



**INCIDENCIAS EN LOS DERECHOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES
TERCERIZADOS FRENTE AL CONCURSO COMO VÍA DE INGRESO A LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA**

**(Incidents in the labour rights of workers against the competition as outsourced
route of entry to the Venezuelan public administration)**

RECIBIDO: 01/06/2014 ACEPTADO: 19/11/2014

Romero, Vícmer

URBE – Universidad Privada Dr. Rafael Bellosó Chacín
vicmerromero@hotmail.com

Marcano, Domingo

URBE – Universidad Privada Dr. Rafael Bellosó Chacín
deel29@hotmail.com

RESUMEN

El presente artículo tiene como finalidad mostrar un análisis crítico descriptivo de cómo incide el concurso como vía de ingreso a la administración pública sobre los derechos laborales de los trabajadores tercerizados, considerando que por disposición de la Ley Estatutaria (2002), el régimen aplicable al personal contratado es la legislación laboral y el respectivo contrato. Se realizó un análisis de contenido de los documentos recopilados, se empleó la hermenéutica jurídica, a los fines de interpretar los instrumentos legales analizados. Se concluyó que todos los ciudadanos tienen derecho de participar libremente en la administración pública sin más limitaciones que las establecidas constitucionalmente y en la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002).

Palabras claves: derechos laborales, tercerizados, concurso.

ABSTRACT

This article shows a critical incident as descriptive analysis of the competition as a means of income to government on labor rights of contract workers. Whereas under the provisions of the Statute Law (2002), the scheme is applicable to staff labor law and the relevant contract. A content analysis of the collected documents was conducted; the legal interpretation was used, for the purpose of interpreting legal instruments analyzed. It was concluded that all citizens have the right to participate freely in public administration without other limitations than those established in the Constitution and the Law on the Statute of the Civil Service (2002).

Keywords: labor rights, outsourcing, competition.



INTRODUCCIÓN

La administración pública es considerada un mundo aparte dentro de una nación, regulada por normas especiales y un personal que consagre a ella toda su actividad profesional. Se encuentra organizada a través de un sistema, denominado carrera, que permite a sus funcionarios ascender y promocionarse, el cual junto al estatuto, conforman los dos elementos fundamentales que distinguen a los funcionarios públicos del resto de los trabajadores y trabajadoras.

Según sentencia del Tribunal Supremo de Justicia expediente N° AP42-R-2007-000731 del 14 de agosto de 2008:

“El régimen de función pública venezolano es un medio mayormente cerrado, que no admite la injerencia del derecho laboral, sino que se inclina hacia un sistema fundamentalmente estatutario, en el que se reconoce tanto el ingreso a través de un concurso público, como la estabilidad a los funcionarios públicos que resulten acreditados en los correspondientes concursos para optar a cargos en la administración pública.

El sistema estatutario no permite ningún tipo de negociación ni adaptación individual, toda vez que el estatuto, al ser un conjunto de normas jurídicas, no puede ser modificado por la mera voluntad de las partes, y mucho menos por la voluntad del intérprete, ello trae consigo que todo intento de modificación individual sería automáticamente considerado como una violación del principio de igualdad que debe presidir las relaciones entre los funcionarios públicos, en especial a los que sí se les ha aplicado el estatuto.

En otros términos, el régimen estatutario de función pública es el punto distintivo y decisivo en la conformación del régimen de función pública totalmente distinto al Derecho Laboral”.

Para el investigador, la circunstancia que la administración pública deba, conforme a la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012), incorporar a la nómina principal los trabajadores y trabajadoras tercerizados, garantizándoles inamovilidad laboral y los mismos beneficios y condiciones de trabajo de los contratados directamente por la administración pública.

Lo explicado, genera incertidumbre en cuanto a las grandes fallas de técnica legislativa que presenta la norma al no apuntar ningún elemento particular del supuesto de hecho que pretende regular (Tercerización) ni cómo pudiera aplicarse dentro de un régimen estatutario totalmente distinto al laboral.

PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL

El derecho al trabajo en Venezuela es proteccionista, tuitivo y rígido y hoy en día se ve afectado por un fenómeno que es totalmente contradictorio a su razón, ya que es un proceso transformativo y de cambios a los que inminentemente los países en vías al desarrollo se deben adaptar; de allí que el derecho al trabajo en Venezuela esté



consagrado constitucionalmente y es de orden público, es decir que su normativa es de obligatorio cumplimiento, son normas que impuestas a los particulares deben ser acatadas por todos.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV) (1999), es de corte social; su preámbulo recoge la búsqueda del bien común, la justicia social, el derecho del aseguramiento del trabajo y la preservación de los derechos humanos, bajo el signo de una democracia participativa, protagónica y un estado de justicia social, pero para poder garantizar todo lo señalado, es menester el predominio de una sociedad igualitaria y sin discriminaciones, que defienda y sostenga el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad.

