREWER-Carías, Allan Randolph., "El Estatuto del Funcionario Público en la Ley de Carrera Administrativa", Comisión de Administración Pública. Caracas-1971., pp 8.

trato no adquiere ese caracter de funcionario público, e igualmente los que trabajan en las empresas -- del Estado, puesto que dicha relación es regulada -- por el derecho común.

Un criterio restringido sostiene el Dr. Juan-- José González Farías. Señala que aún cuando el Legislador convierte en sinónimos para los efectos de la Ley de Carrera Administrativa, los términos "funcionario, empleado", existe disparidad entre un vocablo y otro; toma como nota característica: la naturaleza de la función realizada. "funcionario es el agente de la Administración del órgano, al frente del cual se encuentra con facultades de expresión de voluntad y de imperium, es decir con el ejercicio de la potestad pública" en cambio el empleado es el agente que presta servicios con caracter permanente, exclusivo, mediante remuneración y que se encuentra jerárquicamente dirigido por el funcionario."⁵⁵

5

Crisis de la noción tradicional

55.- GONZALEZ FARIAS, Juan J., "Breve Explicación Crítica a la Ley de Carrera Administrativa". Editorial-La Torre.. Primera Edición. Caracas. 1974. pp. 4

Necesidad de una nueva conceptualización

Alternativas

La falta en el derecho venezolano de una definición del funcionario público en cuanto tal, es una deficiencia notable y mayor en el ordenamiento de la función pública en Venezuela. Es la causa de la controversia existente sobre la noción misma y de las dudas y dificultades en cuanto al régimen jurídico aplicable.

Ese vacío legal y la necesidad de colmarlo, impuesta por los problemas que plantea la práctica ha conducido a una diversidad de criterios que más allá de las diferencias menores, pueden esquematizarse como reveladores de dos tendencias fundamentales:

Un criterio restringido⁵⁶ del funcionario público que se muestra persistente en la jurisprudencia, sobre todo de los Tribunales de Instancia, apoyado primeramente en elementos formales (juramento, nombramiento y figuración del cargo en el presupuesto), y después en el elemento sustantivo de desempeño de una función pública en actividades privativas-

56.- Criterio restrictivo en el plano formal, pero - en la práctica permitía la extensión del carácter de funcionario a quienes no lo eran.

de la soberanía, orientación esta última dentro de la cual los elementos formales, específicamente el nombramiento y juramentación pasan a ser conceptuados como simples presunciones de investidura.

Un concepto amplio dominante en la doctrina y que esta sostiene como correspondiente a nuestro derecho, criterio que estaría implicado en el conjunto de las disposiciones que ordenada o fragmentariamente se refieren a los funcionarios y empleados públicos. Dicho concepto se apoya fundamentalmente en la idea de que funcionarios y empleados públicos son -- los que ejercen funciones públicas.

Este criterio, acertado en principio y que aparentemente resuelve todos los problemas, deja en realidad intacta la cuestión debido a que mantiene en indefinición qué se entiende por función pública; o a lo sumo, en los intentos de penetrar en ella, todo queda en formulaciones con tal grado de generalidad que no hacen más que esconder la ambigüedad e imprecisión del concepto. Ocurre con este criterio lo -- que con muchos otros, que debido a la amplitud con que se los formula, devienen inútiles para el análisis concreto y práctico. Es oportuno advertir que la doctrina extranjera, orientada en este sentido, no

ha estado en la definición de la función pública más precisa y afortunada que la nuestra.⁵⁷

De las dos tendencias referidas, la última es la que se muestra predominante sobre todo a partir de la autoridad que le presta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Es por ello que debe concedérsele particular interés en el análisis.

Las insuficiencias de definir el funcionario público como el que ejerce funciones públicas, sin precisar qué se entiende por éstas, aparecen inmediatamente en cuanto se trata de distinguir a los funcionarios con respecto a quiénes no lo son. Entonces se acude al criterio diferenciador que establece la Ley del Trabajo⁵⁸ para distinguir entre obreros y empleados, los primeros aquellos en cuyo trabajo predomina el esfuerzo manual o material, y los segundos aquéllos en que predomina el esfuerzo intelectual; -

57.-GIANNINI, Cit. por Marienhoff. Ob cit., pp 37. considera que la función pública se refiere a actuaciones fundadas en la idea de soberanía.

Marienhoff. Ob cit. pp 38. Por su parte establece -- que el concepto de función pública debe vincularse al de funciones esenciales del Estado.

Cabanellas, Guillermo, "Diccionario de Derecho Usual Tomo II. considera: funciones públicas son las que desempeñan los organismos, autoridades y auxiliares del poder público para el ejercicio real y efectivo.

58.- Ley del Trabajo. Art. 4 y 5.

con lo que subrepticamente se suplanta el criterio inicial, terminando en conclusión por calificar a to dos los que prestan servicios al Estado y en cuyo trabajo predomina el esfuerzo intelectual, como empleados o funcionarios públicos. Pero el criterio establecido en la Ley del Trabajo para distinguir entre obreros y empleados sometidos a su imperio, a los efectos de la aplicación de la misma Ley, criterio que en el campo laboral se muestra plenamente idóneo, resulta de modo notorio insuficiente para caracterizar al funcionario público como tal, por cuanto el sólo predominio del esfuerzo intelectual no califica como pública a la función.

A nuestro modo de ver la tendencia doctrinaria a definir al funcionario público partiendo de la idea de que son tales los que trabajan para el Estado en ejercicio de funciones públicas, es correcta, pero infructuosa si no va seguida de una conceptualización de lo que es la función pública.

Nuestro propio punto de vista, es el de que la función pública se materializa en aquellas actividades del Estado en las que de algún modo está presente el jus imperium que le es propio; actividades de formación, expresión o ejecución en posición de auto

riedad de la voluntad del mismo, que lo vinculan o relacionan con otros sujetos de derecho; de concepción decisión, dirección, control y disposición en materias que conciernen a cometidos que le son exclusivos.

Con base a ello, distinguimos cuatro categorías de servidores del Estado:

1.- Los funcionarios públicos, que son los agentes del Estado que tienen a su cargo directamente la función pública, caracterizada del modo que precede. Ostentan carácter representativo y de autoridad. Entran en la categoría quienes reciben expresamente -- por ley esa calificación.

2.- Los empleados públicos, servidores del Estado que concurren internamente al desempeño de la función pública, de modo necesario y subordinado.

3.- Los empleados (no públicos) al servicio del Estado, trabajadores intelectuales que le prestan su concurso en actividades que no le son exclusivas o -- que aquel les demanda con el sólo carácter de empleador de servicios, por tratarse de actividades en un todo semejantes a las que el sector privado demanda en el mercado de trabajo.

4.- Los Obreros al servicio del Estado, trabaja

cores en cuya labor predomina el esfuerzo manual o material.

La diferenciación de estas categorías implica el rechazo del concepto amplio, dominante en la doctrina y en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia,⁵⁹ que identifica los funcionarios y empleados públicos y envuelve en la calificación de tales a todos los que prestan servicios intelectuales al Estado.

Sobre lo primero, esto es, sobre la tradicional afirmación de la sinonimia de los términos funcionarios y empleados públicos, afirmamos que tal sinonimia no existe verdaderamente porque se trata de categorías conceptualmente diferentes, lo cual no obsta para que se las someta a un mismo régimen jurídico, como en efecto lo hace la Ley de Carrera Administrativa al establecer que para los efectos de la misma las expresiones funcionario público, empleado público y servidor público tendrán un mismo y único significado.

Y en cuanto a lo segundo, los funcionarios y-

59.- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. "Sentencia, 3-5-77"
"Los trabajadores de los Institutos autónomos que prestan servicios predominantemente intelectuales son funcionarios o empleados públicos..."

empleados públicos aparecen claramente delimitados - no sólo como categorías distintas, sometidas por imperio de la Ley a un mismo régimen, sino también y a demás como categorías diferenciables con respecto a los empleados y obreros del Estado.

