

Comentarios Legislativos

LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE TRABAJO Y LA AUTONOMÍA DEL DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Jesús Caballero Ortiz

Profesor Titular de Derecho Administrativo en la UCV

Resumen: *El artículo analiza cómo la nueva Ley Orgánica del Trabajo incide en el Derecho de la función pública, que debe ser considerado una disciplina autónoma.*

Palabras Clave: *Función pública, Ley Orgánica del Trabajo.*

Abstract: *The article analyzes the influence of the new Organic Labor Law over the Public Employment Law, which must be considered an autonomous discipline*

Key words: *Public Employee Law, Organic Labor Law*

Existe en nuestro país plena autonomía entre las ramas Derecho del Trabajo y Derecho de la Función Pública, a pesar de las tesis que en el Derecho Comparado han propuesto la aplicación del citado Derecho del Trabajo a la relación de empleo público¹. Esa autonomía surge de la relación estatutaria que se impone en el Derecho de la Función Pública y de la vinculación contractual que es la base del Derecho del Trabajo.

Ahora bien, la circunstancia de que ambas disciplinas regulan el hecho “trabajo” ha impuesto duplicidad de regulaciones respecto de un mismo supuesto, en cierto modo innecesarias, así como la aplicación supletoria de algunas disposiciones laborales que revisten un relativo interés.

I. DUPLICIDAD DE REGULACIONES

Una primera duplicidad de regulación la encontramos en el primer párrafo del artículo 6 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo². Dicho párrafo parece ubicar al Derecho de la Función Pública dentro del campo del Derecho del Trabajo al disponer las materias que pueden ser

¹ Ver entre otros, Helios A. Sarthou, “Fundamentos de la aplicabilidad del Derecho Laboral a la relación de trabajo con el Estado”; Martins Catharino, “Contrato de trabajo con personas jurídicas de derecho público”, conferencias pronunciadas en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social celebrado en Caracas del 6 al 10 de diciembre de 1977, mimeografiado y M. Mairal Jiménez, El Derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público (un estudio de los problemas derivados de la dualidad de regímenes normativos aplicables al personal al servicio de las Administraciones Públicas), Málaga, 1990, pp. 92 a 122.

² El citado artículo 6 se encuentra redactado en términos más o menos similares a los del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo del 20 de diciembre de 1990 (G.O. 4.240 ext. Del 20 de diciembre de 1990) y a los de su reforma del 19 de junio de 1997 (G.O. 5122 ext. Del 19 de junio de 1997)

objeto de regulación propia para los funcionarios públicos. De ese modo el Derecho del Trabajo pretende colocarse en un plano de primacía, superponiéndose a la legislación en materia de función pública.

Lo antes expuesto se pone de manifiesto cuando el artículo 6 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo establece que los funcionarios públicos se regirán por las normas sobre la función pública en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones y régimen jurisdiccional.

Por una parte, ese artículo 6 parece ignorar la disposición contenida en el encabezamiento del artículo 144 de la Constitución la cual dispone:

“La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerá su incorporación a la seguridad social”

Luego, si la Carta Fundamental de 1999 ha previsto ya una ley que regulara la función pública mediante normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios públicos, y esa ley existe con plena vigencia, ¿Qué sentido tenía entonces incorporar una norma más o menos similar en la nueva Ley Orgánica del trabajo? En consecuencia, el legislador ha debido tener en cuenta que, en cumplimiento del artículo 144 de la Constitución, la Ley del Estatuto de la Función Pública ya había dictado las normas sobre ingreso³, ascenso⁴, traslado⁵, suspensión⁶ y retiro⁷. Al ser ello así, es obvio que los funcionarios públicos se rijan por sus propios estatutos en relación a las materias reservadas a las que alude el primer párrafo del artículo 6 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, pero por mandato expreso de la Constitución.

Por lo que respecta a las otras materias reservadas al legislador de la función pública en el citado encabezamiento del artículo 6 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo cabe la misma observación: Los sistemas de remuneración y, en particular, las escalas de salarios en la Administración Pública deben establecerse reglamentariamente conforme a la ley, de acuerdo al artículo 147 de la Constitución. La estabilidad desagrada en el artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública constituye un desarrollo de las previsiones constitucionales sobre los cargos de carrera, el ingreso y el concurso (artículo 146 de la Constitución). En relación a las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos éstas deben quedar reguladas legalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el último aparte del artículo 147 de la misma Constitución. En fin, el régimen jurisdiccional al cual quedan sometidos los funcionarios públicos en sus relaciones con la Administración tiene su base en la reserva a la ley nacional en todo lo relativo a los procedimientos, prevista en el artículo 156, numeral 32 de la Constitución.

