

Revista de Derecho Funcionario

ISSN: 2610-7880

Números 20-22

Enero - Diciembre 2017

Edición especial



Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA)
en alianza con el
Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP)

**REVISTA DE DERECHO
FUNCIONARIAL**

Números 20-22
Enero – Diciembre 2017
Edición especial

Caracas, 2018

© **REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL**
Números 20-22. Enero – Diciembre 2017

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) o el Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP).

ISSN: 2610-7880 (edición digital)
P.P.: MI2018000567

Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Avenida Tamanaco, Urbanización El Rosal, Edificio Impres, Caracas, Venezuela. Teléfono: +58 (212) 953 1995. Correo electrónico: funeda@gmail.com. Página web: <http://www.funeda.net>

Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Avenida Santos Ermíny, Urbanización Las Delicias, Edificio Park Side, Oficina 23, Caracas, Venezuela. E-mail: contacto@cidep.com.ve. Página web: <http://cidep.com.ve>

REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

Director

José Gregorio Silva Bocaney

Subdirector

Ramón Alfredo Aguilar

Director fundador: Manuel Rojas Pérez

Comité de Redacción

Rosibel Grisanti

José Ignacio Hernández G.

Jorge Kiriakidis

Belén Ramírez Landaeta

Antonio Silva Aranguren

Gabriel Sira Santana

Andrés Troconis Torres

Consejo Consultivo

Allan R. Brewer-Carías

Jesús Caballero Ortiz

Antonio De Pedro Fernández

Gustavo Urdaneta Troconis

Armida Quintana Matos

Armando Rodríguez

Jorge Luis Suárez

Daniela Urosa Maggi

NORMAS DE LA REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

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

ÍNDICE

La función policial: un régimen funcional *sui generis*, **IVÁN D. PAREDES CALDERÓN** | [7](#)

Del personal judicial, **JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY** | [36](#)

Compilación jurisprudencial en materia de función pública. Enero – diciembre 2017, **JOSÉ A. REYES F. e IVÁN D. PAREDES CALDERÓN** | [106](#)

Normativa (enero – diciembre 2017) | [174](#)

LA FUNCIÓN POLICIAL: UN RÉGIMEN FUNCIONARIAL SUI GENERIS

Iván D. Paredes Calderón
Abogado

Resumen: A través del presente escrito se estudia la evolución de la función policial en nuestro país, así como otros aspectos relevantes de necesario análisis en razón de la especialidad de este particular estatuto tales como sus principios, la carrera policial, régimen disciplinario, etc., lo que nos llevará a tratar el punto relativo a la Constitucionalidad del Decreto de fecha 30 de diciembre de 2015 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial.

Palabras clave: Función policial; Policía; Función pública; Estatuto especial.

Summary: Through this paper we study the evolution of the police function in our country, as well as other relevant aspects of necessary analysis due to the specialty of this particular statute such as its principles, the police career, disciplinary regime, etc. that will take us to treat the point related to the Constitutionality of the Decree dated December 30, 2015 with the Status, Value and Force of Law of the Statute of the Police Function.

Key words: Police Function, Police, Public Function, Special Statute.

Introducción

El 7 de diciembre del año 2009, fue publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Extraordinario N° 5.940, la Ley del Estatuto de la Función Policial, siendo reformada mediante el Decreto N° 2.175 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial¹ en el marco de la Ley Habilitante concedida al Presidente de la República, y que desarrolla el marco normativo que regirá, tal y como lo señala su artículo 1, las "...relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias policiales y los cuerpos de policía de la Administración Pública nacional, estatal y municipal...", con lo cual se evidencia la constitución en Venezuela de un régimen funcionarial especial en contraste al régimen general consagrado en la Ley del Estatuto de la Función Pública².

Así, debe señalarse que este estatuto funcionarial *sui generis* viene a aplicarse, tal y como el mismo artículo 1 de dicho Decreto-Ley señala, a:

¹ Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.210, de fecha 30 de diciembre de 2015.

² Publicada en la Gaceta Oficial N° 37.522, de fecha 06 de septiembre de 2002.

- (...) 1. El sistema de dirección y de gestión de la Función Policial y la articulación de la carrera policial.
2. El sistema de administración de personal, el cual incluye la planificación de recursos humanos, procesos de reclutamiento, selección, ingreso, inducción, educación y desarrollo, planificación de la carrera, evaluación de méritos, ascensos, traslados, transferencias, valoración y clasificación de cargos, jerarquías, escalas de remuneraciones y beneficios, permisos, licencias y régimen disciplinario.
3. Los derechos, garantías y deberes de los funcionarios y funcionarias policiales en sus relaciones de empleo público (...).

De lo anterior, se observa la marco de amplitud de este instrumento normativo, que regulará todo lo relativo a la actividad de los funcionarios policiales, lo cual si bien es cierto se erige como un régimen funcional distinto al general, debe señalarse que hay algunos puntos de contacto o similitudes con el régimen general de la Ley del Estatuto de la Función Pública, los cuales serán objeto de análisis en el presente trabajo.

1. Reseña histórica de la función policial

La historia de los cuerpos policiales de Venezuela se remonta a la época colonial. Así, UNGAR³ señala que la policía durante esta época estuvo bajo la jurisdicción del cabildo de cada municipio, y los cuerpos más poderosos estaban conformados por milicias irregulares. De allí que el primer cuerpo permanente se formó en el año 1778, cuando fueron creados cuatro distritos policiales en Caracas para así disminuir los niveles de violencia presentes en aquella época que se perfilaban como los más altos de la región. Igualmente, se tiene que el comienzo del movimiento independentista, por su lado, creó fuerzas policiales alternas cuya función principal era la de promover la rebelión, para posteriormente, en abril de 1810, durante la guerra contra España, unirse estas tres policías (las fuerzas irregulares, las de los distritos de Caracas y la policía pro independentista) en el denominado Tribunal de Policía.

En este orden de ideas, UNGAR señala que en el siglo XIX, las agencias y poderes policiales sufrieron un proceso de expansión. Las primeras leyes policiales diferenciaron entre policía "*menor*", concebida dentro de la tradición colonial de asuntos locales, y la policía "*mayor*", pensada para el control del orden público y político. Es por ello que, por un Decreto de nuestro Libertador Simón Bolívar dictado en 1819, se dio al comando militar de cada estado el poder "*mayor*" y a los gobernadores el poder "*menor*".

³ Ungar, Mark: "La policía venezolana: el camino peligroso de la politicización", *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, vol. 9, N° 3, septiembre-diciembre, 2003, pp. 206-207.

Posteriormente, en 1825, el Congreso de La Gran Colombia autorizó a las autoridades locales para detener delincuentes y conducir investigaciones sumarias para luego, en 1830, mediante una serie de leyes otorgar a los municipios la autoridad de organizar fuerzas policiales. Adicionalmente, resulta relevante la división que efectuó el Código Nacional de Policía de 1854, que la organizó en fuerzas administrativas, judiciales y municipales.

Luego, tal y como lo señala NÚÑEZ⁴, bajo el mandato de Cipriano Castro se ordenó mediante decreto la entrega de todas las armas en manos de los habitantes, debilitando con ello el poder armado que poseían los caudillos. En esta misma época, el Ejército, jugó un papel relevante como instrumento para la conservación del control interno durante los primeros años del siglo XX, junto a los cuerpos de policía existentes, cuya función era la conservación del orden y la tranquilidad pública (según Decreto Orgánico del Distrito Federal, del 2 de mayo de 1901) y que sirvieron como punto de apoyo al recién instaurado poder central.

Ya entrada la época de Juan Vicente Gómez, y con el objeto de lograr un control más férreo sobre la población por parte del régimen, se creó un aparato policial conocido como "*La Sagrada*" (1915), que era una especie de policía secreta "consagrada al mantenimiento y la supervivencia del gobierno gomecista y que escapaba al proceso de burocratización del Estado. A través de la información recaudada por los agentes de 'La Sagrada', se lograba un control más amplio a través del cual era posible detectar y reprimir a los enemigos políticos que pudieran amenazar con alterar el orden"⁵.

No obstante lo anterior, debe tenerse en consideración que este cuerpo no estaba instituido como un cuerpo policial en todo el sentido de la palabra, ya que no es hasta la creación del Servicio Nacional de Seguridad (Gaceta Oficial N° 20.331 de 4 de agosto de 1937) que se crea un cuerpo policial formalmente con un carácter cívico-militar que comprendía la Guardia Nacional y el Cuerpo de Investigación⁶, siendo este último el que mayor escándalos causaría posteriormente bajo la denominación de "Policía de Seguridad Nacional".

Para el año 1941, se da un paso trascendental en la evolución de los cuerpos policiales que viene representado por la creación de la Dirección Central de Investigación Nacional, establecida con la finalidad de fortalecer la capacitación de los funcionarios policiales, aunque ello no tuvo un impacto

⁴ Núñez, Gilda: "Orígenes y desarrollo del aparato policial venezolano", *Revista Politeia*, vol. 29, N° 37, Instituto De Estudios Políticos, UCV, 2006, p. 123.

⁵ *Ibidem*, p. 127.

⁶ *Ibidem*, p. 130.

trascendente en la criminalidad la cual lejos de disminuir, no parecía verse afectada por ello⁷.

Posteriormente, y ya para el año 1949, fue expandida la Policía de Seguridad Nacional para dirigir las investigaciones judiciales⁸. Es importante resaltar que luego en la época de la dictadura del General Marcos Pérez Jiménez, fue utilizada la Policía de Seguridad Nacional para reprimir aquellos que adversaran al régimen, cometiendo innumerables abusos e irregularidades como los que, a modo de ejemplo, nos retrata Armando Hernández citado por Milagros Socorro:

Durante su funcionamiento, la SN se encargó de enviar a 822 venezolanos acusados de ser militantes de Acción Democrática y a comunistas al Campo de Concentración de Guasina, en el Delta del Orinoco, el cual funcionó hasta diciembre de 1952. Posteriormente, deportó a estas personas a las diferentes cárceles venezolanas. Según anécdotas de algunos de los políticos, esta organización policial realizó tortura y desaparición como método sistemático de interrogatorio, así como la detención y allanamientos a domicilios sin necesidad de orden judicial. Gran parte de estas acusaciones nunca fueron probadas⁹.

De lo anterior, puede evidenciarse el nexo tan cercano que siempre ha unido a los servicios de policía con el poder político, a tal punto que en ese momento de la historia se erigieron como un ala fundamental para garantizar así la “*governabilidad*”, denotándose con esto la importancia que tuvo la Seguridad Nacional para el régimen hasta su caída con la huida del General Pérez Jiménez, aquel 23 de enero de 1958 a bordo de la “*Vaca Sagrada*”.

Es de destacar que mientras se encontraba en curso la dictadura del general Pérez Jiménez, en el año 1956 se procedió a la creación de la Escuela Municipal de Policía, la cual sufrió un cambio de denominación al de Centro de Instrucción Policial conforme lo dispuesto en la Gaceta Municipal N° 11.740 del 8 de noviembre de 1958.

Luego de estos acontecimientos, y en el inicio del gobierno provisional presidido por el Contralmirante Wolfgang Larrazábal que tomó el aparato estatal producto de la huida de Pérez Jiménez, se ordenó mediante el Decreto N° 3 de fecha 24 de enero de 1958, la disolución de la Seguridad Nacional del Organigrama del Ministerio de Relaciones Interiores¹⁰.

⁷ Ungar, ob. cit., p. 207.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Socorro, Milagros, “A Miguel Silvio Sanz lo alcanzó la justicia”, publicado el 19 de abril de 2015 y al que se puede tener acceso mediante el siguiente enlace: <http://prodavinci.com/blogs/a-miguel-silvio-sanz-lo-alcanzo-la-justicia-por-milagros-socorro-untextounafoto/?output=pdf>

¹⁰ <https://www.cicpc.gob.ve/institucion/historia/> (consultado el 12/01/2016).