De este modo rescatamos, sistematizándolos y - mejorándolos, lineamientos que como antes hemos seña- lados tenían tradición en la jurisprudencia de Ins-- tancia y en los Dictámenes Administrativos, así como también algún apoyo en la doctrina de nuestro país.⁶⁰

60.- TINOCO RODIL, Carlos., cit. por ALFONZO GUZMAN, Rafael., "Ob cit". pp 162. "No se negará, por ejem- plo, que muchas personas que prestan a las entidades públicas su concurso profesional, como los abogados, mecanógrafos, taquígrafos, etc., sin ejercer funcio- nes que pudiéramos llamar de decisión, "prestán ser- vicios de naturaleza exclusivamente económica, o que serían de tal naturaleza si esos mismos servicios fue- ran prestados a particulares".

C A P I T U L O I I

REGIMEN JURIDICO

Sumario.- 1.- Generalidades. 2.- El régimen estatutario. 3.- El régimen contractual. 4.- La imposibilidad de un régimen único. Clasificación.

1

Generalidades

Muy discutida ha sido en la doctrina la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre el Estado y el funcionario. Al respecto se han elaborado diversas teorías, las cuales pueden reducirse a las siguientes: las que ven en dicha relación vínculos derivados de un contrato de derecho civil; las teorías autoritarias que suponen un poder del Estado de imponer coactivamente a los particulares la obligación de prestar sus servicios personales a la administración; las que sustentan la idea del -- contrato de derecho público como fuente de aquella-

relación; y la teoría estatutaria.⁶¹

Modernamente las teorías que gozan de mayor apoyo son: la teoría estatutaria y la teoría del contrato de derecho público.

2

El régimen estatutario

De acuerdo al régimen estatutario, la relación existente entre el Estado y sus agentes no tiene carácter contractual ni emana de un acto coercitivo de los gobernantes. La situación del funcionario está determinada por entero en la Ley y las voluntades -- del que nombra y del que es nombrado no pueden de -- ninguna manera modificar esa situación y son completamente extrañas a su determinación. En consecuen-- cia "dicha relación jurídica tiene una base estatutaria, reglamentaria, en la cual la situación del funcionario público está regulada en forma unilateral -- por el Estado. Se trata de una situación jurídica -- unilateral, y que, como cualquiera otra situación jurídica general, impersonal y objetiva, es esencial-- mente modificable por el Estado, o por su Administra

61.- LAREZ MARTINEZ, Eloy., "Ob cit"., pp. 385.

ción en los casos en que tenga competencia. Se trata de una situación jurídica general preexistente y fijada unilateralmente a la cual, el funcionario in gresa en virtud de un acto administrativo unilateral y que ha sido establecida previamente por el Estado, independientemente de su voluntad."⁶²

Por lo tanto siendo esa relación estatutaria, -- predeterminada de una manera general y unilateral -- por el Estado, para asegurar el régimen de uniformi-dad institucional que impone las necesidades de la Administración Pública, la persona investida con la cualidad de funcionario entra en esa situación de co-recho objetivo preexistente y en tal virtud adquiere los derechos y deberes que la misma consagra. En efecto, los funcionarios están sometidos a un régi-men jurídico cuya existencia es anterior al momento de su ingreso a la función, que ha sido creado unila-teralmente por la entidad estatal.

El régimen estatutario trae como consecuencia:
a) que ningún funcionario puede pretender para sí una situación diferente de aquella que es propia de los otros funcionarios que ocupan un idéntico empleo y pertenecen al mismo cuerpo. b) El funcionario de
62.- BREUER-CARIAS, Allan Randolph., "Ob cit". pp.9.

be soportar, sin pretender que existe violación de - derechos adquiridos, las modificaciones que legalmente se establezcan en su régimen jurídico.

La mayoría de la doctrina acoge el régimen estatutario, y así podemos observar que no sólo la doctrina francesa lo acoge sino que es el propio Estatuto del Funcionario el que establece en su artículo 5^o, que el funcionario se encuentra frente a la Administración en situación legal y reglamentaria, acabando con la vieja polémica referente a la naturaleza jurídica de la relación de empleo.⁶³

3

El régimen contractual

Las teorías contractualistas, consideran que la relación jurídica que vincula al funcionario con el Estado es netamente contractual, pudiendo estar sometida al derecho privado o al derecho público de acuerdo a las distintas corrientes doctrinarias. Así tenemos que algunos autores consideran que tal relación es de derecho privado, asimilada al mandato o a la locación de servicios, ya que en la relación de función existen todos los elementos esenciales reque

63.- DE LA VALLINA, J.L., "Ob cit", pp. 536.

ridos para la formación de dichos contratos. Razones de orden histórico y jurídico explican el origen de dicha teoría. De orden histórico por haber sido los empleados, servidores del señor feudal o del rey y no del Estado, en la época del feudalismo, y del Estado -policía; de orden jurídico porque en las épocas anteriores al siglo XIX toda relación de derecho debía modelarse dentro de los cánones del derecho privado.⁶⁴

Los partidarios de asimilar la relación entre el funcionario y la administración, como un contrato de mandato, establecen que tal relación tiene su origen en el encargo dado por la administración a un individuo, de realizar en nombre de aquella determinadas tareas públicas. Y los que la asimilan a la locación de servicio consideran que al igual que en esta el funcionario se obliga a prestar su colaboración a la administración a cambio de una remuneración.

La teoría del contrato de derecho público, sustenta que el vínculo jurídico que une al Estado y a sus agentes, es de naturaleza contractual pero de derecho público y cuyo régimen es indispensable para -

64.- BIELSA, Rafael., "Ob cit", pp 95.

para la satisfacción de las necesidades colectivas;- por eso el Estado la regula en consideración a la necesidad de sus funciones y a razones de interés público; esto explica que el Estado fije unilateralmente las condiciones de admisión de sus funcionarios o empleados y, así mismo, los derechos y obligaciones que a éstos concierne, y que pueda modificarlos de igual modo cuando razones de interés general o de orden público lo exijan.⁶⁵

4

La imposibilidad de un régimen únicoClasificación

El régimen estatutario, generalmente aceptado por casi la totalidad de la doctrina a excepción de algunos tratadistas alemanes y argentinos (Bielsa), es en realidad el que explica la naturaleza jurídica de la relación que surge entre el funcionario público y el Estado, máximo en los sistemas como el nuestro que poseen un estatuto del funcionario público, en el cual la situación del funcionario está regulada en forma unilateral por el Estado. Sin embargo -

65.- BIELSA, Rafael., "Ob cit"., pp. 45.

es necesario tener presente que aún manteniendo en - tesis el régimen estatutario como propio de la función pública ello no conlleva un régimen legal único, puesto que la Ley de Carrera Administrativa excluye de su aplicación determinadas categorías de funcionarios, sometidos a regímenes legales diferenciados; y puesto que, están también los funcionarios y empleados de los Estados y Municipios, para los cuales perdura la Legislación fragmentaria y el vacío de una - regulación estatutaria.

Por otra parte, el régimen estatutario no excluye en términos absolutos la posibilidad de la contratación individual con la Administración Pública - Nacional, en los casos en que lo indiquen las circunstancias por necesidad en que, además, por la índole de los servicios, no halla oferta de ellos que colme la necesidad de la Administración. En tales - casos no queda otra alternativa que llegar por contratación a los acuerdos necesarios que permita a la Administración obtener tales servicios. Así expresamente lo prevé algunas leyes y en forma general, - la Ley Orgánica de la Administración Central, la -- cual define entre las atribuciones comunes de los Ministros la de "contratar para el Ministerio los ser-

vicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para una obra determinada."⁶⁶

Además debe atenderse al hecho de que junto a los funcionarios y empleados públicos están los obreros y empleados (no públicos) al servicio del Estado, tutelados por la Ley del Trabajo.