El desarrollo de la persona sólo se logra a través del acceso a un trabajo digno, adecuado, permanentemente y estable que le garantice ingresos para poder sostenerse a sí misma y a su grupo familiar y donde pueda existir plenamente con su entorno familiar; es decir, que el trabajador pueda contar con un futuro material. Esa perspectiva de que los trabajadores puedan tener un futuro material a través de un empleo seguro, es lo que permite comprender la importancia de la relación laboral adecuada y estable. Así, puede establecerse que después de la vida, quizás el trabajo es el derecho humano más importante, porque toca el tema de la subsistencia y evidentemente la actividad laboral debe desarrollarse en condiciones de dignidad.

En síntesis, para el cumplimiento de las obligaciones del estado, indicadas anteriormente, la normativa constitucional ha establecido los principios generales del derecho del trabajo, las cuales constituyen las bases del ordenamiento jurídico laboral y sirven de guía a los jueces o intérpretes del derecho. Estas se encuentran reguladas en el artículo 89 de la Constitución, así mismo, en el artículo 18 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT) (2012), y en el artículo 9 de su reglamento (2006).

PRINCIPIO DE INTANGIBILIDAD Y PROGRESIVIDAD

El artículo 89 de la CRBV (1999), expresa “ninguna ley podrá establecer disposiciones que alteren la intangibilidad y progresividad de los derechos y beneficios laborales”.

Los derechos laborales no pueden ser vulnerables y deben permanecer en el estado en que fueron concebidos por el legislador, sin embargo por disposición de la misma norma in comento pueden recibir la influencia de otras leyes siempre que se establecen condiciones que superen las descritas, ejemplo de ello pueden ser las negociaciones colectivas, en las cuales se pueden incrementar esos beneficios, pero nunca disminuirse.

Mediante la intangibilidad y progresividad se establece un punto un punto de equilibrio entre las decisiones del empleador de lograr o adquirir mayores beneficios y la capacidad laboral del empleado, resultando así un elemento constitucional por el cual los beneficios del trabajador deben ser siempre superiores a los ya existentes y su cambio o modificación depende del grado de superioridad adoptantes por los reemplazantes (Villar, 2004).



PRINCIPIO DE SUPREMACÍA DE LA REALIDAD

Este principio dilucida la existencia de una realidad laboral con lo que se genera una inconformidad entre los hechos reales y la apariencia legal; con este principio, se privilegia y no la apariencia que las partes den de ella.

En este aspecto, la sala de casación social del Tribunal Supremo de Justicia dictaminó en base a este principio que, cuando se genere una inconformidad entre los hechos reales y la apariencia legal, se debe privilegiar la realidad y no la apariencia que las partes den de ella.

Además, hizo aplicación directa de este principio en sentencia dictada en marzo de 2000 en el juicio seguido en contra de DISPOSA, en la cual estableció jurisprudencia al manifestar: “en la realidad de los hechos eran los actores quienes personalmente ejecutaban la labor de compra venta de cervezas y malta...” Y: “no a vender ni negociar dichos productos fuera de la zona de exclusividad...”. En virtud de la situación planteada estimó la sala la aplicación pertinente de los principios universalmente admitidos por el derecho del trabajo.

Para Villar (2004), con relación a este principio, la realidad de los hechos tal como ocurre tiene primacía frente a las apariencias que las partes puedan dar a sus manifestaciones de voluntad, independientemente de que estas sean producto de la espontaneidad o de las presiones que podrían envolver una intención fraudulenta, esta primacía de la realidad frente a la apariencia ha permitido que la jurisprudencia haya tomado decisiones a favor de derecho del trabajo sobre casos de fraude a la ley, en los cuales el patrono ha pretendido evadir sus responsabilidades laborales a través de fraude o simulación.

PRINCIPIO IN DUBIO PRO OPERARIO

Este principio plantea que, en caso de dudas razonables acerca de la interpretación de una norma, deberá adoptarse aquella que más favorezca al trabajador. Tal situación obliga a tomar la ley no solo como contemplativa de los intereses de los trabajadores; sino como un mecanismo para armonizar los intereses obrero-patronales con los de la colectiva, en consecuencia; debe interpretarse fielmente la voluntad del legislador, así lo señalan Deveali (1948) y Cesari (1966) citado por Boves (2006), este principio es reconocido como de carácter especial, dado la autonomía del derecho del trabajo cuyo propósito deriva en otorgar un amparo a la parte más débil dentro del contacto de trabajo.