Así, con la disolución de este cuerpo, se procedió a la reorganización del aparato policial con la creación de cuerpos de policía administrativa descentralizados y los que ya existían hasta ese momento fueron reestructurados, siendo que poseían funciones preventivas y competencia para el control de faltas y aplicación de sanciones administrativas. Así, la principal innovación del nuevo aparato policial con respecto a la Seguridad Nacional, fue la definitiva separación entre la investigación y la seguridad del Estado, motivo por el cual para las labores investigativas fue creado el 20 de febrero de 1958, mediante el Decreto N° 48, el Cuerpo Técnico de Policía Judicial (la comúnmente llamada “PTJ”), estableciendo que sería dependiente orgánicamente del Ministerio de Justicia y auxiliar del Poder Judicial¹¹, y para la seguridad del Estado, en 1959 se creó una Dirección General de Policía (DIGEPOL), a quien competiría el conocimiento de los delitos que atentaran contra el orden público y la seguridad de la nación, teniendo importante papel en la lucha contra las guerrillas¹².

En este punto, conviene recordar el acontecimiento histórico que supuso la entrada en vigencia de la Constitución de la República de Venezuela del año 1961¹³, la cual estableció en su contenido la distribución por niveles político-territoriales de los cuerpos policiales de la siguiente manera:

Artículo 17. Es de la competencia de cada Estado:

(...)

5. La organización de la policía urbana y rural y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal.

Artículo 30. Es de la competencia municipal el gobierno y administración de los intereses peculiares de la entidad, en particular cuanto tenga relación con sus bienes e ingresos y con las materias propias de la vida local, tales como urbanismo, abastos, circulación, cultura, salubridad, asistencia social, institutos populares de crédito, turismo y **policía municipal**. La ley podrá atribuir a los Municipios competencia exclusiva en determinadas materias, así como imponerles un mínimo obligatorio de servicios. (Subrayado propio).

Artículo 136. Es de la competencia del Poder Nacional:

(...)

5. Los servicios de identificación y de policía nacional.

Así, y bajo la vigencia de esta Constitución, fue reemplazada la antigua Dirección General de Policía (DIGEPOL) por la nueva Dirección de Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), creada el 19 de marzo de 1969. A esta organización le fue asignada una función esencialmente preventiva dirigida a la realización de labores de inteligencia y contrainteligencia, aunado a

¹¹ *Ibidem*.

¹² Núñez, *ob. cit.*, pp. 136-137.

¹³ Gaceta Oficial Extraordinaria N° 662, de fecha 23 de enero de 1961.

funciones represivas atinentes al orden y la seguridad de la nación¹⁴. Asimismo, mediante decreto presidencial de fecha 21 de diciembre de 1969 fue creada la Policía Metropolitana de Caracas como órgano policial que desempeñaba sus funciones en el Área Metropolitana de Caracas.

Posteriormente, y con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, fue mantenido aquel sistema de distribución por niveles político-territoriales de los cuerpos policiales de la siguiente manera:

Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:

(...)

6. La policía nacional.

Artículo 164. Es de la competencia exclusiva de los estados:

(...)

6. La organización de la policía y la determinación de las ramas de este servicio atribuidas a la competencia municipal, conforme a la legislación nacional aplicable.

Artículo 178. Son de la competencia del Municipio el gobierno y administración de sus intereses y la gestión de las materias que le asigne esta Constitución y las leyes nacionales, en cuanto concierne a la vida local, en especial la ordenación y promoción del desarrollo económico y social, la dotación y prestación de los servicios públicos domiciliarios, la aplicación de la política referente a la materia inquilinaria con criterios de equidad, justicia y contenido de interés social, de conformidad con la delegación prevista en la ley que rige la materia, la promoción de la participación, y el mejoramiento, en general, de las condiciones de vida de la comunidad, en las siguientes áreas:

(...)

7. Justicia de paz, prevención y protección vecinal y servicios de **policía municipal**, conforme a la legislación nacional aplicable". (Subrayado propio).

De este marco normativo, se constata que no obstante las numerosas innovaciones que introdujo la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que concierne a la organización de los cuerpos policiales en el país, se siguió manteniendo el mismo esquema que se encontraba vigente bajo el imperio de la Constitución de 1961, esto es: 1) un cuerpo de policía nacional cuya competencia le fue atribuida al Poder Público Nacional; 2) un cuerpo de policía estatal cuya competencia le correspondía al Poder Público estatal y finalmente; 3) un cuerpo de policía municipal cuya competencia le está atribuida a los municipios.

Igualmente, conviene precisar que el mismo texto constitucional, comenzó a perfilar ciertos cambios aplicables al órgano que venía

¹⁴ Núñez, ob. cit., p. 141.

desempeñando funciones investigativas, es decir al Cuerpo Técnico de Policía Judicial (PTJ), de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 332, que señaló lo siguiente

Artículo 332. El Ejecutivo Nacional, para mantener y restablecer el orden público, proteger al ciudadano o ciudadana, hogares y familias, apoyar las decisiones de las autoridades competentes y asegurar el pacífico disfrute de las garantías y derechos constitucionales, de conformidad con la ley, organizará:

(...)

2. Un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas.

En atención al mandato antes señalado, fue dictado el 02 de noviembre de 2001 el Decreto N° 1.511 con fuerza de “Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas” el cual tuvo por objeto regular todo lo relativo a la organización, funcionamiento y competencia del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas, así como la actuación de los órganos de competencia especial y de apoyo en materia de investigaciones penales (Artículo 1), por lo que el antiguo Cuerpo Técnico de Policía Judicial pasó a denominarse Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C.).

Ahora bien, luego de esto el Ejecutivo Nacional mediante Decreto N° 5.895 de fecha 26 de febrero de 2008 dictó el “Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional”¹⁵, el cual tuvo como objeto “regular el servicio de policía en los distintos ámbitos político-territoriales y su rectoría, así como la creación, organización y competencias del Cuerpo de Policía Nacional, con fundamento en las normas, principios y valores establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”(Artículo 1). Así, se instituyó el Cuerpo de Policía Nacional con las siguientes atribuciones:

Artículo 39. De las Atribuciones Exclusivas del Cuerpo de Policía Nacional. Son atribuciones exclusivas del Cuerpo de Policía Nacional:

1. Ejecutar las políticas emanadas del Órgano Rector en las siguientes áreas del servicio de policía: fiscalización y aduanas, custodia diplomática y protección de personalidades, penitenciaria, migración, marítima, fronteras, antisequestro y las demás que determinen las leyes y reglamentos.
2. Brindar a las policías extranjeras la colaboración y el auxilio de conformidad con lo establecido en los tratados y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por la República.
3. Proteger y brindar seguridad a los miembros del Cuerpo Diplomático acreditado en el país, de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable en esta materia.

¹⁵ Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.940, de fecha 07 de diciembre de 2009.

4. La creación de grupos o unidades tácticas de conformidad con el Reglamento que rija la materia.
5. Las demás que le confiere el ordenamiento jurídico vigente.

Es importante resaltar que este Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana asumió la competencia que le correspondía a la Policía Metropolitana de Caracas, ello en razón de la supresión de ese Cuerpo Policial que fuera ordenada mediante Resolución N° 100 de fecha 18 de abril de 2013¹⁶, a través de la cual se designó la "Comisión para la culminación y cierre definitivo del proceso de supresión y liquidación de la Policía Metropolitana de Caracas".

Luego le correspondió a la Dirección de Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) adaptarse a las exigencias que le imponían los nuevos tiempos, lo que se cristalizó mediante la publicación del Decreto N° 6.865, de fecha 11 de agosto de 2009, en la Gaceta Oficial N° 39.239, de fecha 11 de agosto de 2009, "por el cual se ordena la Reestructuración de la Dirección Nacional de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP)". Además, otro paso fundamental en la evolución de los cuerpos policiales de nuestro país, lo supuso la publicación en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.940 del 7 de diciembre de 2009 de la "Ley del Estatuto de la Función Policial", cuerpo normativo éste que vino a representar la consagración de un estatuto especial adaptado a los requerimientos que la función policial supone y diferenciado del régimen general contenido en la Ley del Estatuto de la función Pública.

Ahora bien, al año siguiente, se inició un proceso de profunda reestructuración administrativa de la DISIP, el cual finalizó en el cambio introducido en la Gaceta Oficial N° 39.436 del 01 de junio de 2010, que establece en su artículo N° 1 que "la Dirección Nacional de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), una vez publicado el presente Decreto, será el Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN), órgano desconcentrado, con capacidad de gestión presupuestaria, administrativa y financiera...".

Producto de la Ley Habilitante concedida por la Asamblea Nacional al Poder Ejecutivo que fue publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria número 6.178, de fecha 15 de marzo de 2015, fue dictado el Decreto N° 2.175, con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial, la cual realiza notorios cambios a la legislación que previamente se encontraba vigente, ello sin contar la diferencia de origen que tiene este cuerpo normativo al haber sido dictado por el Poder Ejecutivo bajo la forma de Decreto Ley.

De la anterior reseña, se evidencia la forma en la cual fueron evolucionando los cuerpos policiales en nuestro país así como también la notoria influencia que ejerció sobre ellos el factor político durante mucho

¹⁶ Publicado en la Gaceta Oficial N° 40.151, de fecha 22 de abril de 2013.

tiempo, lo que muchas veces los transformó de cuerpos garantes del orden y la civilidad a grupos especializados en la persecución de la disidencia política, tal y como sucedió por ejemplo en la época de Marcos Pérez Jiménez así como en muchas otras. Igualmente, conviene hacer un reconocimiento a nuestra legislación por haber otorgado, luego de tanto tiempo, la especialidad que denota la función policial en razón de las funciones que le son inherentes, lo cual supuso un quiebre en el tratamiento y consideración que durante mucho tiempo le fue concedido a quienes desempeñan esta función fundamental en una sociedad como la nuestra.

2. Principios que rigen la función policial

Como todo régimen funcional, los integrantes de los cuerpos policiales deben enmarcar el ejercicio de sus funciones dentro de un esquema de principios, entendidos estos como las normas o ideas fundamentales que rigen el pensamiento o la conducta. Así, debe señalarse los principios referentes a la Función Policial se encuentran consagrados en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional (LOSPCPNB), específicamente en sus artículos 8 al 16, y que son los siguientes:

A. **Celeridad (Artículo 8):** Se encuentra esencialmente referida a la forma en la cual los cuerpos policiales, en ejecución del Servicio de Policía, deben dar respuestas a los requerimientos de su competencia que les sean formulados. A tal efecto, se tiene que la respuesta que sea emitida debe ser oportuna, necesaria e inmediata, todo ello sin perder de vista a los sujetos que deben ser objeto de protección de los cuerpos policiales en el ejercicio de su función (personas, comunidades, consejos comunales y organizaciones comunitarias).

Por otra parte, debe señalarse que el cumplimiento de este principio va indisolublemente ligado al principio de eficiencia que igualmente deben observar los cuerpos policiales en el desempeño de sus funciones y que será desarrollado más adelante.

B. **Información (Artículo 9):** La consagración del principio de la Información en este Decreto-Ley, no es más que el reflejo de la disposición contenida en el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela¹⁷.

¹⁷ “**Artículo 143.** Los ciudadanos y ciudadanas tienen derecho a ser informados e informadas oportuna y verazmente por la Administración Pública, sobre el estado de las actuaciones en que estén directamente interesados e interesadas, y a conocer las resoluciones definitivas que se adopten sobre el particular. Asimismo, tienen acceso a los archivos y registros administrativos, sin perjuicio de los límites aceptables dentro de una sociedad democrática en materias relativas a seguridad interior y exterior, a investigación criminal y a la intimidad

De lo anterior, se puede afirmar que en lo relativo al funcionamiento del Servicio de Policía, el principio de la información opera como un mecanismo que permite el control de su funcionamiento por parte de personas, comunidades, consejos comunales y organizaciones comunitarias, todo ello a los fines de coadyuvar con su mejor funcionamiento.