A los obreros al servicio del Estado se refiere colocándolos expresamente bajo su protección, lo que deja fuera de toda discusión el régimen jurídico que les es aplicable.

En cambio los empleados al servicio del Estado (empleados a secas y no públicos) no son expresamente considerados por dicha Ley, pero como los únicos expresamente excluidos por ella misma de su aplicación son los funcionarios y empleados públicos y toda exclusión restrictiva es de interpretación estricta, hay que entender, por aplicación de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley del Trabajo, conforme al cual dicha Ley rige los derechos y obligaciones de patronos y obreros o empleados con ocasión del trabajo, que aquellos empleados están tutelados también por el régimen que esta Ley establece. En e

66.- REPUBLICA DE VENEZUELA., "Ley Orgánica de la Administración Central", Art. 20. Ordinal 22. Editorial La Torre. Caracas. 1976.

fecto respecto a dichos empleados concurren los elementos esenciales que definen la relación o el contrato de trabajo: prestación personal del servicio, subordinación económica y jurídica y remuneración. Y por consiguiente, como trabajadores, están protegidos por la Ley del Trabajo.

Por lo anteriormente expuesto, podemos concluir de que existe la imposibilidad de la existencia de un régimen jurídico único aplicable a todas las categorías de agentes que prestan sus servicios al Estado y, en consecuencia, mientras los funcionarios y empleados públicos de la Administración Pública Nacional, se hallan bajo un régimen estatutario, sometidos a la Ley de Carrera Administrativa y sus Reglamentos; el personal contratado y los obreros y empleados (no públicos) del Estado se hallan bajo un régimen contractual, sometidos a la Ley del Trabajo.

C A P I T U L O I I I

LA FUNCION DE PERSONAL.INGRESO

Sumario: 1.- Ley de Carrera Administrativa.--
Ambito de aplicación personal. 2.- La adminis-
tración de personal. 3.- Ingreso.

1

La Ley de Carrera Administrativa.

Ambito de aplicación personal

La Ley de Carrera Administrativa, en cuanto --
norma objetiva, donde se establece la regulación ju-
rídica del funcionario, viene a constituir la culmi-
nación de un largo proceso evolutivo en el campo de
la Administración Pública, de éste modo la Ley, va a
darle caracter formal desde el punto de vista jurídi-
co a una serie de prácticas y situaciones que de he-
cho se venían efectuando en el seno de la administra-
ción pública y darle cohesión a una serie aislada de
normas reguladoras de situaciones específicas de los
funcionarios públicos, es decir si bien es una nove-

dad desde el punto de vista jurídico-orgánico no es sin embargo completamente innovadora en el sistema - venezolano, por cuanto el régimen que la Ley establece tenía ya sus bases en la Administración Pública a través de la labor realizada por la Comisión de Administración Pública en la década del sesenta, y en una serie de leyes y disposiciones reglamentarias dispersas, que iban desde las normas constitucionales - relativas al funcionario, hasta una serie de leyes - básicas, como por ejemplo: la Ley de Responsabilidad de los Empleados Públicos del año 1912, la Ley de Juramento de 1945, la Ley Contra el Enriquecimiento Ilícito de Funcionarios y Empleados Públicos de 1954; de gran significación como precedente de la Ley, es el Decreto No. 394 de 1960 por cuanto establecía "varios sistemas de administración de personal para todos los organismos de la Administración Central y de los Institutos Autónomos: el establecimiento de un régimen de selección; la regulación de los nombramientos de los funcionarios públicos; el establecimiento del período de prueba; el régimen de adiestramiento y la regulación de la estabilidad de los empleados; del régimen disciplinario y de las causales taxativas de destitución." Además el sistema de -

administración de personal venía funcionando a través de una serie de prácticas y de costumbres administrativas, en consecuencia la Ley viene a representar la culminación de un proceso institucional. Lo que sí es novedoso en la Ley es el tratamiento uniforme del conjunto de situaciones, derechos y deberes que tienen frente a la Administración los funcionarios públicos, cuestión que hasta el momento no había sido objeto de regulación legal.⁶⁷

La ley se desarrolla a través de ochenta y cinco artículos, incluidas las disposiciones finales, - repartido el contenido de dicha Ley en ocho títulos, esto nos da idea que por el escaso articulado, sólo se establecen los principios fundamentales que deben presidir la regulación de la función pública, dejando el desarrollo de la misma, a la propia Administración a través de su potestad reglamentaria, es decir que a semejanza del Estatuto del Funcionario Francés nuestra Ley de Carrera Administrativa es una Ley cuadro. La Ley se introduce con disposiciones generales estableciendo el ámbito de aplicación personal de la misma. El Título II, integrado por cuatro capítulos

67.- BREWER-CARIAS, Allan- Randolph., "Ob cit"p. 25.

establece la competencia en todo lo relativo a la --
función pública y a la administración de personal, y
los distintos órganos creados por la Ley: Oficina --
Central de Personal, Oficinas de Personal, y Juntas-
de Avenimiento. El Título III, integrado por tres --
capítulos, trata de los derechos, deberes e incompati-
bilidades de los funcionarios públicos. El título-
IV, establece el Sistema de Administración de Perso-
nal: Del Ingreso a la Administración Pública Nacio--
nal; del Ingreso a la Carrera Administrativa; del --
Nombramiento; Del Juramento; Del Sistema de clasifi-
cación de cargos; del sistema de remuneración; de la
calificación de servicios; del sistema del adiestra-
miento; de las situaciones administrativas y del re-
tiro de la Administración Pública Nacional. El Títu-
lo V: de las responsabilidades y del Régimen Disci--
plinario. El Título VI: de los Recursos Contencio-
so-Administrativos. El Título VII: Disposiciones ---
transitorias: establece un régimen especial para --
los funcionarios que al momento de dictarse la Ley
tenían más de un año al servicio de la Administra---
ción pública Nacional, además se crea el Tribunal -
de la Carrera Administrativa. El Título VIII. esta-
blece algunas disposiciones finales.

blico y servidor público tendrán un mismo y único significado" 68

A pesar de que la Ley regula los derechos y deberes de los funcionarios públicos, ésta excluye expresamente a determinados funcionarios los cuales -- quedan sujetos a leyes especiales:

"Quedan exceptuados de la aplicación de la presente Ley:

- 1º Los funcionarios al servicio del Poder Legislativo Nacional;
- 2º Los funcionarios del servicio exterior amparados por la Ley de Personal del Servicio Exterior y la Ley Orgánica del Servicio Consular.
- 3º Los funcionarios del Poder Judicial, del Ministerio Público y del Consejo Supremo Electoral.
- 4º Los miembros de las Fuerzas Armadas Nacionales en su condición de tales y de los cuerpos de seguridad del Estado;
- 5º Los miembros del personal directivo, académico docente y de investigación de las Universidades Nacionales y
- 6º Los Obreros al servicio de la Administración Pública Nacional, contratados por ésta en tal carácter, de acuerdo a la Ley del Trabajo." 69

La Ley distingue diversas categorías de funcionarios, y así lo ha declarado la Corte "Considera oportuno la Sala declarar, expresamente, que, de acuerdo con el criterio anteriormente expresado, todos los funcionarios públicos están amparados, aunque en grado diverso por la Ley de Carrera Adminis--

68.-LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA., Editorial La Torre"., Caracas. pp3. Art. 1.

69.-Ley de Carrera Administrativa., art. 5. pp.4.

Ambito de aplicación personal.-La Ley de Carrera Administrativa, se inicia declarando en su artículo primero cual es su ámbito de aplicación subjetivo. Se aplica a los funcionarios públicos de la Administración Pública Nacional, es decir a todos los funcionarios integrados en los cuadros administrativos de los órganos de la administración activa: centralizada y descentralizada, de la administración consultiva y de la administración contralora. No obstante esta declaración, la Ley no nos define al funcionario pública, sino que establece que a los efectos de la Ley las expresiones funcionario público, empleado público y servidor público tendrán un mismo y único significado; sin embargo debemos estar advertidos -- que tal declaración no nos debe conducir erróneamente a la idea de que existe sinonimia entre dichos -- términos, de acuerdo a lo examinado en capítulo anterior.