PRINCIPIO DE IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012) consagran la irrenunciabilidad de los derechos laborales como un principio que complementa al principio protector, garantizando la tutela efectiva de los intereses patrimoniales de los trabajadores frente a las pretensiones del empleador, evitando así situaciones que atenten los derechos que legalmente les corresponden.



La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), así como la Ley Laboral (2012) y su Reglamento (2013), garantizan todo el amparo contra los abusos del económicamente más fuerte, como también la renuncia de derechos laborales por ignorancia o por incapacidad. De allí que el carácter imperativo de una ley no tiene otro fin que el de asegurar la protección de las voluntades débiles, razón por la cual el legislador prohíbe ciertas derogaciones por creer que no son libremente consentidas.

El principio de irrenunciabilidad es una norma sustantiva de orden público en la legislación laboral venezolana, constituye una de sus notas emblemáticas, junto al principio de la progresividad de los derechos laborales; cualquier acto que vulnere o violente el principio de irrenunciabilidad es nulo. El principio de irrenunciabilidad condiciona la validez de las transacciones; si un acuerdo transaccional quebranta o atenta contra el principio de irrenunciabilidad de derechos sustanciales laborales, no puede surtir efectos jurídicos, es inválido.

PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El principio de no discriminación se encuentra previsto por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en el artículo 89 numeral 5º, siguiendo la línea establecida en el convenio número 11 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativo a la discriminación en materia de empleo y de ocupación que entró en vigencia el 15 de junio de 1960. Este último establece:

“cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación”.

Para García (2012) el artículo 21 de la LOTT (2012) ratifica el principio de no discriminación, agregando como razón de discriminación la edad, estado civil, sindicalización, orientación sexual y discapacidad.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) recoge e interpreta los derechos fundamentales e instrumentos internacionales sobre igualdad y equidad entre los hombres y mujeres, originarios de los organismos internacionales y de las convenciones y acuerdos de la Organización Internacional del Trabajo, de las Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos, además, se mantiene la garantía según la cual todo acto que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución es nulo.

PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EQUIDAD DE GÉNERO

Para García (2012) el principio de igualdad y equidad de género previsto en el artículo 20 de la LOTT impide la discriminación por razones de sexo. Las mujeres y los hombres, dentro de sus condiciones que le son naturales, pueden desempeñar indistintamente idénticas funciones; ambos se han capacitado desde los diferentes puntos de vista: científicos, técnicos, industriales, prácticos; por ello, ambos deben tener las mismas



posibilidades en el trabajo para lograr el ingreso por selección, clasificación para una remuneración, adiestramiento, y conservación de su puesto de labor.

IGUAL SALARIO IGUAL TRABAJO

Explicado en el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), se establece que el salario es el recurso económico con el cual el trabajador cubre sus necesidades y las de su familia y debe ser cancelado a todos los trabajadores y trabajadoras, este debe ser suficiente para permitirle vivir con dignidad.

En este caso la Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras (2012), plantea en su artículo 109 el principio de igual trabajo igual salario, en el que se garantiza que el desempeño laboral realizado bajo las mismas condiciones de eficiencia y donde el trabajador aplique las mismas capacidades de otros, debe ser satisfecho con el mismo salario, sin discriminación.

Para García (2012), la aplicación del Principio “igual salario a igual trabajo” o “a trabajo igual, salario igual” es un tanto complejo, pues no se limita a determinar qué hace un trabajador y qué hace otro para precisar si el trabajo es igual y, por tanto, les corresponde igual salario. Deben concurrir otros factores que no hacen tan sencillo la aplicación del principio, esto es, la labor debe realizarse en igual puesto de trabajo, igual jornada (diurna, nocturna, mixta), capacidad del trabajador para ejecutar determinada labor e igual condición de eficiencia.

DERECHOS LABORALES BÁSICOS

1. Prestaciones sociales: uno de los aspectos novedosos previstos en el artículo 141 de la Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras (2012) se refiere al cálculo retroactivo de las prestaciones para los trabajadores activos desde el 19 de junio de 1997, que solo se aplicará al momento de culminar la relación laboral. Así mismo se contempla que:

“El patrono depositará a cada trabajador por concepto de prestaciones sociales el equivalente a quince (15) días con el último salario devengado cada trimestre y después del primer año de servicio el patrono depositará a cada trabajador dos días de salario adicional por cada año, acumulativos y con un máximo de treinta días, esta medida se tomará en cuenta desde el primer mes laboral del trabajador”.