En síntesis, el primer párrafo del artículo 6 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo no ha hecho otra cosa que indicar determinadas materias reservadas al estatuto que regule una determinada relación de empleo público, pero es el caso que disposiciones de mayor rango,

³ Artículos 40 al 44 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

⁴ Artículo 45 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

⁵ Artículo 73 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

⁶ Artículo 90 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

⁷ Artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

como las contenidas en la Constitución, han cumplido ya con esa indicación, habiendo consagrado la reserva legal respecto de tales materias.

Una segunda duplicidad de regulación la encontramos en el régimen de las prestaciones sociales. En efecto, de acuerdo al artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública los funcionarios públicos gozarán de los mismos beneficios contemplados en la Constitución y en la Ley Orgánica del Trabajo en lo atinente a la prestación de antigüedad y condiciones para su percepción y, a su vez, el artículo 146 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo ha dispuesto que los funcionarios públicos nacionales, estatales o municipales se regirán por lo dispuesto en el capítulo relativo a las prestaciones sociales⁸.

Una nueva duplicidad de regulaciones la encontramos en el primer aparte del mismo artículo 6 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo. En ese aparte se consagra que los funcionarios públicos que desempeñen cargos de carrera tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a ejercer el derecho de huelga, de conformidad con la citada Ley Orgánica del Trabajo, en cuanto sea compatible con la naturaleza de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública., pero es el caso de que, con mayor amplitud material (pues incluye el derecho a organizarse sindicalmente), el artículo 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública tenía consagrado ya los derechos de los funcionarios que ocupen cargos de carrera a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del trabajo y con el mismo condicionamiento: "...en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con la exigencias de la Administración Pública".

Luego, el mismo cuestionamiento que hemos formulado al primer párrafo del artículo 6 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo es aplicable al segundo párrafo; se trata de materias ya reguladas, y por mandato de los artículos 95, 96 y 97 de la Constitución, los cuales, es necesario advertirlo, no establecen discriminación alguna, pues no reservan los derechos colectivos exclusivamente para los funcionarios de carrera. En efecto, el artículo 95 (sindicación) se refiere a los trabajadores "sin distinción alguna". El artículo 96 (negociación colectiva) consagra el derecho para "Todos los trabajadores y trabajadoras del sector público y del privado" y, por último, el artículo 97 (derecho a la huelga) beneficia igualmente a todos los trabajadores del sector público y del sector privado⁹.

Por lo que respecta al condicionamiento de los derechos colectivos (compatibilidad con los servicios que se prestan y exigencias de la Administración Pública) a que alude párrafo segundo del artículo 6 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo ha de tener prevalencia lo dispuesto en la Constitución. Esos conceptos genéricos, pasibles de diversas interpretaciones, quedan sustituidos por los términos empleados en la Carta Fundamental: El derecho a la

⁸ Artículos 141 al 146.

⁹ En relación al fuero sindical, consecuencia del ejercicio de los derechos colectivos (artículo 419 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras), dicho fuero no tiene aplicación en materia de función pública entre otras razones, y quizá la principal, porque de conformidad con el artículo 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública todos los conflictos a los que diere lugar el ejercicio de los derechos colectivos por parte de los funcionarios públicos son competencia de la jurisdicción contencioso administrativo funcionarial. Además, así lo ha reconocido la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia del 14 de abril de 2005. V. nuestro artículo "El fuero sindical en el régimen funcionarial docente" en Libro *Homenaje al P. José del Rey Fajardo S.J.*, Tomo II, Caracas, 2005, p. 1233.

sindicación ha de ejercerse *de conformidad con la ley*¹⁰; la solución pacífica de los conflictos y el derecho a la negociación colectiva quedan sujetos a los *requisitos que establezca la ley*¹¹ y el derecho a la huelga podrá *ejercerse dentro de las condiciones que establezca la ley*¹²

De acuerdo con lo expuesto, el tantas veces citado párrafo segundo del artículo 6 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, al igual que el artículo 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, devienen en disposiciones inconstitucionales, pues limitan subjetivamente el alcance de los derechos colectivos previstos en la Constitución al preverlos solo para los funcionarios de carrera y la “conformidad a la ley” a que se refiere el Texto Constitucional es sustituido por conceptos que pueden ser objeto de interpretaciones de diversa índole.

En fin, una nueva duplicidad se consagra en la nueva Ley Orgánica del Trabajo. El segundo aparte del artículo 6 consagra que los trabajadores contratados al servicio de la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, centralizada y descentralizada, se regirán por las normas contenidas en dicha ley, la de seguridad social y su contrato de trabajo.