"La presente Ley regula los derechos y deberes de los funcionarios públicos en sus relaciones con la Administración Pública Nacional mediante el establecimiento de un sistema de administración de personal que permita estructurar técnicamente y sobre la base de méritos, todas las normas y procedimientos relativos a las diversas situaciones jurídicas y administrativas de los funcionarios públicos, con exclusión de toda discriminación fundada en motivos de carácter político, social, religioso o de cualquier otra índole.

Parágrafo Único.- A los efectos de la presente -- las expresiones funcionario público, empleado público

70
trativa..." . Esas categorías son:

a) Funcionarios de Carrera.- Son aquellos funcionarios que desde su nombramiento tienen tal categoría, bien por haber ingresado al servicio de la Administración mediante los sistemas establecidos para ello por la Ley o bien que han adquirido tal carácter por estar al servicio de la Administración por un lapso superior a los diez años para el momento en que fué dictada la Ley, o que teniendo más de un año han superado las pruebas de evaluación demostrativas de su idoneidad para el cargo.

La Ley reserva un régimen especial para esta categoría de funcionarios, caracterizado por derechos privativos: derecho al ascenso, prestaciones sociales como derechos adquiridos y el derecho a la estabilidad. Existen otras normas cuyo destinatario son específicamente los funcionarios de carrera, como las normas referentes al regreso, traslado por razones de servicio y permisos especiales. Además se les aplica todo el conjunto normativo común a todos los funcionarios.

70.- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA., "Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en Materia de Función Pública"., Oficina Central de Personal., Presidencia de la República., 1976. pp. 34.

b) Funcionarios de libre nombramiento y remoción.-Son aquellos funcionarios nombrados y removidos discrecionalmente por las autoridades competentes para el desempeño de determinados cargos, es decir el nombramiento está sujeto a un acto discrecional de la Administración Pública, esto es, la autoridad administrativa tiene facultad para designar y destituir libremente, en el sentido de que la escogencia del titular del cargo es dejado a su criterio así como la oportunidad y conveniencia de su remoción. La Ley impropriadamente establece que "se consideren funcionarios de libre nombramiento y remoción, los siguientes:

1º Los Ministros del Despacho, el Secretario General de la Presidencia de la República, el Jefe de la Oficina Central de Coordinación y Planificación, los Comisionados Presidenciales, los demás funcionarios de similar jerarquía designados por el Presidente de la República y los Gobernadores de los Territorios Federales.

2º Las máximas autoridades directivas y administrativas de los organismos autónomos de la Administración Pública Nacional, los Directores Generales, los Directores, Consultores Jurídicos y demás funcionarios de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la República, de los Ministerios o de los organismos autónomos y de las Gobernaciones de los Territorios Federales.

3º Los demás funcionarios públicos que ocupen cargos de alto nivel o de confianza en la Administración Pública Nacional y que por la índole de sus funciones, el Presidente de la República, mediante Decreto, excluya de la carrera administrativa, pre

via aprobación por el Consejo de Ministros."71

Estos funcionarios entran al desempeño de un cargo, pero no a la Carrera Administrativa. A ésta-categoría de funcionario se les aplica el régimen re-lativo a la gestión de la función pública, el relati-vo a los deberes e incompatibilidades, gozan de los derechos comunes a los demás funcionarios a excep-ción de los derechos privativos a los funcionarios -de carrera, les son aplicables también las normas re-lativas al sistema de administración de personal y-los mecanismos relativos a la destitución, normas -éstas que son comunes a todos los funcionarios.⁷²

La facultad que la Ley le otorga al Presidente de la República para excluir de la carrera adminis-trativa a aquellos funcionarios que ocupan cargos de alto nivel o de confianza, ha sido plasmada en el --controversiado Decreto 122, el cual cercena el dere--cho a la estabilidad, derecho considerado como el ma-yor logro obtenido por los funcionarios públicos,"es-bilidad que por otra parte, le permite a la Adminis-tración Pública disponer de un personal calificado--que, de gozar de seguridad jurídica y estar, en con

71.- Ley de Carrera Administrativa, art. 4.pp. 4.

72.- BREWER-CARIAS, Allan-Randolph., "Ob cit"pp. 18.

secuencia, libre del temor a despidos o desplazamientos injustificados, está en condiciones de cumplir cabalmente sus deberes." ⁷³

El Decreto 122 establecíamos que cercena el derecho a la estabilidad desde dos puntos de vista: En primer lugar, porque califica de alto nivel y de confianza y por lo tanto de libre nombramiento y remoción, a una serie de cargos ocupados por funcionarios de carrera, pasando en consecuencia a la libre discrecionalidad de la Administración, a pesar de -- que la Ley considera que cuando los funcionarios de carrera hallan sido designados para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción, gozarán de permiso especial, por otra parte el Reglamento de Permisos Especiales y Pago de Indemnizaciones, establece: "Los funcionarios de carrera designados para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción se considerarán en disfrute de permiso especial con respecto a la carrera administrativa, los cuales podrán reingresar a un cargo de carrera una vez que --
74
hubiesen cesado en las funciones de aquel," señala-

73.- RAMIREZ BORGES, Julio. LANDAEZ D, Miguel Angel. "Voto Salvado" en "Sentencia de la Corte Suprema de Justicia"., 10-8-78., Caracas., pp. 29-30.

74.- REPUBLICA DE VENEZUELA, "Reglamento de Permisos Especiales y Pago de Indemnizaciones"., 2-7-74.

además el Reglamento que "Los funcionarios de carrera en ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción que fueren separados del mismo deberán ser reubicados en un cargo de carrera de similar jerarquía y remuneración al que ocupaban para el momento de su designación al cargo de libre nombramiento y remoción." Es decir que el funcionario tiene el de recho ser reubicado y el cargo que le corresponda se rá de la misma jerarquía y remuneración al cargo -- que ocupaba dentro de la carrera, ya que el cargo de libre nombramiento y remoción carece de estabilidad y por consecuencia de escalefón, su obtención no res ponde a un ascenso, sino que lleva involucrada su e ventual separación y la posibilidad de reubicación -- en un cargo similar al que desempeñaba dentro de la carrera, es meramente eventual.

Además se nos plantea con el Decreto 211, una nueva situación, por cuanto que la Ley prevee el ca so en que el funcionario de carrera sea designado pa ra ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, con el Decreto no es el funcionario el que es designado para el cargo de libre nombramiento y remoción, sino que se establece imperativo ante el calificativo de cargos de libre nombramiento, para cargos-

hasta entonces de carrera y alcanzados mediante el ascenso como derecho privativo de los funcionarios de carrera, en éste caso los funcionarios en esta situación se encuentran al arbitrio de la administración con la sola posibilidad de ser reubicados.

En segundo lugar cercena la estabilidad, por que la calificación o enunciación de los cargos considerados como de alto nivel ó de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, es muy amplia y genérica abarcando un área considerable de la Administración Pública Nacional y por consiguiente de amplia interpretación, en efecto: la fiscalización e inspección, otorgamiento de patentes, marcas, licencias y exoneraciones, control de extranjeros y fronteras, habilitaduría, caja tesorería, relaciones públicas e información, etc., son actividades gerenciales, que no se corresponden con los cargos estipulados en el Reglamento Patronal sobre los Sistemas de Clasificación de Cargos y de Remuneración, el cual establece el sistema oficial de clasificación y la obligatoriedad del uso de las denominaciones contenidas en el art. 18 del citado Reglamento.