Para García (2012), las prestaciones sociales se tratan de una institución para recompensar la antigüedad, por cuanto están en íntima y estrecha relación con el tiempo de servicios en la empresa; se calculan en forma proporcional, de acuerdo con la antigüedad de servicios; así también se concibió en la abrogada LOT (1997). El cambio importante y trascendental está en la anualidad por prestaciones sociales se calculaba con base al salario devengado para el momento de nacer el derecho, pero con la LOTT (2012), el salario tomado en cuenta para cuantificar las prestaciones sociales es el devengado para el momento de la finalización del vínculo de trabajo.



2. Jornada laboral: otro de los aspectos novedosos de la LOTT (2012) es la reducción de la jornada laboral de 44 a 40 horas semanales. La exposición de motivos de la ley especifica que las empresas de operación continua tendrán una jornada semanal de 42 horas, compensadas con un día adicional de vacaciones por cada cuatro semanas laboradas.

Además, se fijó en media hora el tiempo mínimo de descanso dentro de la jornada. García (2012) señala que el artículo 173 de la LOTT es uno de los más complejos y emblemáticos de la ley laboral, representa una de las instituciones de mayor peso e impacto en la ley, constituyendo la materialización de uno de los mandatos constitucionales contenidos en la Disposición Transitoria 4.3, que dice:

“contemplará un conjunto de normas integrales que regulen la jornada laboral y propendan a su disminución progresiva, en los términos previstos en los acuerdos y convenios de la Organización Internacional del Trabajo suscritos por la República”

3. Reposo pre y postnatal: lo más significativo de la LOTT (2012) fue el aumento a 26 semanas, un término de seis meses y medio de reposos para la madre, 14 días para el padre y la inamovilidad laboral por los dos años siguientes para ambos. En este sentido, se señala que las trabajadoras embarazadas no podrán realizar tareas o actividades que puedan poner en peligro su vida y la de su hijo o hija.

Igualmente la mujer embarazada tiene protección especial de inamovilidad laboral desde el inicio del embarazo y hasta dos (2) años después del parto, también se aplicará a la trabajadora durante los dos (2) años siguientes a la colocación familiar de niños y niñas menores de tres (3) años.

El tiempo de reposo quedó establecido en el artículo 336 donde se resalta: “La trabajadora embarazada tendrá derecho a un descanso pre natal de seis (6) semanas antes del parto, y veinte (20) semanas después del parto, este periodo puede aumentar según dictamen médico”.

Señala García (2012) que, mientras la trabajadora se encuentre en el descanso pre y post natal, conserva su trabajo, goza de inamovilidad y tendrá derecho, según el artículo 336 de la LOTT (2012), a recibir el salario, conforme rige en la normativa de Seguridad Social, esto es, que el salario por el descanso pre y post natal será con cargo a la seguridad social.

4. Estabilidad e inamovilidad: la Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y Trabajadoras (2012) elimina los despidos injustificados. Si un trabajador no está conforme con el despido podrá, dada su condición, acudir bien sea al Inspector del Trabajo o al Juez del Trabajo y, si no existe motivo justificado, se ordenará su reenganche y pago de salarios caídos y demás beneficios. Están amparados por la estabilidad prevista en la LOTT (2012):



“La ley garantiza la estabilidad en el trabajo y la limitación de toda forma de despido no justificado, los despidos contrarios a la norma laboral son nulos. Se incluyó como causa justificada de despido y retiro, el acoso laboral o acoso sexual y en retiro justificado la sustitución de patrono o patrona cuando el trabajador o trabajadora considere inconveniente la sustitución para sus intereses, en los casos que el trabajador o trabajadora haya sido despedido sin causa justa y, luego de ordenado su reenganche, él o ella decida dar por concluida la relación de trabajo”.

Para García (2012), la norma no pretende la prohibición de despedir, en los casos de estabilidad, cuando haya motivos justificados para ello, solo que establece limitaciones, que se traducen en procedimientos jurisdiccionales para poder calificar el despido. Con la nueva concepción impuesta por la ley laboral, resulta inútil la distinción entre estabilidad absoluta o propia o estabilidad relativa o impropia, porque ahora rige una estabilidad absoluta; ya el patrono no puede zafarse de la obligación de reenganchar pagando a su voluntad, de manera facultativa, una cantidad de dinero por concepto de los derechos laborales del trabajador, no puede resarcir económicamente al trabajador para impedir el reenganche.