Igualmente, resulta importante destacar que el mandato contenido en el artículo 9 de la LOSPCPNB, también hace referencia al principio de colaboración administrativa, atinente a la colaboración que deben prestar a los demás órganos y entes de seguridad ciudadana que requieran su apoyo cuando necesiten el suministro de determinada información.

- C. **Eficiencia y eficacia (Artículo 10):** Los cuerpos policiales en ejecución de sus funciones, deben en todo momento dar un uso correcto y racional a sus recursos humanos, materiales y presupuestarios. Así, la racionalidad se erige como un elemento fundamental y determinante para la implementación de un Servicio de Policía que se encuentre al nivel de las necesidades que la sociedad plantea.
- D. **Cooperación (Artículo 11):** Ya se ha hecho referencia previamente, al hablar sobre el principio de la información, de la necesaria colaboración que debe existir entre los cuerpos policiales cuando requieran de otros determinada información para el cumplimiento de sus funciones.

Ahora bien, lo anterior se encuentra reafirmado en el contenido del artículo 11 de la LOSPCPNB, en el cual se señala la obligación que poseen de colaborar con los demás cuerpos de seguridad ciudadana para así poder lograr el cumplimiento de las metas que se propongan.

- E. **Respeto a los derechos humanos (Artículo 12):** La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone en su artículo 19, lo siguiente: “El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público, de conformidad con esta Constitución,

de la vida privada, de conformidad con la ley que regule la materia de clasificación de documentos de contenido confidencial o secreto. No se permitirá censura alguna a los funcionarios públicos o funcionarias públicas que informen sobre asuntos bajo su responsabilidad”.

con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.

De allí, que fuera establecido en la LOSPCPNB el respeto de los Derechos Humanos por parte de los cuerpos policiales en el ejercicio de sus funciones, cuyo cumplimiento además no puede ser obviado ya que sería ir en contra de la noción de seguridad ciudadana y del Estado de Derecho. Así, resulta importante citar la noción que de seguridad ciudadana señala el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), conforme al cual: “De acuerdo con el paradigma del desarrollo humano, (...) nos referimos a la seguridad ciudadana como aquella situación política y social en la que las personas tienen legal y efectivamente garantizado el goce pleno de sus derechos humanos y en la que existen mecanismos institucionales eficientes para prevenir y controlar las amenazas o coerciones ilegítimas que pueden lesionar tales derechos”, así, “El derecho a la seguridad ciudadana en un Estado Democrático y de Derecho, consiste en el conjunto de garantías que debe brindar el Estado a sus habitantes para el libre ejercicio de todos sus derechos”¹⁸.

Es por lo anterior que, al tener la noción de seguridad ciudadana como eje central el respeto a los Derechos Humanos, los cuerpos de policía en el ejercicio de sus funciones deben velar por actuar siempre apegados a ellos, lo cual como se observa ha sido concebido incluso a nivel internacional por el Instituto Interamericano de los Derechos Humanos (IIDH), institución internacional autónoma de carácter académico, creada en 1980.

- F. **Universalidad e igualdad (Artículo 13):** Los cuerpos policiales al momento del desempeño de sus funciones, no deben actuar en base a discriminaciones, entendida esta como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social” que “tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los

¹⁸ Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH): *Seguridad ciudadana en América Latina. Una propuesta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José, Costa Rica, 2000, pp. 3-4.

derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”¹⁹.

Finalmente, es importante hacer referencia a un señalamiento contenido en la última parte del artículo 13 de la LOSPCPNB, referido a que los pueblos y comunidades indígenas contarán con un servicio de policía que tome en cuenta su identidad étnica y cultural, atendiendo a sus valores y tradiciones, todo lo cual representa una consideración especial a estas comunidades por lo que los funcionarios policiales deberán contar con un sistema de capacitación adecuado para abordar las necesidades que se planteen al respecto.

- G. **Imparcialidad (Artículo 14):** Esta norma hace referencia a la objetividad e imparcialidad que deben emplear los cuerpos policiales en el ejercicio de sus funciones, entendiendo la imparcialidad como “Falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”²⁰. De allí que los funcionarios policiales deben prescindir incluso de cualquier inclinación política que pueda sesgar su correcto desempeño, lo que a lo largo de la historia se ha visto como un notorio problema al haber sido utilizados estos cuerpos como herramientas de persecución de la disidencia.
- H. **Proporcionalidad (Artículo 15):** Este principio ha sido positivizado de la siguiente forma: “Los cuerpos de policía actuarán en proporción a la gravedad de la situación y al objetivo legítimo que se persiga, de conformidad con la Constitución de la República y la Ley”; todo lo cual representa la consagración normativa del principio de la proporcionalidad y un elemento que juega un rol determinante para regular la discrecionalidad que pueda aplicarse en la función policial que, precisamente por los bienes jurídicos que se encuentran implicados en su funcionamiento, requiere un principio regulador de su actividad que evite daños o efectos indeseables.

Ahora bien, operativamente este principio resalta aún más bajo una de sus vertientes, a saber, el *principio de proporcionalidad en el uso de la fuerza*, que en nuestro país ha sido arduamente tratado en razón de los abusos de los que fue objeto en el pasado la población, lo que

¹⁹ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 18 del 11 de septiembre de 1989, párrafo 7.

²⁰ Diccionario de la Real Academia Española, consultado en <http://dle.rae.es/?id=L1vfaix> el 16/01/2016

llevó a la creación de otros instrumentos normativos que se encargaran específicamente de este tema como por ejemplo el “Manual de Uso Progresivo y Diferenciado de la Fuerza Policial”, dictado por el Consejo General de Policía y que dispone, entre otras cosas, lo siguiente:

En Venezuela, el uso de la fuerza –legítima o ilegítima– por parte de la policía, debido a la cantidad y la magnitud de los encuentros donde se usa la violencia innecesaria o excesiva por parte de funcionarios policiales hacia ciudadanas, ciudadanos o grupos de éstos, es motivo de preocupación social y mantiene en alerta tanto a las instituciones gubernamentales del Estado como a aquellas encargadas de velar por el respeto de los Derechos Humanos.

Para el control y la regulación de este tipo de fuerza, se hace necesario definir una política de uso progresivo y diferenciado de la fuerza policial, con lineamientos específicos que determinen cuál debe ser la conducta del policía ante la ciudadanía al verse en la necesidad inevitable de utilizar la fuerza, para dar a ésta un trato digno, con respeto al ordenamiento jurídico y minimizando la discrecionalidad del funcionario policial²¹.

De allí que precisamente la proporcionalidad se erija como un bastión fundamental en el ejercicio de la función policial, debiendo ser observado por los Cuerpos de Seguridad del Estado cuyos funcionarios, además de su arma de reglamento, cuentan con un entrenamiento que los coloca en un nivel superior del que detenta la mayoría de la población civil.

- I. **Participación (Artículo 16):** La participación de las comunidades y demás formas de organización de la comunidad resulta un elemento clave en el control y buen funcionamiento de los Cuerpos de Seguridad del Estado. En razón de ello, es precisamente a este tipo de participación al que se refiere el texto de la LOSPCPNB bajo análisis, por lo que se evidencia el rol protagónico que le es asignado a la ciudadanía en el desempeño de los Cuerpos de Policía.

3. Algunos aspectos en materia de función policial

3.1. Dirección y gestión de la función policial

En nuestro país, la Dirección de la Función Policial es ejercida por el Presidente de la República a nivel Nacional, así como también por los

²¹ Consejo General de Policía, “*TU FUERZA ES MI MEDIDA, Manual de Uso Progresivo y Diferenciado de la Fuerza Policial*”, Caracas, abril 2010. Disponible en: <http://visipol.gob.ve/descargas/manuales/Manual-uso-Progresivo-Fuerza.pdf>

Gobernadores y Alcaldes a nivel estatal y municipal, respectivamente, tal y como lo señala el artículo 17 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial (LEFPOL), lo cual se corresponde con lo establecido en el artículo 4 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Asimismo, en lo que se refiere a la gestión de la Función Policial, se tiene que de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la LEFPOL “corresponderá a los directores y directoras de los cuerpos de policía, de conformidad con la presente Ley, sus reglamentos y resoluciones, así como de las directrices del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de seguridad ciudadana”, lo cual viene a ser una variante de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en donde se señala que la gestión de la función pública corresponderá a: 1. Al Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutivo; 2. Los ministros o ministras; 3. Los gobernadores o gobernadoras; 4. Los alcaldes o alcaldesas; 5. Las máximas autoridades directivas y administrativas de los institutos autónomos nacionales, estatales y municipales así como también al presidente de los cuerpos colegiados en los órganos o entes de la Administración Pública que sean dirigidos por estos.

En razón de lo anterior, se evidencia que en materia de gestión de esta Función Policial, operó una restricción en cuanto a quienes están habilitados para ejercerla a diferencia de lo señalado en la Ley del Estatuto de la Función Pública, en donde el catálogo de funcionarios que pueden ejercerla es mucho más amplio.

3.2. La carrera policial

La LEFPOL define en su artículo 25 a la carrera policial como: “(...) el ejercicio de la función de policía dentro del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana, así como en los cuerpos de policía estatales y municipales, teniendo como fundamentos: el ideario de nuestros libertadores; el desarrollo integral de los funcionarios y funcionarias policiales; y el respeto a los principios, valores y derechos humanos establecidos en la Constitución de la República”.

Del artículo anterior, surge la duda razonable sobre que puede entenderse como “ideario de nuestros libertadores”, el cual no llega a ser suficientemente desarrollado por el texto bajo análisis, erigiéndose así como un concepto jurídico indeterminado de existencia profundamente preocupante, teniendo en cuenta la delicada función ejercida por los cuerpos de policía.

3.2.1. Requisitos para el ingreso

Por otra parte, en lo atinente a los requisitos que deben cumplirse para ingresar a la carrera policial, se tiene que en el artículo 26 de la LEFPOL se señala que se requerirá, además de la aprobación del concurso respectivo, el

cumplimiento de los requisitos a los que se hace alusión en el artículo 57 de la LOSPCPNB, que indica: “Son requisitos de ingreso a los cuerpos de policía: ser venezolana o venezolano, mayor de dieciocho y menor de veinticinco, no poseer antecedentes penales, ni haber sido destituido o destituida de algún órgano militar o de cualquier organismo de seguridad del Estado, contar con el título de educación media diversificada y haber cursado y aprobado un año de formación en la institución académica nacional, así como cualquier otro que determine el reglamento respectivo”.

Siendo así, se evidencia un conjunto de requisitos mucho más restrictivos que los establecidos en el artículo 17 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, y particularmente, resulta interesante la restricción para el ejercicio de la función policial de aquellas personas que reúnan todos los requisitos pero posean más de 25 años de edad, es decir, ¿Cuáles fueron los parámetros tomados en consideración para tomar como base a este grupo etario? ¿No estaría incurriendo la Ley en un acto discriminatorio?, responder a dichas interrogantes excede el objeto del presente trabajo, sin embargo resulta muy interesante la situación planteada.

Ahora bien, por otro lado se tiene que la LEFPOL desarrolla en sus artículos 26 al 28 el método de ingreso a la carrera policial, siendo interesante que en su artículo 28 se indica que contra el acto administrativo que decida la revocatoria del nombramiento del candidato o candidata por no haber superado el período de tres (03) meses de prueba, puede interponerse el recurso jerárquico por ante el Ministro con competencia en materia de seguridad ciudadana o ante el Gobernador o Alcalde, según corresponda, lo cual constituye una excepción al régimen general contemplado en la Ley del Estatuto de la Función Pública, la cual señala en su artículo 92 que contra los actos administrativos de carácter particular dictados en ejecución de esa Ley agotarán la vía administrativa por lo que sólo podrá interponerse el recurso contencioso administrativo funcional.