Tal disposición constituye también una repetición de lo dispuesto en el artículo 38 de la del Estatuto de la Función Pública (“El régimen aplicable al personal contratado será aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral”)

II. EL RÉGIMEN SUPLETORIO

A pesar de todo lo antes expuesto, el artículo 6 de la nueva Ley Orgánica del trabajo contiene una importante novedad al disponer que a los funcionarios públicos le son aplicables, además, los *beneficios* acordados en la mencionada ley en todo lo no previsto en las normas sobre función pública.

Para que proceda la aplicación de la ley laboral es necesario entonces que el beneficio no se encuentre previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública o en la determinada legislación que regula a un sector determinado de funcionarios públicos.

Ahora bien, como señalamos desde el inicio, tal disposición, aunque novedosa, reviste un interés bastante relativo. Es novedosa en la medida en que, ante dos regímenes jurídicos distintos, el mecanismo de la supletoriedad representa un acercamiento entre ambas ramas jurídicas –Derecho del Trabajo, Derecho de la Función Pública–; sin embargo, el relativo interés surge de la circunstancia de que la gran mayoría de los beneficios de los funcionarios públicos se encuentran regulados en la ley principal (Ley del Estatuto de la Función Pública) o en la Ley particular que crea el beneficio y, por tanto, no es el producto de la supletoriedad.

En efecto, y a título de ejemplo, todo funcionario ostenta el derecho a la remuneración¹³, a vacaciones de acuerdo a la antigüedad y al pago de una bonificación anual o bono vacacional¹⁴; a la bonificación de fin de año¹⁵; a permisos y licencias¹⁶ y a la jubilación¹⁷. En particu-

¹⁰ Artículo 95 de la Constitución.

¹¹ Artículo 96 de la Constitución.

¹² Artículo 97 de la Constitución.

¹³ Ver artículo 23 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

¹⁴ Ver artículo 24 de la misma Ley.

¹⁵ Ver artículo 25 de la misma Ley.

¹⁶ Ver artículo 26 de la misma Ley.

lar, y por lo que respecta a los funcionarios de carrera que ocupen cargos de esa índole, estos gozan de estabilidad¹⁸, del derecho al ascenso¹⁹ y de los derechos colectivos²⁰.

Por lo que respecta al derecho de los funcionarios públicos a las prestaciones sociales, su regulación no es el resultado de la aplicación supletoria de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, pues –como ya se señaló con anterioridad– ella no deriva del artículo 146 de la dicha ley, pues ya existía la disposición contenida en el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública que, desde 2002, consagraba el derecho para la funcionarios públicos en lo atinente a la antigüedad y condiciones para su percepción de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica del Trabajo.

Tampoco la protección integral de la maternidad de las funcionarias públicas deriva directamente de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, sino del artículo 29 de la Ley del Estatuto de la Función Pública que remite dicha protección a la Ley Orgánica del Trabajo: La funcionaria en estado de gravidez tiene derecho a un descanso durante seis semanas antes del parto y veinte semanas después²¹. También le son aplicables a la mujer en estado de gravidez, igualmente por mandato del citado artículo 29 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, las normas establecidas en la nueva Ley Orgánica del Trabajo en los artículos 332 (prohibición de exigir examen médico o de laboratorio destinado a diagnosticar el embarazo), 333 (prohibición de la mujer embarazada de realizar actividades o tareas que puedan poner en peligro su vida y la de su hijo en proceso de gestación) y 334 (necesidad de traslado cuando se presuma que las condiciones de trabajo puedan afectar el desarrollo normal del embarazo, sin que pueda desmejorarse sus condiciones por ese motivo o rebajarse su sueldo).

Respecto a la licencia por paternidad, en este supuesto sí puede hablarse de la aplicación supletoria de la nueva Ley Orgánica del Trabajo²² a que se refiere el artículo 6 de la misma ya que en relación a dicha licencia nada se dice en la Ley del Estatuto de la Función Pública. Sin embargo, también puede sostenerse que la misma deriva del artículo 9 de la Ley para la Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad del 19 de septiembre de 2007²³, la cual, por cierto, regula en condiciones más favorables para el padre el referido derecho.

Por lo que respecta a la inamovilidad prevista en estos casos en la nueva Ley Orgánica del Trabajo en el artículo 335, respecto a la madre, y 339 respecto del padre²⁴, la misma implica que los trabajadores en las condiciones antes mencionadas no podrán ser despedidos, trasladados ni desmejorados en sus condiciones de trabajo sin justa causa previamente calificada por el Inspector del Trabajo, de acuerdo al procedimiento administrativo previsto en la

¹⁷ Ver la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.

¹⁸ Artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

¹⁹ Artículo 31 de la misma Ley.

²⁰ Artículo 32 de la misma Ley, pero debe dejarse a salvo lo establecido en los artículos 95, 96 y 97 de la Constitución.

²¹ Artículo 336 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras.

²² Artículo 339.