5. Vacaciones: en atención a lo dispuesto en el artículo 189 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012); García (2012) sostiene que las vacaciones comportan un derecho-deber del trabajador de disfrutarlas y una obligación del patrono de otorgarlas e imponerle al laborante su completo disfrute. Por otro lado, señala que la norma presenta una proposición, con carga al patrono, de índole distinta a la laboral, cuando plantea la posibilidad de que éste facilite al trabajador, en el tiempo de disfrute de vacaciones, programas de turismo y entretenimiento de éste y su familia.

6. Beneficios anuales o utilidades: se estipula el pago, dentro de los primeros quince días del mes de diciembre, de una bonificación de fin de año de treinta días de salario, por lo menos, imputables a la participación de beneficios o utilidades cuando el cierre del ejercicio económico no coincida con la época decembrina. Si cumplido éste, el patrono no obtuviere beneficio la cantidad entregada deberá ser considerada como bonificación y no estará sujeta a repetición. Si se obtuviere beneficios cuyo monto no alcanzare a cubrir los treinta días de salarios entregados anticipadamente, se considerará extinguida la obligación.

García (2012), indica que según el artículo 131 de la LOTT (2012), para calcular el beneficio líquido al cual se le aplica el porcentaje del quince por ciento se suman los enriquecimientos netos gravables y los enriquecimientos exonerados, conforme establece la Ley de Impuesto sobre la Renta, es decir, que a los ingresos brutos percibidos por actividades económicas se le restan los costos y deducciones y a la cantidad que resulte se le aplica el porcentaje del quince por ciento, cuyo resultado es el distribuible entre los trabajadores que hayan laborado todo el año. No podrá deducirse la cantidad que corresponda pagar al patrono o patrona por concepto de impuesto sobre la renta.

7. Días feriados: señala la LOTT (2012), que todos los días del año son hábiles para el trabajo, con excepción de los días feriados. García (2012) señala que, junto a los domingos, también son calificados como días feriados los señalados en el artículo 184



literal b) que corresponden al primero de Enero, jueves y viernes de la Semana Santa, primero de mayo y veinticinco de diciembre, la LOTT (2012). Además de esto, se legalizan como días de fiesta el lunes y martes de carnaval; y el 24 y 31 de diciembre que dependían, para no laborar, de la discrecionalidad del patrono o patrona.

8. Derecho a la sindicalización: el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) consagra el derecho a la libre sindicalización, en donde el trabajador y trabajadora, cumpliendo con los requisitos pertinentes, pueda afiliarse a cualquier sindicato de su preferencia para la mejor defensa de sus derechos e intereses. La Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012) establece en el artículo 353:

“La libertad sindical de todos los trabajadores y trabajadoras sin distinción alguna y sin necesidad de autorización previa a constituir libremente las organizaciones sindicales que estimen conveniente para la mejor defensa de sus derechos e intereses, así como afiliarse o no a ellas de conformidad con la ley”.

9. Base legal de los derechos laborales de los trabajadores tercerizados: la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (2012) define tercerización como la simulación o fraude cometido por patronos o patronas en general, “con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral estableciendo la responsabilidad de los patronos o patronas en caso de simulación o fraude laboral”.

La Disposición Transitoria Primera de la LOTT señala que en un lapso no mayor de tres años a partir de la promulgación de la Ley, el patrón incurso en la norma que prohíbe la tercerización, se ajustará a ella, incorporando a la nómina de la entidad de trabajo contratante principal los trabajadores y trabajadoras tercerizados. Durante dicho lapso y hasta tanto sean incorporados a la nómina de la entidad contratante principal, los trabajadores objeto de tercerización gozarán de inamovilidad laboral, y disfrutarán de los mismos beneficios y condiciones de trabajo que correspondan a los trabajadores contratados directamente por el patrono beneficiario de sus servicios.

Hernández (2013) señala que el artículo 47 de la LOTT presenta grandes fallas de técnicas legislativas, por cuanto la norma no apunta ningún elemento particular del supuesto de hecho que pretende regular: “la tercerización”, lo cual, lógicamente, complica la regulación y su aplicación en la práctica. La norma no sólo no tipifica la tercerización, sino que la asimila a figuras conceptualmente distintas como lo son el fraude y la simulación dificultando en consecuencia su regulación.

El fraude laboral es definido por el referido autor, con una situación en la cual una de las partes, el patrono, prevalido de su situación de superioridad frente a la otra, el trabajador, “hace que éste acepte dar a la relación laboral que vincula a ambos, una calificación distinta o que declare haber recibido pagos o beneficios que no recibió”.

Por su parte, la simulación, que equivocadamente suele ser tratada por la doctrina como sinónimo de fraude, es un acto mediante “el cual las partes declaran una voluntad



aparente y ficticia que oculta un negocio verdadero”, el cual corresponde a su voluntad real no declarada (Hernández, 2013).