En consecuencia al usar "el Presidente de la República la facultad que le confiere el ordinal 3^o

del artículo 4^o de la Ley de excluir a los funcionarios que ocupan cargos de alto nivel o de confianza, indicando solamente que funciones son de "alto nivel y cuales de confianza", sin especificar la clase de cargo al cual alude, de acuerdo a la clasificación oficial, estaba dictando un acto incompleto (subrayado nuestro), por cuanto no le bastaba con hacer valer un señalamiento genérico, sino que era menester especificar la clase de cargo al cual aludía, de acuerdo a la clasificación oficial.⁷⁵ Es decir el Decreto 211 se caracteriza por la imprecisión de sus términos, lo que permite una aplicación indiscriminada, por cuanto deja la posibilidad de que se incorpore en error al aplicarlo a casos concretos, ya que los cargos enunciados no concuerdan con los establecidos en el clasificador de cargos y remuneraciones.

c) Junto a éstas categorías de funcionarios públicos, la ley distingue además:

1.- Funcionarios con carácter provisional.-Son aquellos funcionarios nombrados para ocupar ciertos cargos, cuando formulada la solicitud a la Oficina Central de Personal, no existieren candidatos elegibles

75.- RAMIREZ BORGES, Julio. LANDAEZ D, Miguel Angel. "Op cit"., pp. 33.

debidamente registrados. Tal circunstancia se hará constar en el nombramiento, y éste deberá ser ratificado o revocado en un plazo no mayor de seis meses, previo el examen correspondiente.

2.- Funcionarios Interinos.-Son funcionarios designados en caso de extrema urgencia y para evitar interrupciones o deficiencias en la marcha de los servicios públicos, mientras se realiza la tramitación correspondiente ante la Oficina Central de Personal. - Estos funcionarios interinos tienen derecho, además de todos los derechos que la ley acuerda a todos los funcionarios públicos, a percibir el sueldo total -- que corresponde al cargo que ejercen temporalmente, -- de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de la Hacienda Nacional.

3.- Funcionarios a tiempo parcial y eventual.- En principio, los funcionarios se hallan a tiempo completo al servicio de la Administración Pública, pero excepcionalmente algunos funcionarios de acuerdo a la naturaleza de la labor realizada no se hallan de manera permanente y exclusiva al servicio de la Administración, sino que sus jornadas de trabajo son a medio tiempo o a tiempo parcial, y de acuerdo a esto será la remuneración recibida.

Los Funcionarios eventuales, son los que desempeñan funciones que de acuerdo a las necesidades del servicio, se prestan en forma irregular, no continua ni ordinaria y cuya relación de empleo termina al concluir la labor encomendada.

d) Funcionarios de régimen transitorio.— En referencia a la situación de los funcionarios y empleados que prestaban servicios al momento de dictarse la Ley, ellos quedaron sometidos a un régimen transitorio que les dió opción, opción que mantienen, al ingreso a la carrera, para el efecto, la Ley distingue entre funcionarios con más de diez años de servicio, con cinco o más años y más de un año, otorgándoles de acuerdo con las predichas antigüedades facilidades de distinto grado.

Estos funcionarios como ha sostenido el Tribunal de la Carrera Administrativa, tienen el mismo régimen de los funcionarios de carrera, pero sometidos a la condición de que puede realizarse en cualquier momento la prueba de la evaluación respectiva; y no puede la Administración alegar que un sujeto no es de carrera porque ella no le ha hecho la prueba de evaluación.⁷⁶

76.— TRIBUNAL DE LA CARRERA ADMINISTRATIVA., "Ob cit" pp. 315.

Hemos visto el ámbito subjetivo de aplicación de la Ley, sin embargo nos referiremos brevemente a un grupo de agentes que desempeñan tareas eminentemente técnicas, y sobre todo consultivas, en relación directa con problemas específicos, es el caso del personal contratado, personal que ingresa a la Administración mediante la celebración de contratos de servicio, ya que esta puede valerse de este recurso, especialmente para obtener servicios altamente calificados, raros en el mercado de empleo, o muy onerosos, o que sólo sean requeridos ocasionalmente.

"Ahora bien, en razón del carácter estatutario de la relación entre la Administración y el funcionario, y de que la Ley establece expresamente los modos y supuestos en que una persona puede ingresar a la función pública, habría que llegar a la conclusión: de que quienes se encuentren en ejercicio de funciones públicas, pero sin haber llenado los requisitos necesarios para ingresar a la Administración, o sin que se hubiesen cumplido las normas y procedimientos que al efecto prevee la Ley, no pueden ser tenidos como funcionarios públicos." ⁷⁷ Además la Ley

77.- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA., "Ob cit"-pp. 662., Dictamen CJ-18. 24-11-72.

de Carrera Administrativa no regula la materia de la prestación de servicio bajo la forma de contrato, ello permite establecer que el personal contratado es ajeno a la Administración. La posibilidad de contratación de personal a tiempo determinado la prevé la Ley Orgánica de la Administración Central, "Son atribuciones comunes a los Ministros, contratar para el Ministerio los servicios de profesionales y técnicos por tiempo determinado o para obra determinada."⁷⁸

En consecuencia, no teniendo el contratado la cualidad de funcionario público, su actuación no es regida por la Ley de Carrera Administrativa, sino -- por la Ley del Trabajo de acuerdo a sentencia de la Corte Suprema de Justicia. "Considera la Sala que no sólo los obreros al servicio del Estado están prote-gidos por la Ley del Trabajo, sino que también lo es tan los servidores de la Administración Pública que carezcan de la cualidad de funcionarios públicos..como ocurre en el caso de las personas que contractualmente prestan a la Administración Pública un servi--cio por tiempo determinado."⁷⁹

78.- Ley de la Administración Central. "Ob cit" art. 20. ord. 22.

79.- CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA., "Ob cit"-pp. 663.

La Administración de Personal

El sistema de administración de personal está constituido por un conjunto de normas y procedimientos relativos a las diversas situaciones jurídicas y administrativas de los funcionarios públicos, estructurado técnicamente y sobre la base de méritos; mediante el establecimiento de sistemas de reclutamiento, selección e ingreso de personal, calificación de cargo, adiestramiento, becas, viáticos, calificación y evaluación de servicios, ascensos, traslados, licencias, permisos, régimen de sanciones, registro de personal y de elegibles; con el objeto de asegurar la estabilidad en el empleo y el máximo rendimiento posible en la gestión.

De acuerdo a lo establecido en la Ley de Carrera Administrativa le corresponde a la Oficina Central de Personal, como cuerpo técnico, todo lo atinente a la Administración de Personal; ésta Oficina de Personal creada por la Ley de Carrera Administrativa, es una Oficina que materialmente ya tenía --- diez años de funcionamiento en la Comisión de Admi---

nistración Pública y los sistemas de administración de personal cuya conducción se le atribuye, son sistemas que la Comisión de Administración Pública venía desarrollando desde 1960.⁸⁰

La Oficina Central de Personal depende de la Presidencia de la República, y a cargo de un Director Ejecutivo de libre elección del Jefe de Estado; tendrá también esta Oficina un directorio integrado por el director ejecutivo, quien lo presidirá; un director y su suplente elegido por las Cámaras Legislativas Nacionales en sesión conjunta; un director y su suplente escogido por el Presidente de la República de una terna que le presentará la organización sindical que agrupe a la mayoría de los empleados públicos. Este directorio sesionará ordinariamente cada vez que lo convoque el Director Ejecutivo, por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de sus miembros.