²³ G.O. 38.773 del 20 de septiembre de 2007.

²⁴ Ver igualmente el artículo 420, numerales 1 y 2 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras.

misma ley²⁵. Ahora bien, tal disposición no es en modo alguno aplicable a los funcionarios públicos por las razones siguientes:

A.- En primer lugar, el inspector del trabajo ostenta competencias para autorizar los *despidos* bajo las causales previstas en la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras. En cambio, los funcionarios públicos no pueden ser objeto de *despido* sino de las sanciones de amonestación o destitución previstas en los artículos 83 y 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En efecto, la autorización del despido que debe realizar el inspector del trabajo se encuentra referida a las causales taxativamente previstas en el artículo 79 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras. Por el contrario, respecto a los funcionarios públicos la Ley del Estatuto de la Función Pública ha establecido un régimen disciplinario sometido a un procedimiento administrativo constitutivo que es totalmente ajeno al Derecho del Trabajo y, por tanto, a las atribuciones del inspector del trabajo.

B.- El inspector del trabajo carece de competencias para conocer de una controversia que derive de la solicitud de autorización de destitución de la funcionaria embarazada, o de la denuncia y solicitud de restitución a su empleo por parte de la misma, al igual que de su traslado o desmejora, ya que el artículo 29 de la Ley del Estatuto de la Función Pública ha consagrado expresamente que todas las controversias a las cuales pudiera dar lugar la protección integral de la maternidad serán sustanciadas y decididas por los tribunales con competencia en lo contencioso administrativo funcional.

C.- Por otra parte, es la Ley del Estatuto de la Función Pública la que rige el traslado y el retiro de los funcionarios de la Administración Pública, a tenor de lo previsto en el artículo 144 de la Constitución.

En fin, tampoco es aplicable a los funcionarios públicos por vía supletoria sino por vía directa la fijación del salario mínimo, ya que la Constitución en su artículo 91, aparte único previó que:

“El Estado garantizará a los trabajadores y trabajadoras del sector público y del sector privado un salario mínimo vital que será ajustado cada año, tomando como una de las referencias el costo de la canasta básica. La Ley establecerá la forma y el procedimiento”²⁶.

Dicha norma es desarrollada en el artículo 129 de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, la cual, en términos más o menos similares, prevé que ese salario mínimo se garantiza a los trabajadores del sector público y del sector privado. Al efecto, el Ejecutivo Nacional lo fijará cada año. En la actualidad el salario mínimo es la suma de dos mil cuarenta y siete bolívares con cincuenta y dos céntimos, de acuerdo al decreto N° 8.920 del 24 de abril de 2012²⁷.

Por último, también es posible la aplicación directa de disposiciones de carácter laboral a los funcionarios públicos no previstas en la nueva Ley Orgánica del Trabajo, sin que tampoco pueda considerarse que opere allí la supletoriedad, pues se trata de normas que en forma directa prevén la protección. En este sentido la Ley de Alimentación para los Trabaja-

²⁵ Véase artículos 422 al 425 de la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y de las Trabajadoras.

²⁶ Subrayado nuestro.

²⁷ G.O. 39.9.8 del 24 de abril de 2012.

dores del 27 de diciembre de 2004²⁸ es aplicable a los empleadores del sector público²⁹. Tales empleadores están obligados a otorgar el beneficio de una comida balanceada durante la jornada de trabajo, considerándose excluidos del beneficio los funcionarios que lleguen a devengar un salario normal que exceda de tres salarios mínimos. El otorgamiento del beneficio puede instrumentarse mediante la instalación de comedores, la contratación del servicio de comida o la provisión o entrega al funcionario de cupones, tickets o tarjetas electrónicas de alimentación

CONCLUSIÓN

Existe, evidentemente, una influencia importante de la nueva Ley Orgánica del Trabajo en el régimen de la función pública, la cual se pone de manifiesto, entre otros, en dos beneficios fundamentales para los funcionarios públicos, el nuevo régimen de las prestaciones sociales de antigüedad y cesantía y la protección de la maternidad; pero lo que hemos querido resaltar aquí es que la aplicación de las normas que regulan tales derechos no deviene en forma alguna de una aplicación analógica o supletoria de la nueva Ley Orgánica del Trabajo, sino de disposiciones concretas contenidas en la normativa que regula a la función pública, principalmente, la Ley del Estatuto de la Función Pública, todo lo cual confirma la autonomía de la cual goza esta importante rama del Derecho³⁰.

²⁸ G.O. 38.094 del 27 de diciembre de 2004.

²⁹ Véase artículos 2 y 12 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores.

³⁰ En efecto, el régimen fundamental aplicable a los funcionarios públicos se mantiene incólume: ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones, régimen jurisdiccional y derechos colectivos.