La tercerización es un procedimiento que da lugar a que un puesto de trabajo, usualmente ocupado por un trabajador, quien es parte de un contrato de trabajo, pasa a ser desempeñado por un tercero, es decir por una persona ajena a qué tipo de contratación.

Es frecuente que una empresa productora contrate con una empresa Outsourcing la realización de determinadas tareas. Esa empresa Outsourcing contrata trabajadores para la ejecución de esas tareas y los pone a la disposición de la contratante, a la cual, en la práctica, están subordinados dichos trabajadores. Los supuestos trabajadores de la empresa Outsourcing prestan sus servicios en las instalaciones de la empresa contratante, colaborando, bajo la dirección de esta, en su proceso productivo.

Para Hernández (2013), el artículo 48 de la LOTTT se inicia como una expresión muy categórica “queda prohibida la tercerización”. Si desde el punto de vista de la referida norma se debiera a la tercerización la misma acepción que en la ciencia del trabajo universalmente se da a esta expresión, el mundo productivo venezolano se encontraría en una situación muy compleja, ya que el proceso de su descentralización obedece a una serie de circunstancias que durante las últimas décadas han venido caracterizando objetivamente la industria. La economía contemporánea no puede, de hecho, ser revertido por una simple disposición del legislador.

El legislador venezolano identifica tercerización como fraude, de manera que al prohibirla lo que está prohibiendo es el fraude, cayendo en redundancia, según afirma Hernández (2013). Pareciera que el sentido del artículo 48 de la Ley Orgánica del Trabajo de los Trabajadores y las Trabajadoras es el de desarrollar el segundo aparte del artículo 94:

“El estado establecerá, a través del órgano competente, la responsabilidad que corresponda a los patronos y patronas en general, en caso de simulación o fraude, con el propósito de desvirtuar, desconocer u obstaculizar la aplicación de la legislación laboral.”

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE PARA EL INGRESO DE TRABAJADORES TERCERIZADOS A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA VENEZOLANA

Función pública:

Rondón (2013), al referirse a la función pública, marca la noción específica que emerge del texto constitucional.

Señala que “es el ejercicio de las actividades que realizan tanto las jerarcas como los subordinados, al servicio del poder ejecutivo nacional.” Esto constituye la actividad que ejerce la Administración Pública Nacional.



Es así como entiende la Ley del Estatuto de la Función Pública. En forma expresa, en el párrafo único del artículo 1, excluye de su ámbito a los funcionarios de: Servicio Exterior, Procuraduría General de la República, SENIAT y de los Poderes Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral, quedando limitada a los funcionarios del Poder Ejecutivo.

Por otro lado, señala la referida autora que partiendo de la noción amplia se entiende a la Función Pública como: “todas las actividades de los sujetos que operan como titulares de los órganos o entes públicos, en la ejecución de las competencias que les han sido asignadas, cualquiera que sea su contenido”.

Con tal noción, la Función Pública va más allá de los que ejercen los Funcionarios del Poder Ejecutivo y; así mismo, no se equipara con la de Administración Pública, sino que tiene un ámbito mayor, por lo cual comprende al Poder Legislativo, a las funciones de control, a la de gobierno, a las consultivas y a las jurisdiccionales y al resto de las actuaciones que los mismos realizan, de acuerdo con la postura que se adopte variará el concepto de lo que es un Funcionario Público y el régimen que al mismo se le atribuya.

ADMINISTRACION PÚBLICA

Dentro de la Administración Pública existe una diferenciación entre la Administración Pública nacional, la Estatal y la Municipal, sin embargo, cada una en su nivel tiene por objetivo común la acción de administrar la satisfacción de necesidades de la población mediante la ejecución de políticas, planes y programas desarrollados por las distintas dependencias que la integran, por lo cual es obvia la importancia del rol del funcionario público. De esta manera, se evidencia la íntima relación existente entre la concepción, estructura y organización de la función pública, con la estructura y la organización de la propia administración pública nacional, estatal y municipal. (Camba y col., 2004).

La función pública como institución es el conjunto de valores, principios y normas, formales e informales, que pautan el acceso, la promoción, la retribución, la responsabilidad, el comportamiento general, las relaciones con la dirección política y con los ciudadanos y, en general, todos los aspectos de la vida funcional considerados socialmente relevantes. La función pública es, desde luego, una institución jurídica, pero su institucionalidad no se agota en lo jurídico-formal. Existe también una institucionalidad informal integrada por los modelos mentales y las expectativas de los funcionarios y los ciudadanos hacia el comportamiento adaptativo en la función pública.