3.2.2. Rangos policiales

Un aspecto relevante contenido en la LEFPOL de año 2009, es que dicho instrumento normativo disponía en su artículo 35 lo relativo a la existencia de tres niveles jerárquicos dentro de esta función *sui generis*, y que eran:

- A. **Primer nivel:** Que fue definido por la ley como “con responsabilidades en la ejecución de actividades de contacto inmediato y operacional con la ciudadanía”, por lo que sin duda alguna se instituyó una intermediación directa entre el funcionario policial con el ciudadano y, en razón de tal mandato, debían ejecutar las directrices impartidas por los niveles superiores para la consecución de los objetivos planteados. Este nivel estaba integrado por los oficiales, oficiales agregados y oficiales jefes.

- B. **Segundo nivel:** Estaba compuesto por los funcionarios policiales que poseían un nivel de dirección medio, por lo que la intermediación que con la ciudadanía se veía diluida parcialmente por esta jerarquía. Este estrato estaba compuesto por los supervisores, supervisores agregados y supervisores jefes.
- C. **Tercer nivel:** En este nivel se encontraban los funcionarios policiales “con responsabilidades de alta dirección, planificación y evaluación estratégica” y por ende, era un nivel en el que los funcionarios policiales poseen un nivel de dirección alto. En este nivel estaban los comisionados, comisionados agregados y los comisionados jefes.

Ahora bien, tal clasificación de rangos policiales fue suprimida con el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial, consagrándose así en su artículo 35 que le corresponde al Poder Ejecutivo Nacional establecer tal escala vía Reglamento, el cual deberá ser dictado en el lapso de un (01) año, a partir de la entrada en vigencia del Decreto, tal y como lo consagra la Disposición Transitoria Primera. Esperemos que efectivamente sea cumplido dicho mandato y no se genere la triste problemática existente con la Ley del Estatuto de la Función Pública, a la que no le ha sido dictado el Reglamento correspondiente.

3.3. Situaciones activas de los funcionarios policiales

Primeramente, debe señalarse que en lo relativo al “servicio activo”, la actual LEFPOL en su artículo 40 señala, al igual que lo hace la Ley del Estatuto de la Función Pública en su artículo 70, que se encontrarán en esta situación los funcionarios que se hallen en comisión de servicio, traslado, permiso o licencia, pero introduciendo el cambio que en lo atinente a los funcionarios suspendidos, solo se tendrán como “activos” a aquellos funcionarios policiales que se encuentren suspendidos con goce de sueldo, supuesto éste más restringido que el establecido en la Ley del Estatuto de la Función Policial, la cual indica que se encontrarán de servicio activo los funcionarios “suspendidos” sin hacer diferencia si dicha suspensión es con o sin goce de sueldo.

Asimismo, cabe señalar que en lo referente a la “Comisión de servicio” y el “traslado” tanto la Ley del Estatuto de la Función Pública como la LEFPOL tienen exactamente la misma regulación, incluso en lo relativo a la duración de la comisión de servicios, la cual coinciden en señalar que “no podrá exceder de un año a partir del acto de notificación de la misma” (Artículos 41 de la LEFPOL y 72 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).

3.4. Retiro de la función policial

En lo que se refiere al retiro de un funcionario del ejercicio de la función policial, debe señalarse que las causales para que el mismo proceda se

encuentran contempladas en el artículo 45 de la LEFPOL, el cual como se apreciará de seguidas, tiene plena coincidencia con las causales de retiro consagradas en la Ley del Estatuto de la Función Pública:

- A. **Renuncia escrita del funcionario o funcionaria policial debidamente aceptada:** Siendo la renuncia una manifestación de voluntad efectuada por quien desempeña un cargo en la Administración Pública mediante la cual pretende dar fin a la relación funcional, dicha figura no merece mayor desarrollo. No obstante, hay una interesantísima previsión contenida en el artículo 46 de la Ley del Estatuto de la Función Policial, en el que se señala “(...) La falta de respuesta se considerará como aceptación de la renuncia”.

Así, al menos en lo referente a la función policial, se acaba con la incertidumbre planteada con la Ley del Estatuto de la Función Pública respecto a la falta de aceptación de la renuncia planteada por el funcionario público. Esta previsión tiene un fundamento esencial y es que ¿Cómo puede confiarse en un funcionario policial que simplemente ya no quiere permanecer en ese cuerpo de seguridad? Y más aún, que ya no quiere arriesgar su vida en el desempeño de tal cargo, lo cual representaba un riesgo que podría perjudicar seriamente las funciones que desempeñan las instituciones policiales.

- B. **Renuncia o pérdida de la nacionalidad:** El fundamento de esta causal de retiro de la función policial subyace en el contenido del artículo 26 de la LEFPOL que establece como requisitos para ingresar a los cuerpos policiales, entre otros, cumplir con lo establecido en el artículo 57 la LOSPCPNB, que dispone: “Son requisitos de ingreso a los cuerpos de policía: ser venezolano o venezolana, mayor de dieciocho años de edad y menor de veinticinco años de edad, (...)” (Subrayado propio).

De lo anterior, que al renunciar o perder la nacionalidad venezolana, consecuentemente, se estaría dejando de cumplir con uno de los requisitos fundamentales no sólo para ingresar, sino para permanecer en un cuerpo policial en el desempeño de las funciones respectivas.

- C. **Interdicción civil:** Genéricamente la institución de la interdicción es definida como “(...) la privación de la capacidad negocial en razón

de un estado habitual de defecto intelectual grave o de condena penal”²².

Ahora bien, teniendo en consideración esta noción general de la institución, debe señalarse que la interdicción civil se encuentra consagrada en el artículo 23 del Código Penal²³, que dispone: “La interdicción civil por causa criminal no podrá imponerse como pena principal, sino únicamente como accesoria de la de presidio”, “Sus efectos son privar al reo de la disposición de sus bienes por actos entre vivos y de la administración de los mismos, de la patria potestad y de la autoridad marital” y “A la administración de los bienes del entredicho se proveerá conforme lo dispone el Código Civil respecto de los que se hallan en la interdicción”.

De lo anterior, se colige que el fundamento de erigir esta figura jurídica como una de las causales de retiro de la función policial, radica en la restricción que se le impone al funcionario policial de la libre disposición de la gama de derechos que el ordenamiento jurídico le concede, lo cual llevaría igualmente a la aplicación al funcionario policial de la causal de destitución contemplada en el numeral 10 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, aplicable por remisión expresa del numeral 13 del artículo 99 de la LEFPOL.

- D. **Condena penal definitivamente firme:** En aquellos casos en que el funcionario resulte condenado en razón de la existencia de una condena penal definitivamente firme, igualmente deberá procederse a su retiro, ya que el funcionario policial al haber sido responsable de la comisión de un delito, mal podría ajustarse a los parámetros éticos y morales que su investidura y sus funciones le demandan, aunado al hecho que si por la condena debe pagar la pena de presidio, el mismo no podría dar cabal cumplimiento de sus funciones por el confinamiento del que será objeto.
- E. **Jubilación o discapacidad total y permanente o gran discapacidad:** Este supuesto de retiro hace referencia a dos causales, a saber: la jubilación y la discapacidad, esta última diferenciada en total y permanente o gran discapacidad según el grado de intensidad con la que afecte al funcionario.

Así, debe señalarse que la LEFPOL derogada establecía en su disposición transitoria sexta que “Hasta tanto entre en vigencia la ley

²² Aguilar Gorrondona, José Luis: *Personas, Derecho Civil I*, Universidad Católica Andrés Bello, 22° Edición, Caracas, 2009, p. 371.

²³ Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.768, del 13 de abril de 2005.

que regula el régimen prestacional de pensiones y otras asignaciones económicas, las jubilaciones y pensiones de los funcionarios y funcionarias policiales se regirán por la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de los Empleados Públicos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y Municipios”.

Lastimosamente, el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial que derogó aquel instrumento normativo nada estableció respecto a las disposiciones que regirían el sistema de pensiones y jubilaciones de los funcionarios policiales, motivo por el cual considero pertinente aplicar, ante tal vacío normativo, lo dispuesto en la Ley del Estatuto de Jubilaciones y Pensiones de los Empleados Públicos de la Administración Pública Nacional, de los Estados y Municipios²⁴.

- F. **Destitución:** Esta causal de retiro se encuentra desarrollada en el artículo 100 de la Ley del Estatuto de la LEFPOL que dispone “La medida de destitución comporta la separación definitiva del cargo del funcionario o funcionaria policial. El Consejo Disciplinario de Policía ponderará, para decidir sobre la medida de destitución, las circunstancias atenuantes y agravantes que concurrieren en cada caso”.

Es importante resaltar que en la Ley del Estatuto de la Función Policial del año 2009 se hablaba de “causales de aplicación de la destitución” lo cual fue modificado con la reforma del año 2015, en donde se pasó a denominar estas causales como “Faltas graves” y que son las siguientes: (1) Resistencia, contumacia, rechazo o incumplimiento de la medida de asistencia obligatoria aplicada, o haber sido sometido o sometida en tres oportunidades durante el último año a esta medida sin que haya evidencia de corrección según los informes del supervisor o supervisora correspondiente; (2) Comisión intencional o por imprudencia, negligencia o impericia graves, de un hecho que afecte la prestación del servicio policial o la credibilidad y respetabilidad de la Función Policial; (3) Conductas de desobediencia, insubordinación, obstaculización, sabotaje, daño material o indisposición frente a instrucciones de servicio o principios, normas y pautas de conducta para el ejercicio de la Función Policial; (4) Alteración, falsificación, simulación, sustitución o forjamiento de actas y documentos que comprometan la prestación del servicio o la credibilidad y respetabilidad de la Función Policial; (5) Violación reiterada de reglamentos, manuales, protocolos, instructivos, órdenes, disposiciones y en general, comandos e

²⁴ Publicada en la Gaceta Oficial N° 38.426, del 28 de abril de 2006.

instrucciones, de manera que comprometan la prestación del servicio o la credibilidad y respetabilidad de la Función Policial; (6) Utilización de la fuerza física, la coerción, los procedimientos policiales, los actos de servicio y cualquier otra intervención amparada por el ejercicio de la autoridad de policía, en interés privado o por abuso de poder, desviándose del propósito de la prestación del servicio policial; (7) Conducta desconsiderada, irrespetuosa, agresiva o de maltrato u hostigamiento hacia superiores, supervisores, subalternos, compañeros de trabajo, víctimas o personas en general; (8) Inasistencia injustificada al trabajo durante tres días hábiles dentro de un lapso de treinta días continuos, o abandono del trabajo; (9) Simulación, ocultación u obstaculización intencionales de la identificación personal o del equipo del funcionario o funcionaria policial, que permita facilitar la perpetración de un delito o acto ilícito; (10) Eliminar o desvanecer huellas, rastros o trazas de la perpetración de un delito o acto ilícito, y/o amenazar a cualquier persona para evadir la responsabilidad propia o de terceros en la comisión del mismo; (11) Infligir, instigar y/o tolerar actos arbitrarios, ilegales, discriminatorio, torturas u otros tratos crueles, inhumanos y degradantes, en menoscabo de los derechos humanos garantizados en la Constitución de la República Bolivariana o en los tratados internacionales en la materia; (12) Violación de los principios de dignidad humana, ética, imparcialidad, legalidad, tolerancia, cooperación, e intervención oportuna, proporcional y necesaria, en el ejercicio de la función policial. Omitir denunciar las violaciones de los Derechos Humanos y/o los actos de corrupción que conozca en la prestación del servicio de policía; (13) Cualquier otra falta prevista en la Ley del Estatuto de la Función Pública como causal de destitución; y (14) Cualquier supuesto grave de rechazo, rebeldía, dolo, negligencia manifiesta, atentado, subversión, falsedad, extralimitación o daño respecto a normas, instrucciones o la integridad del servicio policial cuya exacta determinación conste en el reglamento correspondiente.