Las funciones de la Oficina Central de Personal son meramente técnicas siguiendo criterios racionales: Elaborar y organizar el sistema de administración de personal y supervisar su aplicación y desarrollo; vigilar el cumplimiento de la Ley su Regla-
80.- BREWER-CARIAS, Allan Randolph., "Ob cit" pp. 13

mento; prestar asesoría y asistencia técnica a todos los organismos a cuyos funcionarios se aplica la Ley, en la organización del sistema de administración de personal, así como a los otros Poderes Públicos, -- cuando le sea solicitado; llevar y mantener al día - el censo nacional de funcionarios públicos, conforme a las normas que se determinen en los Reglamentos; - solicitar de todos los Organismos de la Administra-- ción Pública Nacional las informaciones que en mate- ria de administración de personal, pueda necesitar- para el cabal desempeño de sus atribuciones; vigilar porque la creación de los cargos de carrera respon- dan a necesidades reales de los servicios, a cuyo -- fin deberá establecer los mecanismos de coordinación necesarios con las correspondientes oficinas de orga nización; participar conjuntamente con los órganos a quienes compete, en la preparación de las normas des tinadas a regir la administración de personal en los organismos nacionales cuyo personal no esté sujeto a la Ley; convocar y reunir, conforme a instrucciones- del Presidente de la República, a los Jefes de las- Oficinas de Personal, a fin de considerar las cues- tiones relacionadas con la administración de perso- nal en sus respectivas dependencias, y formular las

observaciones que estime pertinentes; presentar al -
Presidente de la República, un informe anual conten-
tivo de las actividades desarrolladas por la misma;-
preparar, con el asesoramiento de su Directorio, los
proyectos de reglamentos de la presente Ley; crear,
dirigir y coordinar el sistema nacional de adiestra-
miento de funcionarios públicos.⁸¹ Como podemos ob-
servar las funciones de la Oficina Central de Perso-
nal las podemos resumir: elaboración, organización--
del sistema de administración de personal y una fun-
ción asesora, consultiva y preparatoria de los dis--
tintos Reglamentos de la Ley, por cuanto ya hemos es-
tablecido que la Ley de Carrera Administrativa es u-
na Ley cuadro que establece los postulados generales
para luego ser desarrollados.

Como órgano intermedio entre la Oficina Cen---
tral de Personal y los Organismos cuyos funciona---
rios estan sometidos a la Ley de Carrera Administra-
tiva, encontramos las Oficinas de Personal, la cual-
estará a cargo de un funcionario de carrera y tendrá
como atribuciones y deberes los siguientes: dirigir-
en el seno del organismo respectivo la aplicación de
la Ley y su Reglamento; realizar los cursos de adies-
81.- Ley de Carrera Administrativa. Art.10.

tramiento al personal a su cargo; realizar los exámenes de admisión o de ascenso; proponer ante la máxima autoridad administrativa del organismo respectivo, los nombramientos de ingreso o de ascenso, retiros y demás movimientos de personal, cuidar de la elaboración de los expedientes en las causas del personal, llevar la estadística del movimiento del personal y remitirla a la Oficina Central de Personal, colaborar con las Juntas de Avenimiento, actuar como órgano regular de enlace entre el organismo respectivo y la Oficina Central de Personal.

Uno de los aspectos más importantes de la Administración de personal, lo constituye la selección o ingreso a la función y a la carrera, por cuanto es el procedimiento que va a dar inicio a la relación entre el funcionario y la Administración Pública.

3

Ingreso

Existen diversos mecanismos para efectuar la selección y posteriormente el ingreso a la carrera, en la antigüedad se usó el sorteo como la segura manifestación de la potestad divina y el medio más adecuado de igualdad democrática en la selección de las

personas para el cargo público; en la edad media el cargo público se reputaba como un accesorio del feudo siendo objeto de herencia; con la aparición del Estado moderno se establecen nuevos sistemas tales como: la elección política, es una elección discrecional de los funcionarios entre los fieles al partido político en el poder. En los Estados Unidos el cargo de elección política ha sido y es importante entre las técnicas de reclutamiento. El spoils-system, o sistema de despojo, expresa el lazo entre el partido en el poder y los funcionarios. Este sistema ha demostrado sus inconvenientes: era viable en los momentos en que el Estado no disponía más que de un pequeño número de personas necesarias al funcionamiento del Estado; pero a medida que el poder ejecutivo ganaba en firmeza y que la población del país aumentaba, los abusos se multiplicaban y se hacían cada vez menos soportables, esto trajo como consecuencia la adopción de nuevos métodos como el merit system, aún cuando ambos métodos tienen aplicación pero a diferentes niveles. El merit system se aplica en los Estados Unidos sobre todo a los funcionarios federales y el spoils system-

se aplica a nivel local. En Francia la elección política juega un papel importante, permite eliminar-- el acceso a puestos de responsabilidad a funciona--- rios que poseen títulos equivalentes, se aplica so-- bre todo para los puestos de dirección de los ministerios y los empleos medios y superiores en las em-- presas, cargos que no son de carrera sino de libre-- nombramiento y remoción. En la Unión Soviética la-- consideración de las cualidades políticas en el re-- clutamiento de funcionarios es por tanto esencial. Los candidatos a la función pública debe presentar o bligatoriamente documentos que les caractericen des de el punto de vista político.⁸²

La elección de funcionarios por los ciudadanos constituye el procedimiento de reclutamiento más de mocrático, crea un lazo entre el funcionario y la co munidad. En los Estados Unidos la elección se prac tica por un gran número de funcionarios de los Esta dos federados o de los poderes locales. En la Unión Soviética la elección se impone a nivel local; y en Francia la elección se practica a una escala mucho más restringida.

82.- NACIONES UNIDAS. "Ob cit"., pp 530.

El concurso.- La técnica del concurso consiste en hacer una elección entre los candidatos a la función pública tomando en consideración sus aptitudes, demostradas por sus títulos o por la sumisión a pruebas iguales, es una técnica adoptada por casi todos los países y que efectuada rigurosamente evita el nepotismo, la influencia y el fraude.

En Francia el concurso es el procedimiento de derecho común en el reclutamiento de los funcionarios, según los establece el Estatuto, "bajo reserva de las medidas prevista por la legislación sobre los empleos reservados, los funcionarios se reclutan por medio de concurso."⁸³ Igualmente los países en que han tenido influencia las prácticas francesas tales como: Costa de Marfil, Marruecos, Túnez, Libano, a menudo se requiere cierto nivel de instrucción, pero el ingreso en la categoría superior, se hace mediante concurso o examen abierto por oposición y para las categorías inferiores a aquella, el ingreso se hace generalmente por selección. El examen, particularmente para la categoría superior, puede tener distintas formas: de preparación académica solamente, -

83.- FINER, Hermán., "Ob cit"., pp 780.

de preparación académica y una entrevista, concursos abiertos solamente. Ahora bién existe un grupo limitado de cargos considerados de confianza los cuales están exceptuados de las reglas ordinarias que rigen la designación de empleo.⁸⁴

En Gran Bretaña, así como en los países que siguen las prácticas inglesas, tales como: India, Pakistán, Birmania, Ceilán, Ghana, Nigeria, Jaimaca, Australia y Nueva Zelandia, los concursos no son verdaderamente importantes más que para la clase alta.- Para las clases inferiores, la cual constituye el grupo de funcionarios más numerosa, la forma de reclutamiento no revisten ese caracter solemne y original. No existen pruebas de carácter técnico, sino ejercicios de comprensión. Por lo general en este grupo de países los funcionarios ingresan no directamente a la función sino en un período de prueba, la aprobación queda sujeta al reglamento de la tesorería.

En los Estados Unidos la mayoría de los puestos se ocupan por concurso, ya que el reclutamiento directo no se realiza más que en casos particulares,

84.- NACIONES UNIDAS., "Ob cit"., pp 378.

cuando se trata de proveer puestos temporeros o cuando no hay candidato con calificación suficiente, o - para los empleos de carácter político.

En nuestro país a tenor de lo dispuesto en la Ley de Carrera Administrativa la selección para el ingreso a la Carrera se efectuará mediante concurso, a los cuales se les dará la mayor publicidad posible. Existen tres tipos de concursos: de credenciales, de oposición y mixtos. Los de credenciales basados en méritos: títulos, trabajos realizados por el aspirante, actuaciones sobresalientes o antecedentes de los aspirantes, en base a ello el jurado dicatmina. Los concursos de oposición se realizan a base de pruebas escritas u orales y por los resultados que arrojan - las pruebas, el jurado califica a los concursantes.- Los concursos mixtos participan de los sistemas de - credenciales y oposición.