INGRESO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE LOS TRABAJADORES TERCERIZADOS

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), en su artículo 21, consagra el principio de no discriminación por concepto de raza, religión, sexo, credo o condición social que puedan menoscabar el ejercicio o disfrute de alguna actividad.

La Carta Magna consagra que todos los ciudadanos tienen derecho de participar libremente en la administración pública, directamente por medio de sus representantes



elegidos, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999) y la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002).

PRINCIPIOS RECTORES DEL REGIMEN FUNCIONARIAL

El primer aparte del artículo 146 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002), señala que para que un cargo sea de carrera debe ser asignado mediante un concurso público que este fundado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia.

Para Rondón (2013), el régimen institucional de los funcionarios de la administración se completa con las siguientes exigencias: imparcialidad, previsión presupuestaria y las incompatibilidades.

Señala la referida autora que por lo que atañe a la imparcialidad, el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1997) consagra el principio de que los funcionarios están al servicio del Estado y no de una parcialidad política. Como consecuencia de lo anterior, se prohíbe que el nombramiento y la remoción estén determinados por la afiliación u orientación política.

El segundo principio es el de la previsión presupuestaria de los sueldos, estipulados en el artículo 147 ejusdem, que establece que para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que los emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente. Al efecto, la norma señala que tales emolumentos podrán ser limitados razonablemente por una ley orgánica, tanto en el ámbito nacional como en el estatal y municipal.

El tercer principio es el de las incompatibilidades, que está constituido por las siguientes reglas: 1. Es incompatible la celebración por parte de los funcionarios de contratos con las entidades a las cuales presten sus servicios ni por si ni por interpuesta persona, ni con la representación de otro, salvo las excepciones que la ley establezca; 2. Otra incompatibilidad es la del desempeño de más de un destino publico remunerado, a menos que se trate de cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes determinados por la ley, la aceptación de un segundo destino no exceptuado, implica la renuncia del primero, salvo que se trate de suplentes, mientras no reemplacen definitivamente al principal; y, 3. Igualmente existe incompatibilidad respecto al disfrute de más de una jubilación o pensión, salvo casos que determine la ley.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela 1999 contiene un conjunto de normas generales que regulan a los funcionarios públicos: el establecimiento de una reserva legal; que tiene, a su vez, dos vertientes, la primera para la determinación de las funciones asignadas a los funcionarios y la segunda para el régimen de los requisitos relativos al ejercicio de los cargos.

Como se observa, el sistema de contratación de funcionarios públicos cuenta con protección constitucional, ordenando claramente a la administración pública someterse de manera obligatoria a los principios de protección, orden y acceso al referido sistema de contratación, el cual garantiza la equidad de los procesos, la eficiencia del cumplimiento



del orden jurídico, que rija las materias respectivas y el acceso a las actas que interesen, convirtiéndolos en actos públicos y de libre acceso. El artículo 146 de la CRBV (1999) señala que todos los órganos y entes del Estado deben realizar el llamado a concurso público para proveer los cargos públicos.

Por mandato constitucional se promulgó la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002) que rige a los funcionarios públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales. Los artículos 17 y 19 del Estatuto señalan los requisitos que deben reunir los aspirantes para ejercer un cargo público y clasifican a los funcionarios públicos en funcionarios de carrera o de libre nombramiento y remoción, definiendo a los funcionarios de carrera, como aquellos quienes habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerado y con carácter permanente; y a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas en la ley.

Señala la Ley del Estatuto:

“La provisión de cargos vacantes de carrera se realiza atendiendo el siguiente orden de prioridades: 1. Con candidatos del registro de elegibles para ascensos del organismo respectivo, 2. Con candidatos del registro de elegibles para ascensos de la Administración Pública, 3. Con candidatos del registro de elegibles para ingresos” (Parágrafo único Art. 45 LEFP 2002).

Las normas que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los estados y municipios, son de obligatorio cumplimiento por éstos, según expresa el artículo 2 de la LEFP (2002).

En lo concerniente al personal contratado, indica la Ley del Estatuto que sólo puede procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado. Se prohíbe la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la referida Ley. El régimen aplicable al personal contratado es aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral. En ningún caso el contrato puede constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública. (Arts. 37 al 39 LEFP 2002).

La LOTT (2012) reconoce la aplicación de estas disposiciones especiales para los funcionarios o empleados públicos nacionales, Estadales o Municipales, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional.

Los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada, se regirán por las normas contenidas en esta Ley, la de Seguridad Social y su contrato de trabajo. Los obreros y obreras al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales, centralizados y descentralizados, estarán amparados y amparadas por las disposiciones de esta Ley y la de Seguridad Social.