De la lectura de las causales de destitución antes citadas, resulta sumamente interesante que si bien las mismas mantienen cierto paralelismo con las establecidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, igualmente deben ser tomadas en cuenta las causales de destitución de este último régimen funcional general para el caso de los funcionarios policiales, lo cual podría traducirse en el hecho que el funcionario policial debe mantener una conducta aún más ejemplar y recta, que la conducta que deben seguir aquellos sujetos al régimen funcional general.

- G. **Fallecimiento:** Al producirse el fallecimiento de quien ostentaba el carácter de funcionario público, por efecto natural, debe ser retirado el mismo de la función pública toda vez que esta condición es intransferible a otras personas, aunado al hecho de la incapacidad lógica para el ejercicio de toda función pública del fallecido.
- H. **Reducción de personal por limitaciones financieras o cambios en la organización administrativa, previa aprobación del Ministerio del Poder Popular con competencia en materia seguridad ciudadana:** En épocas de austeridad financiera suele suceder que, a los fines de mantener operativo el órgano o ente de la Administración de que se trate, se realicen reducciones de personal para garantizar así que sean comprometidos el menor número de recursos financieros con los que se cuenta, y el caso de los cuerpos policiales no es la excepción.

4. Régimen disciplinario de los funcionarios policiales

El régimen disciplinario de los funcionarios policiales se encuentra desarrollado en el Capítulo VIII de la LEFPOL, resulta bastante relevante el señalamiento contenido en su artículo 88, en donde se indica que: “Los cuerpos policiales desarrollarán un sistema de supervisión continua y regular de sus funcionarios y funcionarias policiales que permita identificar las fallas en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones e intervenir, en forma temprana, oportuna y efectiva, a fin de corregirlas y subsanar las situaciones que incidan en el deficiente desempeño de la Función Policial”.

Lo anterior, viene a ser una clara indicación de la naturaleza preventiva del régimen sancionatorio de los funcionarios policiales, ello en virtud de la delicada labor que los mismos desempeñan así como también en razón de los bienes jurídicos a los que ellos están llamados a tutelar motivado a sus funciones.

Ahora bien, en este orden de ideas resulta oportuno indicar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de la LEFPOL, se estableció un sistema sancionatorio clasificado por grados en atención a la magnitud de la falta cometida y que se ordena en “Faltas más leves”, “Faltas leves”, “Faltas menos graves” y “Faltas graves”

Así, las “**Faltas más leves**”, serán sancionadas con la aplicación del llamado de atención, tal y como lo dispone el artículo 93 de la LEFPOL, en los casos siguientes:

1. No presentar las señales de respeto a un superior en el lugar del servicio o en un lugar o establecimiento público.

2. No participar a tiempo a su superior inmediato la imposibilidad de cumplir cualquier orden de servicio que estuviere obligado, siempre que esta omisión no ocasione daños graves e irreparables.
3. Llegar con retardo sin justo motivo o sin participar al superior inmediato, a cualquier servicio en que debe tomar parte.
4. No acudir a los niveles jerárquicos regulares para realizar observaciones o quejas sobre el cumplimiento del servicio.
5. No comunicar al superior inmediato la ejecución de una orden recibida.
6. Participar en actividades o eventos públicos estando de guardia, sin la supervisión de su superior inmediato.
7. Mostrar conducta indebida, no acorde a los valores y principios del servicio de policía, y que afecten la imagen institucional y/o la correcta prestación del servicio.
8. Conversar con algún aprehendido o privado de libertad sin autorización del superior inmediato.
9. No presentarse ante el superior inmediato al recibir un servicio y/o al incorporarse luego de un permiso o licencia.
10. Dirigirse a cualquier persona desacreditando a un superior, a sus compañeros o a un supervisado.
11. Presentarse a la formación dentro del cuerpo policial, con uniforme incorrecto, alterado o con insignias llevadas en forma no reglamentaria.
12. Cualquier otro supuesto semejante o derivado de las causales antes descritas, cuya exacta determinación en cuanto a la conducta o el resultado esté prevista en un reglamento, manual o instructivo policial, sin que se admita un reenvío secundario a otros lineamientos o disposiciones normativas existentes.

Por otra parte, las “**Faltas leves**” serán sancionadas mediante la aplicación de la “medida de asistencia voluntaria” que consiste de conformidad con lo señalado en el artículo 96 de la LEFPOL en la participación del funcionario o en un programa corto de supervisión correctiva en el área o materia correspondiente a la falta leve que fue cometida y que podrá estar a cargo del supervisor directo del funcionario o de algún otro supervisor, o unidad de reentrenamiento y formación, dentro del correspondiente cuerpo policial con una duración que no excederá de ocho horas. Así, de conformidad con el artículo 95, estas “Faltas leves” serán castigadas cuando ocurran los siguientes supuestos:

1. Inobservancia a dos llamados de atención por un mismo comportamiento
2. Incumplimiento del horario de trabajo que no exceda del veinte por ciento (20%) de una jornada laboral o del tiempo de disponibilidad del servicio a que se refiera una comisión especial, hasta un máximo de dos oportunidades en un período de tres meses.

3. Descuido o negligencia en el uso de insignias, equipamiento o apariencia personal, siempre que no implique simulación, ocultación y obstaculización de la identificación personal o del equipo del funcionario o funcionaria policial.
4. Omisión o retardo en el cumplimiento de tareas, asignaciones, órdenes o disposiciones, siempre que no comprometa la atención de una emergencia o la prestación de un servicio de policía requerido en forma inmediata por parte de la ciudadanía.
5. Falta de atención y compromiso en la ejecución de sus funciones o en los planes, programas, y actividades de formación y entrenamiento, siempre que no implique indisciplina deliberada o actitud refractaria u hostil a la organización y funcionamiento del servicio de policía.
6. Omisión o retardo en la presentación de informes o reportes de actos de servicio que no comprometan, de manera sustancial, la integridad y confiabilidad de la prestación del servicio policial.
7. Cualquier violación a los reglamentos, instructivos, protocolos, órdenes de servicio o instrucciones que no afecte de manera sustancial la integridad y confiabilidad de la prestación del servicio policial.
8. No observar en la actuación policial, un trato correcto y esmerado en sus relaciones con las personas a quienes deben proteger y auxiliar en las circunstancias que fueren requeridas.
9. Cualquier otro supuesto derivado de las causales antes descritas, cuya exacta determinación en cuanto a la conducta o el resultado esté prevista en un reglamento, manual o instructivo policial, sin que se admita un reenvío secundario a otros lineamientos o disposiciones normativas.

El siguiente nivel en la escala sancionatoria consagrada en esta Ley, viene dado por las “**Faltas menos graves**” que son sancionadas con la aplicación de la “medida de asistencia obligatoria” que consiste, de conformidad con lo señalado en el artículo 98 de la Ley del Estatuto de la Función Policial, en el sometimiento del funcionario policial al cumplimiento de un programa de supervisión intensiva de corrección afín a la falta cometida. Asimismo, esta disposición normativa señala que la medida in comento podrá estar a cargo del supervisor directo o de algún otro supervisor o unidad de reentrenamiento y formación dentro del correspondiente cuerpo policial y, a diferencia de la medida de asistencia voluntaria cuya duración es de ocho horas, aquella tendrá una duración de cuarenta horas, sin perjuicio del servicio.

Los casos en los cuales un funcionario policial podría ser objeto de esta sanción están consagrados en el artículo 97 y son los siguientes:

1. Falta de adopción o incumplimiento del programa de asistencia voluntaria que se hubiere recomendado al funcionario o funcionaria policial.
2. Incumplimiento del horario de trabajo que exceda del veinte por ciento (20%) de una jornada laboral o del tiempo a disponibilidad del servicio a que se refiera

una comisión especial, o que alcance a dos días hábiles en un período de treinta días continuos.

3. Omisión o retardo en el cumplimiento de tareas, asignaciones, órdenes o disposiciones indicadas por el supervisor, supervisora, superior inmediato o superiora inmediata, que pongan en riesgo la atención de una emergencia o la prestación de un servicio requerido en forma inmediata por parte de la ciudadanía.

4. Manifestaciones de indisciplina, actitud refractaria u hostil a la organización y funcionamiento del servicio de policía.

5. Omisión o retardo en la presentación de informes o reportes de actos de servicio, bien sean exigibles de oficio o expresamente requeridos por el supervisor directo, supervisora directa, superior inmediato o supervisora inmediata, que por su relevancia, condiciones, situaciones o modalidades puedan comprometer, de manera sustancial la integridad y confiabilidad de la prestación del servicio policial.

6. Daño o perjuicio material debido a negligencia, imprudencia o impericia manifiesta sobre bienes, dotación, equipos, equipamiento o infraestructura para la prestación del servicio policial.

7. No asegurar la plena protección de la salud e integridad de las personas bajo custodia, ni adoptar las medidas inmediatas para proporcionarles atención médica inmediata.

8. No extremar las precauciones en la actuación policial dirigida a niñas, niños, adolescentes, adultos mayores y/o personas con discapacidad.

9. Cualquier otro supuesto derivado de las causales antes descritas, cuya exacta determinación en cuanto a la conducta o el resultado esté prevista en un reglamento, manual o instructivo policial.

Finalmente, en el artículo 99 de la LEFPOL se encuentra plasmado el último y más grave nivel de sanción aplicable a los funcionarios policiales que es el de las denominadas “**Faltas graves**” que son castigadas con la destitución del cargo y cuyas causales han sido previamente reseñadas.

5. ¿Constitucionalidad del Decreto de fecha 30 de diciembre de 2015 con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial?

Primeramente, considero necesario realizar algunas consideraciones respecto al principio de legalidad en el marco del derecho administrativo sancionatorio, respecto del cual la doctrina señala:

Es muy importante que quede claro a los fines de la correcta aplicación del artículo 49, numeral 6 de la Constitución, el cual en este punto, sin dudas se refiere a la ley formal, que el instrumento normativo de rango legal, contenga los señalados elementos mínimos del tipo, porque en el caso de que los omita, y adopte un tenor como el siguiente: se consideran infracciones a esta ley todas aquellas acciones u omisiones calificadas en su reglamento, en realidad

produciría una verdadera deslegalización, puesto que materias que según la Constitución deben ser reguladas por ley, pasarían en virtud de una remisión genérica a ser reguladas por el reglamento, violándose de esa manera la prohibición al Ejecutivo implícita en la figura de la reserva legal. Además, porque en ese caso no existiría ninguna complementación reglamentaria, dado que como resulta de lógica elemental, para poder hablar de complementación se requiere que existan previamente los elementos normativos que van a ser complementados, los cuales –insistimos– serían omitidos en la ley que contenga una remisión como la ejemplificada.

Por esa razón resulta indudable que en Venezuela cualquiera disposición sancionatoria de rango legal, que reenvíe pura y simplemente al reglamento la tipificación de las infracciones administrativas estará viciada de nulidad, por contrariar ostensiblemente el citado artículo 49, numeral 6, constitucional, y que la flexibilización de la garantía de la reserva legal sólo será válida si el instrumento sancionatorio de rango legal contiene un mínimo de contenido material en los términos antes expuestos; de lo contrario en nombre de una supuesta matización se estará sacrificando la garantía constitucional bajo examen.²⁵

Así, debe señalarse que es fundamental que la potestad sancionatoria de la Administración Pública se encuentre regulada en una ley formal, esto es, en “el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador” tal y como lo dispone el artículo 202 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ello en razón que al comportar la misma la restricción o disminución de la esfera de derechos o intereses de aquellos sujetos a los que se encuentra dirigida, se requiere que tales restricciones sean aprobadas por aquel cuerpo que posee la representación popular, por lo que siendo ello así, resulta inconstitucional establecer un régimen sancionatorio aplicable a los funcionarios policiales en el Decreto N° 2.175 de fecha 30 de diciembre de 2015, mediante el cual se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial, por violar el principio de la legalidad sancionatoria.