Los concursos estaran abiertos a toda persona que reuna los siguientes requisitos: a) ser venezolano, b) Tener buena conducta, c) llenar los requisitos mínimos correspondientes al cargo respectivo, d) No estar sujeto a interdicción civil, e) y los demás que establezcan la Constitución y las leyes. Estos concursos versaran sobre materia relacionada directa

mente con el correspondiente desempeño de los cargos. Ahora bién los resultados del concurso será notificado no de forma inmediata al interesado sino dentro - de un lapso no mayor de sesenta días.

No obstante de haberse ganado el concurso, el aspirante no ingresa inmediatamente a la función pública sino que se requiere de un acto a posteriori - que perfeccione el ingreso del aspirante a la carrera mediante el nombramiento, el cual se efectuará -- por el Presidente de la República y los demás funcionarios que establece la Ley: los Ministros del Despacho y las máximas autoridades directivas y adminis--trativas de los organismos autónomos de la Adminis--tración Pública Nacional; y el nombramiento se hará--entre los candidatos cuyos nombres figuren en el registro de elegibles, ya que el aspirante una vez ganado el concurso pasa a formar parte del registro de elegibles. A este efecto, la Oficina Central de Personal, a petición del Organismo interesado, hará la correspondiente certificación de candidatos elegi---bles integrada por los tres nombres que ocupen los--tres primeros lugares del registro. A los funciona--rios nombrados mediante este procedimiento para el ejercicio de funciones públicas, la Oficina Central--

de Personal le expedirá el correspondiente certificado que lo acredite como funcionario de carrera. No obstante ello la Ley sujeta a las personas que ingresen a la Carrera Administrativa a un período de prueba al inicio del ejercicio, cuya duración y modalidad serán fijados por el Reglamento, Reglamento que no ha sido emanado.

Ahora bien, cuando formulada la solicitud no existieren candidatos elegibles debidamente registrados, se podrá elegir a una persona no inscrita en el registro, pero en el nombramiento se hará constar su carácter provisional. Nombramiento que deberá ser ratificado o revocado en un plazo de seis meses, previo el examen correspondiente. Sin embargo en casos de extrema urgencia y para evitar interrupciones o deficiencias en la marcha de los servicios públicos, la vacante podrá ser cubierta interinamente por un plazo no mayor de treinta días, mientras se realizan los trámites correspondientes ante la Oficina Central de Personal. 85

Se hace necesario establecer, que el único medio idóneo para el ingreso a la función pública es a

85.- Ley de Carrera Administrativa, Arts. 35,36.

través del sistema de concurso y selección establecido en la Ley; dichos concursos se caracterizan fundamentalmente por la publicidad y el carácter abierto.

La ley establece como requisito formal para que el funcionario público tome posesión de su cargo y entre en ejercicio de sus funciones, la prestación del juramento, juramento que será prestado ante el funcionario que halla hecho el nombramiento o ante el que éste designe. La importancia del juramento radica en que es una formalidad que va a perfeccionar el nombramiento, aún cuando este es realizado unilateralmente por la Administración, requiere del concurso de voluntad de la persona aceptante, y esta aceptación se efectúa a través del juramento.

C A P I T U L O I V

DEBERES Y DERECHOS

Sumario: 1.- Deberes de los Funcionarios Públicos. 2.- Derechos de los Funcionarios Públicos.

1

Deberes de los Funcionarios Públicos

Los deberes consagrados en la Ley de Carrera Administrativa, van a determinar los causes o lineamientos por los cuales debe desarrollarse la conducta de los funcionarios durante el desempeño de sus funciones. La determinación de tales deberes revisa un interés recíproco: Para la Administración porque ello facilita el orden y la eficiencia administrativa, y para los funcionarios porque de estas obligaciones se deriva el poder disciplinario.

En materia de deberes, la Ley establece un régimen único a todos los funcionarios públicos distinguiendo las diversas categorías. Est.

te sistematizar los deberes establecidos en la Ley, agrupándolos en base a tres deberes principales: el deber de consagrarse a la función; el deber de fidelidad y el deber de obediencia.

1.- El deber de consagrarse a la función.- Involucra una serie de deberes inherentes al cargo, -- y representan la base de los deberes del funcionario en efecto, éstos deberes se derivan de la obligación del funcionario de ejercer el cargo en forma personal, exclusiva, permanente y continúa, eficiente y con toda la diligencia debida.

a) La prestación personal del servicio.- Este deber por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico consagrado expresamente, es consecuencia del acto del nombramiento, ya que "si se tiene en cuenta que el acto del nombramiento supone previamente la selección de la persona que ha de ser nombrada, lo que a su vez implica la calificación de sus condiciones -- personales de aptitud mediante la aprobación de un concurso";⁸⁶ además es una de las características propias de la relación de servicio y empleo público: de que el mismo debe prestarse personalmente por la persona que es el titular del cargo y que fué designada

86.- FRAGA, Gabino., "Ob cit"., pp 143.

por nombramiento.⁸⁷ Ello implica que las funciones no puedan transferirse ni delegarse sin autorización legal.

"...los funcionarios públicos están obligados a:
 1º Prestar sus servicios personalmente con la eficacia requerida para el cumplimiento de las tareas que tengan encomendadas, conforme a las modalidades que determinen los reglamentos." 88

Esta disposición no sólo reafirma una obligación implícita en la naturaleza de las relaciones -- que se establecen entre la Administración Pública y sus servidores, sino que está destinada a corregir vicios existentes en nuestra Administración, el hecho de que determinados cargos pertenezcan en cierta forma a unos titulares que no los desempeñan y cuyo ejercicio convienen en que lo realicen otros.⁸⁹

b) Deber de prestar el servicio de manera exclusiva..-Este deber implica una dedicación integral a la Administración con prescindencia de cualquier otro tipo de actividad, se instituye el deber de dedicación total en el cumplimiento de las funciones inherentes al cargo. Este deber de exclusividad se encuentra expresamente establecido en la Constitución, por lo que se impide ejercer dos ó más destinos públicos remunerados a su vez. Así mismo la Ley de Ca

87.- MARIENHOFF, Miguel., "Ob cit"., pp 223.

88.- Ley de Carrera Administrativa. art. 28 pp. 16.

89.- BREWER-CARIAS, Allan Randolph., "Ob cit"., pp7

rrera Administrativa, consagra además, una novedosa-disposición en materia de incompatibilidades, pues - no solo establece la prohibición del ejercicio de -- dos destinos públicos, sino que establece como incompatible el ejercicio de un cargo público y el desempe-- ño de una profesión o de actividades privadas que puedan menoscabar o lesionar el ejercicio de la función pública y el estricto cumplimiento de los deberes del funcionario. Además la aceptación de un nuevo destino incompatible con el que se ejerza implica la renuncia del anterior. No obstante, la Constitución establece algunas excepciones, recogidas también por la Ley: el ejercicio de los cargos académicos, accidentales, asistenciales, docentes, edilicios, o electorales declarados por la Ley compatible con el ejercicio de un destino público remunerado, pero en todo caso sin menoscabo del cumplimiento de -- los deberes inherentes al cargo.

Este régimen de las incompatibilidades requiere de una pronta reglamentación con el fin de precisar la cantidad de casos, que si bien pueden ser subsumidos dentro de lo establecido en la Ley, requieren de una regulación específica.