INGRESO POR MÉRITO A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Los cargos públicos son de libre acceso. Todo ciudadano tiene el derecho a concursar para desempeñar un cargo público sin mayores limitaciones que las que establece la ley y sus propias aptitudes.

En este sentido, la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002) señala en su artículo 16: “Toda persona puede optar a un cargo en la Administración Pública, sin más limitaciones que las establecidas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes”.

Así, el concurso se convierte en la única vía para acceder a un cargo público de carrera, toda vez que por mandato de ley son absolutamente nulos los actos de nombramiento de funcionarios públicos de carrera cuando no se realicen los respectivos concursos de ingreso, correspondiéndole a las dependencias de recursos humanos de los órganos y entes de la Administración Pública la realización de los concursos públicos para el ingreso de los funcionarios públicos de carrera. (Parágrafo Primero Art. 40, LEFP, 2002). Las dependencias de recursos humanos de los órganos y entes de la Administración Pública deben llevar los registros de elegibles, a los cuales se les debe dar la mayor publicidad. (Artículo 42, LEFP, 2002).

METODOLOGÍA

En cuanto a la metodología aplicada, se trata de un estudio jurídico documental, ejecutado sobre la base y apoyo bibliográfico, recabando la información de fuentes documentales.

Para responder a los objetivos específicos planteados, se procedió a organizar los contenidos de acuerdo con cada uno de los mismos, extrayendo de las leyes, la doctrina y la jurisprudencia, los planteamientos esenciales para ser analizados y discutidos por el investigador a los fines de identificar los derechos laborales de los trabajadores tercerizados en el ordenamiento jurídico venezolano, examinar el régimen jurídico aplicable para el ingreso de trabajadores tercerizados a la administración pública en Venezuela y analizar los criterios jurisprudenciales sobre el ingreso del personal a la administración pública en Venezuela.

Para el análisis documental se utilizó la matriz de análisis, en función de la cual se organizaron folders de los objetivos planteados, la categoría, sub-categorías de estudio y las unidades de análisis, lo cual permitió el registro organizado de información para extraer conclusiones científicas.

Del mismo modo, se llevó a cabo un análisis de contenido de los documentos, con el fin de estudiar en profundidad diversos materiales documentales de naturaleza legal laboral realizando un análisis de sus coincidencias y discrepancias. Hernández y col. (2010) explican que el análisis de contenido es una técnica muy útil para analizar los procesos de comunicación en muy diversos contextos. El análisis de contenido puede ser aplicado virtualmente a cualquier forma de comunicación.



CONCLUSIONES

Las normas que se refieren en general a la Administración Pública son de obligatorio cumplimiento por éstos (Art. 2 LEFP 2002).

En lo concerniente al personal contratado, señala la Ley Estatutaria que “sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado”.

Se prohíbe la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la referida Ley. El régimen aplicable al personal contratado es aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral. En ningún caso el contrato puede constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública (Artículos 37 al 39, LEFP, 2002).

El artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública nos permite desarrollar una definición de concurso público entendiéndose como el mecanismo de selección de personal que garantiza el ingreso a la administración pública con base en: aptitud, competencia, mediante la participación en igualdad de condiciones de quienes posean los requisitos exigidos para desempeñar los cargos, sin discriminaciones de ninguna índole.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asamblea Nacional Constituyente (2000). Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial Extraordinaria 5.453. Venezuela.

Asamblea Nacional (1997). Ley Orgánica del Trabajo. Gaceta Oficial 5.152 Extraordinaria. Venezuela.

Asamblea Nacional (2002) Ley del Estatuto de la Función Pública. Caracas-Venezuela. Gaceta Oficial 37.522 de fecha 6 de septiembre de 2.002.

Boves, L. (2006) Los principios del derecho del trabajo como sistema de protección frente a la relación jurídica atípica de trabajo en el contexto jurídico venezolano. Trabajo de grado. Maestría en Derecho del Trabajo. Universidad Privada Dr. Rafael Bellosó Chacín. Venezuela.

Camba, N.; de Pelekais, C. y Govea, M. (2004) Régimen venezolano de la función pública y su incidencia en la gerencia de recursos humanos. Venezuela. Ediciones Astro Data.

García, J. (2012), Sustantivo laboral en Venezuela. Venezuela. Ediciones Líber.

Presidencia de la República Bolivariana de Venezuela (2012) Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Decreto número 8.938. Gaceta Oficial 6.076 Extraordinaria. Venezuela.



Rondón, H (2013). Aplicación de la legislación laboral en la función pública. Revista Derecho del Trabajo. Número 15 (extraordinaria). (Pp. 201-229).