Ahora bien, no obstante lo anterior, se tiene que además de la inconstitucionalidad de origen que posee el instrumento normativo bajo análisis, el principio de legalidad sancionatoria encuentra múltiples transgresiones a lo largo de su contenido como por ejemplo:

En lo relativo a los supuestos para la procedencia de las sanciones a los funcionarios policiales, las mismas se encuentran contenidas en el numeral 12 del artículo 93 (faltas menos leves), numeral 9 del artículo 95 (faltas leves) y del numeral 9 del artículo 97 (faltas menos graves), normas estas que

²⁵ Peña Solís, José, *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública*, Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia N° 10, Caracas, 2005, pp. 118-119.

convergen en señalar como supuesto para la aplicación de la sanción respectiva “Cualquier otro supuesto derivado de las causales antes descritas, cuya exacta determinación en cuanto a la conducta o el resultado esté prevista en un reglamento, manual o instructivo policial”.

Lo anterior, no constituye un ejercicio de la denominada “complementación reglamentaria”, toda vez que no se están estableciendo en el Decreto-Ley al menos los elementos del tipo, sino que más bien se está dejando a la voluntad del reglamentista el establecimiento de la totalidad de los elementos que configurarán la infracción al igual que la sanción, por lo que estaría “deslegalizándose” el ejercicio de la potestad in comento tal y como lo señala la doctrina.

En lo que concierne al procedimiento administrativo de destitución de los funcionarios policiales, debe señalarse que la Ley del Estatuto de la Función Policial derogada (Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.940 de fecha 07 de diciembre de 2009), señalaba en su artículo 101 lo siguiente respecto al procedimiento administrativo de destitución:

Artículo 101. Si como consecuencia del seguimiento, registro y supervisión se evidencia algún supuesto que amerite la consideración de la sanción de destitución, bien porque se han agotado las medidas de asistencia voluntaria y obligatoria, bien cuando el comportamiento del funcionario o funcionaria policial encuadre en una de las causales previstas en esta Ley y los reglamentos, **se aplicarán las normas previstas en el Capítulo III del Título VI de la Ley del Estatuto de la Función Pública**, con la salvedad que la apertura, instrucción y sustanciación de la investigación corresponderá a la Oficina de Control de Actuación Policial; la revisión del caso y la correspondiente recomendación, con carácter vinculante, corresponderá al Consejo Disciplinario, previstos en el Capítulo V de la presente Ley; y la decisión administrativa será adoptada por el Director del cuerpo policial correspondiente. La renuncia del funcionario o funcionaria policial no suspende ni termina el trámite y decisión de los procedimientos administrativos dirigidos a establecer su responsabilidad disciplinaria. En caso de presuntas amenazas o violaciones graves a los derechos humanos el Director o Directora del cuerpo de policía nacional, estatal o municipal, según el caso o, en su defecto, la Oficina de Control de Actuación Policial o la Oficina de Respuesta a las Desviaciones Policiales podrán dictar dentro del procedimiento administrativo todas las medidas preventivas, individuales o colectivas, que se estimen necesarias, incluyendo la separación del cargo de los funcionarios y funcionarias policiales, con o sin goce de sueldo, así como aquellas necesarias para proteger a las víctimas de tales hechos. Excepcionalmente, en los casos de faltas que impliquen la destitución de los funcionarios y funcionarias policiales, cuando las autoridades disciplinarias de los cuerpos de policía injustificadamente omitan, obstaculicen o retarden los procedimientos disciplinarios o dejen de aplicar las sanciones a que hubiere

lugar, el órgano rector del servicio de policía podrá ejercer directamente las competencias para iniciar, tramitar y decidir los procedimientos administrativos correspondientes. En estos procedimientos será obligatoria la intervención del Ministerio Público a los fines de velar por la celeridad y buena marcha de los mismos y por el debido proceso.

Del anterior texto se evidencia que existía plena seguridad respecto al procedimiento aplicable al caso de la destitución del funcionario policial, esto es, el procedimiento contenido en la Ley del Estatuto de la Función Pública previsto en su artículo 89. Pero ¿qué sucedió con la reforma realizada por el Ejecutivo Nacional mediante el Decreto N°2.175 de fecha 30 de diciembre de 2015?

A los fines de dar respuesta a la anterior interrogante, considero necesario citar el contenido del artículo 104 de dicho Decreto-Ley que dispone:

Artículo 104. En caso de faltas graves que den lugar a la aplicación de la medida de destitución, la Inspectoría para el Control de la Actuación Policial ordenará la apertura de la averiguación, instruirá y sustanciará el procedimiento, determinando los cargos si los hubiere, y remitirá el expediente debidamente conformado al Consejo Disciplinario de Policía para su revisión, valoración y respectiva decisión.

El Consejo Disciplinario de Policía elaborará un proyecto de decisión, que presentará al Director o Directora del Cuerpo de Policía para que emita su opinión no vinculante. El procedimiento para la aplicación de la medida de destitución deberá ser breve, oral y público.

La aceptación de la renuncia del funcionario o funcionaria policial, por parte de Director o Directora del Cuerpo de policía, no suspende ni termina las averiguaciones o procedimientos administrativos dirigidos a establecer su responsabilidad disciplinaria.

Cuando las autoridades disciplinarias de los cuerpos de policía omitan, obstaculicen o retarden los procedimientos disciplinarios o dejen de aplicar las sanciones a que hubiere lugar, el órgano rector del servicio de policía podrá excepcionalmente, ejercer de manera directa las competencias para iniciar, tramitar y decidir los procedimientos administrativos correspondientes, así como tomar las medidas pertinentes para corregir estas malas prácticas. En estos procedimientos será obligatoria la intervención del Ministerio Público a los fines de velar por la celeridad y buena marcha de los mismos y por el debido proceso.

El desarrollo del procedimiento de destitución con todas sus fases y lapsos será desarrollado en el reglamento de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley. (Subrayado propio).

De lo anterior, se evidencia que el procedimiento administrativo de destitución pasó de estar contenido en un instrumento de rango legal a uno de rango sublegal el cual, dicho sea de paso, al momento de escribir las

presentes líneas no ha sido dictado, violando así el “Principio de legalidad procedimental en materia sancionatoria”, según el cual los procedimientos administrativos sancionatorios deben ser creados mediante leyes formales o, en su defecto, actos con fuerza de ley.

Al respecto, ha señalado la doctrina lo siguiente:

En Venezuela pareciera no existir ninguna duda acerca de la vigencia del principio de legalidad procedimental en materia sancionatoria, pues el mismo encuentra consagración en la portada o denominación del derecho al debido proceso, con sus múltiples atributos, equivalente al **derecho al debido procedimiento sancionatorio** administrativo, consagrado en el encabezamiento del artículo 49 de la Constitución, y como se trata de un derecho fundamental necesariamente debe ser regulado por ley (art.156, num 32). Por lo tanto, todos los procedimientos sancionatorios administrativos deben ser creados mediante leyes formales, o actos con fuerza de ley²⁶ (Subrayado del original).

En razón de lo anterior, se concluye que el artículo 104 del Decreto in comento así como el Reglamento que lo desarrolle devienen en inconstitucionales por violación directa del principio de legalidad procedimental en materia sancionatoria, ya que se está reservando a un instrumento de rango sublegal el establecimiento del procedimiento administrativo de destitución de los funcionarios policiales.

En razón de los argumentos previamente formulados, se concluye que el Decreto N°2.175 de fecha 30 de diciembre de 2015, mediante el cual se dictó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial es inconstitucional por violar el principio de legalidad sancionatoria así como también el principio de legalidad procedimental en materia sancionatoria.

Conclusiones

La labor de los cuerpos policiales es nuestro país resulta muy importante no sólo para mantener el orden público, sino para garantizar además la vigencia del Estado de Derecho y la Democracia. En las líneas anteriores hemos podido observar como a lo largo de la historia y por ser los legítimos titulares del uso de la fuerza, los cuerpos policiales fueron intervenidos, manipulados, y utilizados a conveniencia del factor político imperante para perpetuarse o evitar cualquier manifestación de disidencia.

De allí, se ha podido denotar el largo camino histórico y jurídico que se debió transitar para arribar a la organización policial con la que cuenta nuestro país la cual, sin lugar a dudas, aún le falta mucho por evolucionar, madurar y tomar conciencia del rol protagónico que le corresponde en la sociedad como coadyuvante de su progreso, aunque lo andado hasta ahora

²⁶ *Ibidem*, p. 444.

representa un avance significativo respecto a lo que poseíamos en nuestros inicios como República.

Aprender a caminar antes de correr: los procesos sociales son muy complejos y requieren de mucho estudio antes de implementar medidas que puedan afectar directamente al colectivo. Si bien a veces son necesarios cambios jurídicos rápidos para la obtención de ciertos resultados, deben ser realizados siempre en el marco de nuestra Carta Fundamental y los principios que la impregnan ya que precisamente ella posee los parámetros que servirán de freno a cualquier arbitrariedad que quieran imponer los Poderes Públicos con apariencia de legalidad²⁷.

²⁷ Véase en <http://icj.wppengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2014/06/VENEZUELA-Informe-A4-elec.pdf>

DEL PERSONAL JUDICIAL

José Gregorio Silva Bocaney¹

Resumen: Dividiendo el trabajo en dos partes, en la primera se plantea la problemática existente en cuanto a la normativa aplicable al personal que labora en los órganos judiciales ordinarios y al personal de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, así como argumentos acerca de la errada interpretación del Tribunal Supremo de Justicia, de considerar válida la normativa aun cuando no se trata de normas legales, son aplicadas a dichos funcionarios. En la segunda parte, se transcribe la decisión 1478 dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, dictada en Sala "Accidental B", el 16 de julio del año 2013, en la cual se establece que los funcionarios adscritos a los órganos judiciales deben ser considerados como de libre remoción y la interpretación sobre tan errado criterio.

Palabras clave: Funcionario público; funcionario judicial; estabilidad; libre remoción

Summary: Dividing the work into two parts, the first one raises the existing problems regarding the regulations applicable to personnel working in the ordinary judicial bodies and the personnel of the Executive Directorate of the Magistracy, as well as arguments about the wrong interpretation of the Supreme Court of Justice, to consider the regulation valid even when it is not about legal norms, are applied to said officials. In the second part, the decision 1478 dictated by the Second Court of the Contentious Administrative, dictated in Room "Accidental B", on July 16 of the year 2013 is transcribed, in which it is established that the officials assigned to the judicial organs must be considered as free removal and interpretation on such a wrong approach.

Key words: Public official; judicial officer; stability; free removal

Me había propuesto tratar de verificar el tema de los funcionarios judiciales, desde el punto de vista de su estabilidad y la normativa que les rige, haciendo énfasis en la validez de la normativa aplicable, la naturaleza de los cargos, autoridad que ejerce la potestad jerárquica y disciplinaria, siendo que en el desarrollo del presente trabajo nos encontramos con una madeja de

¹ Profesor de pre y postgrado en Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela. Miembro del Comité Académico del postgrado en Derecho Administrativo U.C.V. Profesor de postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Director de la revista de Derecho Funcionarial. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario (A.V.D.D.). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo (AVEDA). Miembro Honorario del Centro de Estudios de Regulación Económica de la Universidad Monteávila (CERECO).

normas legales que ya es suficientemente compleja, acompañada de una telaraña de normas sublegales de cuestionable constitucionalidad, que ha sido aderezada con unas decisiones judiciales todavía más cuestionables, por lo que el tema que nos propusimos resulta álgido en cuanto a la multiplicidad de reglas y criterios que resultan aplicables a un órgano que resulta complejo en su actuar y su concepción misma, lo cual se verá a lo largo del desarrollo del tema.