Ahora bien, como consecuencia del no acatamien

to de las incompatibilidades establecidas en la Ley, ella misma señala como sanción, que la aceptación de un nuevo destino público incompatible con el que se ejerza, implica la renuncia del anterior, sin embargo este tipo de renuncia no presume la renuncia a la carrera administrativa.

c) Deber de prestar el servicio en forma permanente y continua.- Este deber inherente al cargo, el de prestar los servicios de manera permanente y continua , trae como consecuencia inmediata el sometimiento del funcionario a un horario de trabajo durante los días hábiles para ejecutarlo. El incumplimiento de esta obligación es sancionada por la Ley de diferente manera: desde la amonestación, oral o escrita, hasta la destitución, cuando ese incumplimiento ha sido de manera individual, ya que las consecuencias de la cesación colectiva de la prestación de servicio tiene grandes implicaciones en la Administración Pública, por la continuidad e ininterrupción de los servicios públicos; además en la Administración no se permite el abandono colectivo del trabajo, por cuanto si bien la Constitución de una manera general establece el derecho a la huelga, lo somete su ejercicio y determinación a la Ley, y hasta --

los momentos no ha sido objeto de regulación y al respecto la Ley de Carrera Administrativa no expresa nada, quedando así el derecho de huelga vedado a los funcionarios públicos.

d) El deber de prestar el servicio con la eficiencia y diligencia debida.-La Ley establece la obligación de la prestación personal del servicio con la debida eficiencia y diligencia requerida para el cumplimiento de las tareas. El incumplimiento de esta obligación hace acreedor al funcionario de amonestación verbal: negligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo; falta de atención debida al público; conducta descuidada en el manejo de los expedientes y documentos, así como del material y útiles de oficina.⁹⁰

A objeto de mejorar la eficiencia en el servicio, el funcionario está obligado además a capacitarse, atendiendo regularmente las actividades de adiestramiento y perfeccionamiento destinadas a mejorarlo. Estos cursos de adiestramiento interesan a la administración porque ello le permite el mejoramiento, la renovación de los servicios y por otra parte, tam-

90.- Ley de Carrera Administrativa., Art. 59. pp.30.

bién interesa al funcionario, ya que, para los ascensos, en el examen que se hace del funcionario, son tomados en cuenta los cursos de adiestramiento.⁹¹

2.- El deber de Fidelidad.— Este deber de fidelidad suele exteriorizarse formalmente en la prestación del juramento,⁹² pues se refiere a cumplir y hacer cumplir la Constitución y las Leyes de la República, e indirectamente a servir al Estado y a la Administración y a hacer cumplir los deberes inherentes al cargo. Es la propia Constitución quien precisa el ámbito y las consecuencias del deber de fidelidad, cuando señala expresamente que el funcionario público está al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna,⁹³ es decir establece un deber de fidelidad frente al Estado y a su Administración Pública.

Este deber de fidelidad es un deber genérico - que lleva íncito una serie de deberes subsidiarios, - que establece la Constitución y la Ley de Carrera Administrativa: el deber de guardar neutralidad política frente al Estado; el deber de abstenerse a reci--

91.- Ley de Carrera Administrativa. Art. 19. pp.13

92.- MARIENHOFF, Miguel., "Ob cit"., pp. 239.

93.- Constitución Nacional., art. 122. pp.25.

bir honores de gobiernos extranjeros sin la correspondiente autorización; el deber de velar por el patrimonio e intereses de la Administración; el deber de mejorar los servicios; el secreto profesional.

a) Deber de guardar neutralidad política.-Este deber exige del funcionario público la no participación en actividades políticas en el ejercicio de su función, mediante ella se busca del funcionario público que no translade la actividad política a la función pública. En la Administración Pública no pueden intervenir intereses extraños a la propia Administración, en razón de ello, los funcionarios públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna, es por eso que no se le permite realizar con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones y en los lugares de trabajo, las siguientes actividades: realizar propaganda o coacción política con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones; ostentar distintivos que lo acredite como miembro de un partido político. Así mismo, prevé la Ley, como causal de amonestación por escrito, efectuar campaña o propaganda de tipo político en los sitios de trabajo, así como recibir o solicitar dinero y otros bienes para tales fines.

b) El deber de abstenerse a recibir honores de gobiernos extranjeros.-Es un aspecto del deber de fidelidad, consagrado en la Constitución y acogido en la Ley de Carrera Administrativa, de este modo los funcionarios públicos no pueden aceptar honores o recompensas de gobierno extranjero sin autorización -- del Senado.

c) El deber de velar por el patrimonio e intereses de la Administración.- Bajo diversas formas se encuentra consagrada en la Ley esta obligación, ya sea en forma expresa, como un deber de vigilancia y conservación de los documentos, bienes e interese de la nación, o se trate de los daños que el funcionario cause al patrimonio de la nación; su inobservancia puede hacer responsable al funcionario y objeto de una amonestación escrita o destitución si fuere -- el caso.

Por otra parte el deber de velar por los intereses de la Administración Pública como parte del deber de fidelidad, "es tradicional en Venezuela la -- prohibición de la Constitución de que los funcionarios públicos celebren contratos con la República -- por presumir que si hay un interés particular del -- funcionario público en un contrato determinado don

de tenga interés el Estado, pueda haber colisión entre dichos intereses en perjuicio de éste último." ⁹⁴

La Ley de Carrera Administrativa no solo consagra estos principios sino que amplía la prohibición al establecer que se prohíbe a los funcionarios públicos auspiciar gestiones de personas públicas o jurídicas que pretendan celebrar contratos con la República o que soliciten o exploten concesiones administrativas, o que sean proveedoras o contratistas de la misma; a objeto de descartar cualquier posible conflicto de intereses que pudiera surgir entre el funcionario que gestiona y el interés de la Administración, el cual debe defender. Establece además la Ley que los funcionarios públicos deberán inhibirse del conocimiento de los asuntos en los cuales personalmente, o a través de terceros, tuvieren interés directo, o bien existiere éste por parte de su cónyuge o de sus familiares, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Es causal de destitución de conformidad con la Ley, el participar por sí o por interpuesta persona, en firmas o sociedades que tengan relaciones con la respectiva dependencia, cuando estas relaciones estén vinculadas direc-

94.- BREWER- CARIAS, Allan Randolph., "Los Deberes de los Funcionarios Públicos"., Caracas. pp/ 4.

ta o indirectamente con el cargo que se desempeña, - salvo que el funcionario haya hecho conocer por escrito esta circunstancia para que se le releve del conocimiento o tramitación del asunto en cuestión.⁹⁵

d) El deber de mejorar los servicios.- La Administración también exige de sus funcionarios que no solamente se limiten al cumplimiento de las obligaciones específicas de su trabajo, sino que también - deben contribuir con su iniciativa y su espíritu creador al mejoramiento de los servicios.

e) El deber del secreto profesional.- Todo funcionario tiene la obligación de reserva, de discreción en relación a los asuntos que maneja. Se prohíbe en este sentido tanto la divulgación a un número indeterminado de personas como la revelación a personas determinadas de asuntos secretos o confidenciales de los cuales se tenga conocimiento en el desempeño de un cargo público. La Ley lo establece como una prohibición "guardar la reserva y secreto que requieran los asuntos relacionados con su trabajo"⁹⁶, acompañada de la sanción de destitución, "revelación de asuntos reservados, confidenciales o secretos, de

95.- Ley de Carrera Administrativa. Art. 62 ord. 8.

96.- Ley de Carrera Administrativa. Art. 28 ord. 4.

los cuales el empleado tenga conocimiento por su condición de funcionario." ⁹⁷

3.- El Deber de Obediencia.-- Este deber es consecuencia de la existencia de un poder jerárquico,-- dicha obediencia no en otra cosa que la llamada subordinación jerárquica o administrativa del funcionario al superior, por cuanto dentro de una Administración jerarquizada, donde las órdenes descienden hasta los niveles inferiores de la Administración se hace necesario que exista en los diferentes niveles una persona encargada de impartir las órdenes y otra encargada de ejecutarlas.

De este deber principal surgen dos obligaciones consecuenciales: un deber general de respeto, que a su vez es recíproco entre el funcionario y su superior y además con sus compañeros de trabajo. De tal modo, la Ley sanciona con amonestación la falta de consideración y respeto debido a los superiores, su balterno o compañeros en el trabajo. Así mismo se exige como parte de la organización administrativa, - tener frente al público la atención y el respeto debidos, so pena de amonestación.

97.- Ley de Carrera Administrativa. art. 62 ord. 7.