Debo así aclarar, que el objeto del presente trabajo será el personal adscrito a los órganos jurisdiccionales ordinarios y el personal de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, dejando por fuera otros funcionarios que de la misma manera se consideran personal judicial, tales como los funcionarios adscritos al Tribunal Supremo de Justicia, bien en función jurisdiccional o administrativa, los de la Defensa Pública, los de la Jurisdicción Disciplinaria Judicial, Inspectoría de Tribunales, el de los jueces, entre otros.

Por ello, para tratar –en lo posible– de cubrir el objetivo propuesto, debo hacer una breve reseña de lo que considero ha sido el fundamento constitucional de la función pública, para posteriormente revisar la eventual aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública y las normativas especiales que le rigen. Por su parte, una vez revisada someramente la normativa aplicable al personal judicial y su condición en cuanto a una eventual estabilidad o no, decidí dividir el trabajo en dos partes perfectamente diferenciadas: la primera, la revisión de la normativa que rige a los funcionarios judiciales y la segunda, la transcripción y revisión de una sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo identificada con el No. 1478, Sala “Accidental B”, en el expediente N° AP42-R-2013-000058, publicada el 16 de julio de 2013.

1. De la función pública en general y del Poder Judicial

En Venezuela la noción de carrera administrativa ha tenido sus vaivenes, entendiéndose que salvo contadas excepciones² no existía la carrera, siendo la tendencia que por muchos años se siguió, la del libre disposición de los cargos, la cual se mantuvo hasta mediados del siglo pasado, teniendo que la tendencia Europea de los años cuarenta, de entender la noción de carrera, encontró eco en nuestra Constitución de 1947, la cual estableció en el Título IV referido “de la Soberanía y del Poder Público”, en su capítulo II “Del Poder Público y su Ejercicio”:

² Entre esas excepciones tenemos la carrera militar, que si bien existe como institución desde 1810, la noción actual de **carrera** corresponde a la Academia fundada por el General Juan Vicente Gómez, así como la estabilidad que podía atribuirse a ciertos cargos en materia judicial, rentas y hacienda, etc.

Artículo 90. El Estado dictará un estatuto que rija sus relaciones con los funcionarios y empleados públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la administración y las de ascenso, traslado, suspensión y retiro. Los empleados públicos están al servicio de la Nación y no de parcialidad política alguna.

Cabe destacar que, pese al mandato constitucional, no pasó de *lege ferenda*. La situación se mantenía en torno a los funcionarios públicos que sencillamente dependían de las fluctuaciones políticas en claros ejemplo del sistema de botín. De su redacción se desprende que su aplicación estaba concebida como propia del “Estado”, atribuido al Poder Público y su ejercicio en general, sin que sea dable argumentar que era propio de la Administración en particular, menos de la Administración Pública nacional.

Resurge la noción en Venezuela años más tarde con el cambio de sistema político a partir de 1958, promulgándose el Reglamento de Administración de Personal para los Servidores del Gobierno Nacional, que recibió posteriormente cobertura constitucional y legal, estableciéndose –por lo menos teóricamente– la carrera como sistema mixto de administración del personal que ejerce la función pública, en este caso, limitado a los empleados del Gobierno Nacional.

Posteriormente, la propia Constitución de 1961, estableció la noción de “carrera administrativa”, que en su artículo 122 era regulada en los siguientes términos:

La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social. Los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna.

Todo funcionario o empleado público está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la Ley para el ejercicio de su cargo.

Debe indicarse que si bien dicha Constitución se refería a la Administración Pública Nacional³ como ámbito de aplicación de la ley que

³ Cuando revisamos la estructura de la Constitución de 1961, de la revisión somera tenemos, en cuanto compete al siguiente trabajo, la siguiente distribución de sus normas: Título IV. Del Poder Público. Capítulo I. Disposiciones generales. Art. 122 al 125 los artículos referidos a la función pública. Capítulo II. De la competencia del Poder nacional. Título V. Del Poder Legislativo nacional. Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Del Senado. Capítulo III. De la Cámara de Diputados. Capítulo IV. Disposiciones comunes. Capítulo V. De la formación de las Leyes. Capítulo VI. De la comisión delegada del Congreso. Título VI. Del Poder Ejecutivo nacional. Capítulo I. Del Presidente de la República. Capítulo II. De las atribuciones del Presidente de la República. Capítulo III. De los Ministros. Capítulo IV. De la

habría de establecer la carrera, lo regulaba dentro del Capítulo I del Título IV, referido a las Disposiciones Generales del “Poder Público” –de allí que soy partidario que la ley debió dictarse para ser aplicada de la misma manera a los Estados y Municipios–, lo cual refleja un eco de la intención del constituyente de 1947, en el entendido que era una norma que abarcaba toda la noción de Poder Público, y no para alguna de sus ramas, sino a todo el Poder, que fue precisamente la línea que se retoma expresamente en la Constitución de 1999; sin embargo, por otro lado se defendía la noción de estado federal protegiendo la autonomía normativa de los estados y municipios y se llegó a una conclusión generalizada donde el ámbito de aplicación y limitación se restringía a la “Administración Pública Nacional”, en los estrictos términos en que se encontraba redactado el artículo constitucional fue redactada la ley. Pese a ello, la mayoría de los estados federados y los municipios, legislaron sobre la materia en términos análogos, –si no idénticos en la mayoría de los casos–, solucionando así el problema generado.

Por su parte, la Ley de Carrera Administrativa, fijó como ámbito de aplicación la Administración Pública nacional, sencillamente, acogiendo lo que estricta y semánticamente se desprendía del mandato Constitucional, obviando el contexto donde se ubicaba.

En similares términos que en las Constituciones de 1947 y 1961, la de 1999, mantiene la esencia del sistema de carrera⁴, señalando en sus artículos 144 y 146 lo siguiente:

Artículo 144. La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los empleados de la Administración Pública, y proveerán su incorporación a la seguridad social. La

Procuraduría General de la República. Título VII. Del Poder Judicial y del Ministerio Público. Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. De la Corte Suprema de Justicia. Capítulo III. Del Consejo de la Judicatura. Capítulo IV. Del Ministerio Público. Así, las lecturas que podrían darse a los artículos 122 y siguientes de la Constitución son 2:

1. Que ciertamente la ley habría de regular lo referido a los funcionarios de la Administración Pública Nacional (el que acogió la doctrina unánimemente y la ley), que se desprende de la lectura aisladas del artículo 122, por lo que habría que aceptar que el constituyente erró al ubicarlo en el Título y en el Capítulo, pues en todo caso debió ubicarse en el Título VI Constitucional.
2. Que debió aplicarse un argumento topográfico, y entender que dicho mandato de ley era para todos los funcionarios del poder público. A mi entender, era la interpretación válida, que por demás se vio recogida en la Constitución de 1999, aun cuando la interpretación que el TSJ le ha dado a dicho artículo, ha sido nefasta e implica el desconocimiento de básicos principios.

⁴ Mantiene la noción de carrera, pero envuelta en la de función pública, que ciertamente es más amplia.

ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los empleados públicos para ejercer sus cargos.

Artículo 146. Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados, los obreros al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley. El ingreso de los funcionarios o empleados públicos a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. El ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión y retiro será de acuerdo a su desempeño.

Los citados artículos se encuentran contenidos en el Título IV del Texto Constitucional, referido al “PODER PÚBLICO”, en su Capítulo I “De las Disposiciones Fundamentales”, Sección Tercera, “de la Función Pública”. De allí, retomando la posición que he asumido en anteriores trabajos, considero que sencillamente se ha mantenido la intención del Constituyente en cuanto a que la normativa que habría de regular la función pública, independientemente de su distribución o división, conforme los términos del 136 Constitucional, era la Ley nacional; sin embargo, la aceptación de tal noción dependerá de la acepción que le queramos dar al término Administración Pública. Por otra parte, reconociendo que el término de “función pública” es mucho más amplio que la noción de carrera administrativa y que alude a conceptos distintos, abona más a la amplitud que en mi criterio, ha querido imponer el constituyente a la regulación de la actividad desarrollada por el Poder Público. De allí, que podría sostenerse que conforme al mandato constitucional, los diferentes poderes podrían entrar en la égida de la misma normativa, incluyendo los funcionarios adscritos al Poder Judicial, como los de cualquier otro poder aun cuando se entienda autónomo.

Entonces, la aplicación de la normativa que rige a los funcionarios judiciales, se torna un poco más difícil –dependiendo de la noción de Administración Pública que asumamos– toda vez que en cuanto al personal judicial se refiere, podemos diferenciarlos en varias categorías, dependiendo de si presta sus servicios al órgano administrativo del Poder Judicial (Dirección Ejecutiva de la Magistratura), al Tribunal Supremo de Justicia, quien a su vez, tiene dependencias administrativas propias (comisión Judicial, Auditoría Interna, Administración, etc.), diferenciados de aquellos funcionarios prestos a la función estrictamente jurisdiccional de dicho órgano judicial, o aquellos funcionarios cuyas funciones se desempeñan en órganos con función jurisdiccional del resto del Poder Judicial.

Así, entendiendo que la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP), regula la relación de empleo público, recogemos los términos de su artículo 2 que señala:

Artículo 2. Las normas que se refieran en general a la Administración Pública, o expresamente a los estados y municipios, serán de obligatorio cumplimiento por éstos.

Sólo por leyes especiales podrán dictarse estatutos para determinadas categorías de funcionarios y funcionarias públicos o para aquellos que presten servicio en determinados órganos o entes de la Administración Pública.

Esa referencia a que *sólo por leyes especiales* podrán regularse los estatutos de determinadas categorías de funcionarios públicos, que no sería más que ratificar los términos del artículo 144 Constitucional, nos empieza a determinar el ámbito del deber ser, que no es más que la regulación mediante Ley, frente a la realidad en la cual, aduciendo la pretendida autonomía normativa, el Tribunal Supremo de Justicia, y de allí, el resto de los tribunales del país, han dado su aval para que otros instrumentos distintos al de la ley, regulen estatutos especiales en la materia de función pública, muchos de ellos publicados posteriormente a la entrada en vigencia tanto de la Constitución, como de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Por otra parte, encontramos normativas dictadas antes de la entrada de la LEFP, o incluso de la Constitución misma, que sencillamente, luego de más de 18 años de vigencia de la segunda y 16 de la primera, no encuentra mayor justificación que la desidia legislativa.

Por su parte el artículo 1 de la Ley del Estatuto de la Función Pública excluye de manera expresa, entre un extenso e injustificado listado, al personal al servicio del Poder Judicial.

1.1. Del funcionario al servicio del Poder Judicial

Es dentro del marco que se revisa anteriormente, que se trata de adentrar en la madeja normativa que envuelve al funcionario judicial, dejando a un lado la función administrativa y del personal judicial antes de la existencia del Consejo de la Judicatura, cuando a nivel judicial, si bien Poder autónomo, los tribunales resultaban administrativamente dependencias adscritas al Ministerio de Justicia quien a su vez desempeñaba todo lo referido a la administración, incluyendo la del personal. Posteriormente, se crea un órgano ajeno al ejecutivo, para la administración no sólo del personal, sino de todo lo que implica las necesidades de los órganos judiciales, con sus propios funcionarios, con lo cual se rompe esa indirecta e indebida dependencia entre el ejecutivo y el poder judicial, lo que configura a funcionarios meramente administrativos del Poder Judicial, teniendo por su parte, el personal que labora en órganos judiciales en general y los que laboraban para la Corte Suprema de Justicia, en cumplimiento del mando del artículo 217 de la Constitución de 1961 que indicaba: “La ley orgánica respectiva creará el Consejo de la Judicatura, cuya organización y atribuciones fijará con el objeto de asegurar la independencia, eficacia, disciplina y decoro de los Tribunales

y de garantizar a los jueces los beneficios de la carrera judicial. En él deberá darse adecuada representación a las otras ramas del Poder Público”.

En este marco encontramos en primer lugar, el Estatuto del Personal Judicial, dictado al amparo del artículo 72 de la Ley Orgánica de Carrera Judicial del año 1980, el cual indicaba: “Los Relatores, Oficiales o Amanuenses y los demás empleados de los Tribunales de Justicia, Ordinarios y Especiales, con excepción de los Militares, se regirán por el Estatuto del Personal Judicial que dicte el Consejo de la Judicatura”.

Con referencia al personal adscrito al Tribunal Supremo de Justicia, el artículo 16 de la Ley que regula lo referente al Máximo Órgano Judicial, impone que la Sala Plena dicte el estatuto de personal “...en el cual se establecerá el régimen de carrera de los mismos”, razón por la cual, por la singularidad del mismo, no haremos referencia en el presente trabajo, siendo que nos queremos enfocar en el régimen general.

Centrándonos en el personal directivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (D.E.M.), se tiene que el artículo 15 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004⁵, establece en su tercer aparte, entre las atribuciones del Director Ejecutivo de la Magistratura, en su numeral 4, la facultad de dictar la normativa interna, de conformidad con el correspondiente Reglamento de Organización y Funcionamiento que dicte la Sala Plena del Tribunal⁶, mientras que el numeral 10 establecía la competencia para “Nombrar y remover a los miembros de la Coordinación General de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura”, siendo que no hacía mención expresa al personal en general.

Así, el artículo 77 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia⁷, en sus numerales 4 y 10 repite en los mismos términos los numerales respectivos del tercer aparte del artículo 15 de la norma derogada, mientras que el 12 otorga competencia para: “Decidir sobre el ingreso y remoción del personal de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura de conformidad con lo que establezca la Sala Plena”. En este mismo orden de ideas, la Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial⁸, aprobada por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, establece como competencia del Comité Directivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura

⁵⁵ Recordado como el peor adefesio legislativo, cuya razón de su nefasta redacción es harto conocido y documentado.

⁶ Cabe destacar que el reglamento del 2006, publicado en la página web del T.S.J. <http://www.tsj.gov.ve/informacion/acuerdos/reglamentoTSJ.htm>, nada dice al respecto.

⁷ Gaceta Oficial N° 39.483 del 9 de agosto de 2010.

⁸ Gaceta Oficial N° 37.014 del 15 de agosto de 2000.

“Decidir sobre el ingreso y remoción del personal de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura”

Esto nos empieza a delimitar la tipología de la normativa que ha de regir a los funcionarios del Poder Judicial y el embrollo que constituye su administración de personal, pues ya no se trata de una Ley que regirá el destino de los funcionarios, sino que la Ley del T.S.J. establece que el Director de la D.E.M. dictará la normativa interna, de conformidad con el correspondiente Reglamento de Organización y Funcionamiento que dicte la Sala Plena del Tribunal. Dicho reglamento no establece mención alguna al personal administrativo de la D.E.M. ni en general del poder judicial, pero atribuye competencia al Comité Directivo de la D.E.M., para ingresar y remover al personal.

Por su parte, la mención incorporada a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto al nombramiento y remoción del personal de la D.E.M., luce infeliz en su redacción, pues genera la duda de si todos los funcionarios adscritos a la D.E.M. serán de libre nombramiento y remoción, o se trata de la facultad de disponer de los cargos que correspondan a dicha condición. Por otra parte, nos encontramos la situación del personal que labora para los órganos judiciales, pues si bien es cierto, la Dirección Ejecutiva de la Magistratura libra el nombramiento, y se encarga administrativamente de todas las gestiones y movimiento de personal pertinentes al funcionario, el nombramiento se genera a instancia o postulación del Juez respectivo (unipersonal, o presidente de tribunales colegiados, presidentes de circuitos, rector, etc.) y éste juez a su vez, cumple las funciones jerárquicas inclusive la potestad jerárquica y disciplinaria sobre el funcionario.

Diferenciando la forma de nombramientos, designaciones y remociones en materia funcional ordinaria, donde generalmente se centra y concentra en el máximo jerarca, la potestad sobre el personal, en el caso del personal judicial, o el personal al servicio del órgano jurisdiccional, que es designado o postulado por el Juez, nombrado por la autoridad de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y retirado por el Juez y eventualmente por la propia D.E.M. (conforme lo veremos más adelante), cuyos movimientos de personal⁹ lo

⁹ Aun cuando puede lucir innecesario por sabido, debo aclarar que movimiento de personal no es la facultad de disponer de un cargo, o ejercer la potestad sobre el cargo, sino realizar la actividad administrativa con respecto al status o situación del personal de que se trate. Así, cuando un Ministro delega en su Director de Personal la facultad para dictar los movimientos de personal en cuanto al ingreso, remoción, destitución o retiro, no le está otorgando la facultad de nombrar, remover, destituir o retirar al funcionario, sino que una vez que el máximo jerarca ha dictado el acto correspondiente, le corresponde al delegado ejecutar los trámites administrativos necesarios para ejecutar la decisión del jerarca.

realiza en definitiva la misma Dirección Ejecutiva, se observa que se trata de una organización atípica dentro de la forma general de Organización Administrativa, en especial, dentro del sistema de manejo de personal a que se refiere la Ley del Estatuto de la Función Pública –de la cual está excluida como dijéramos anteriormente–, mientras que por su parte, el personal administrativo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, entendiéndolo como tal a todos aquellos que no se encuentran ejerciendo funciones en órganos jurisdiccionales, tiene concebida su organización y administración de personal, en condiciones de igualdad, o por lo menos, similar al resto de la Administración Pública. En esos casos (personal de la D.E.M.), y en aplicación del principio del paralelismo de las formas¹⁰, quien designa, nombra, y ejerce la potestad disciplinaria y jerárquica es el Director Ejecutivo de la Magistratura.

La Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, establecía entre las atribuciones del Consejo de la Judicatura¹¹, en su literal “s”: “Establecer la política de personal en cuanto se refiere a los auxiliares de la justicia”; sin embargo, nada refería acerca del personal propio del Consejo, salvo lo relativo a “Dictar las normas reglamentarias internas para el mejor desempeño de sus funciones” (literal “g”) y establecer la política de seguridad social en beneficio

A título de ejemplo, el movimiento de personal con respecto al nombramiento de personal consiste en expedir las credenciales, notificar e incorporar al Seguro Social, al seguro colectivo, cajas de ahorro, mientras que el del retiro, consiste en retirar del seguro social, ordenar la liberación del fideicomiso, calcular y ordenar el pago de prestaciones sociales, notificar a los bancos en caso que tuviera cuentas registradas, etc.

Es decir, los movimientos de personal no son más que ejecutar la gestión de la función pública, la cual le corresponden a las oficinas de recursos humanos de conformidad con el artículo 6 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Por ello, cuando un jerarca delega en su Director de Personal los movimientos de personal, cualesquiera estos sean, no está haciendo más que –tratar de– conferir una competencia que le resulta propia al pretendido delegado por mandato de ley.

¹⁰ No siempre aplicable.

¹¹ Con el cambio de régimen a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1961, la Administración del Poder Judicial da un giro de 180 grados, toda vez que antes de la entrada en vigencia, el Consejo de la Judicatura, conformado por Magistrados autónomos e independientes de la Cúpula Judicial del País (Corte Suprema de Justicia) y con la atribución de “Fijar la política judicial de la República y en general, todo cuanto atañe al gobierno del Poder Judicial y que no esté expresamente atribuido por Ley a otro órgano (literal “a” del artículo 15 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura) creaban los Tribunales Ordinarios y Especiales que ordenara la Ley o que fueren necesarios dentro de la estructura legal existente; establecía y modificaba la competencia de los tribunales (literal “e”); nombraba y removía a los jueces del País (salvo Corte Primera y Superior de Salvaguarda) y administraba tanto los recursos como al personal de los Tribunales, siendo ésta última las que se encuentran atribuidas a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

de jueces, defensores públicos de presos, inspectores y funcionarios auxiliares, (literal “j”).

Basado en estos tres literales, en fecha 16 de enero de 1992, el Consejo de la Judicatura, dictó la Resolución sobre el Régimen Disciplinario de los Funcionarios del Consejo de la Judicatura, publicada en la Gaceta Oficial de la República N° 34.885 del 20 de enero de 1992. Por su parte, en Gaceta Oficial N° 34.840 del 13 de noviembre de 1991, se dicta la resolución que contiene la Reforma del Régimen de Estabilidad en la Prestación del Servicio del Personal del Consejo de la Judicatura. El artículo 1 de dicha resolución refiere que los funcionarios y empleados del Consejo de la Judicatura gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos, estableciendo a renglón seguido, aquellos que se encuentran excluidos de dicho régimen general de estabilidad.

De acuerdo al título y al contenido del mismo, dicha resolución se circunscribe al personal adscrito al Consejo de la Judicatura y no al personal judicial propiamente dicho.

El 9 de noviembre de 1998, en Gaceta Oficial N° 36.577, se publica la resolución del Consejo de la Judicatura por la cual se dispone la estructura de cargos del Consejo de la Judicatura y del Poder Judicial, la cual fue reformada según resolución publicada en la Gaceta Oficial N° 36.794 del 24 de septiembre de 1999. Esta resolución abarca tanto a funcionarios administrativos del Consejo, como de los órganos jurisdiccionales, distinguiendo el “ramo judicial”, “ramo defensorías públicas” al “ramo administración, servicio y apoyo judicial”.

Como puede observarse, en cuanto se refiere al personal de apoyo institucional que correspondió al Consejo de la Judicatura, y que ahora compete a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura se encuentra en un entramado de normativa sublegal dictada toda por el extinto Consejo de la Judicatura.

1.2. Del personal judicial

Entendiendo por personal judicial, aquél que presta sus servicios exclusivamente para el órgano judicial en función jurisdiccional¹², independientemente que se encuentra administrativamente registrado y aparentemente sometido a la égida de la Dirección Ejecutiva de la

¹² Aclaremos que dicha función jurisdiccional es la realizada por el órgano desde el momento en que se recibe la demanda o escrito de pretensión hasta la ejecución del fallo, incluyendo funciones de archivo, distribución, recibo de documentación y correspondencia. Así, aun cuando las funciones de archivo o recibo de correspondencia pueda ser similar o incluso idéntica entre un funcionario de la DEM y de un tribunal, sólo se ha de considerar personal judicial aquél adscrito al órgano judicial

Magistratura, ha de entenderse que quien tiene la potestad, en cuanto a la administración de personal se refiere, es el juez correspondiente.

Esto crea una situación peculiar y si se quiere incómoda, pues quien ejerce la potestad es absolutamente distinto a quien corresponde ejecutar las decisiones del jerarca, como aquellas decisiones que pudieran emanar de órganos judiciales al caso concreto¹³. Por su parte, decisiones del órgano administrativo afectarían igualmente la estructura y funcionamiento del órgano judicial que se entiende autónomo.

Por ello conviene precisar que si bien es cierto, los jueces, en ejecución de su función jurisdiccional son autónomos –o por lo menos debían serlo– en cuanto a la organización y funcionamiento administrativo dependen del órgano administrativo.

Quien crea el órgano (en casos de creación de nuevos tribunales) es el Tribunal Supremo de Justicia, pero quien decide su conformación en cuanto al personal es la Dirección Ejecutiva de la Magistratura a través de las denominadas “plantillas” por tribunal, que contiene los cargos asignados por tipo de tribunal y la correspondiente asignación presupuestaria. De allí, que alguna reestructuración que a su vez apareje una reducción de personal, habría de ser atendiendo a esa estructura o plantilla y no atendiendo a circunstancias personales del funcionario afectado¹⁴.

¹³ Constituye un sistema donde difícilmente puede existir una “política de personal”, en el entendido que fuera de funciones meramente administrativas y de movimientos de personal, no ha sido posible unificar criterios tanto en la propia Dirección Ejecutiva de la Magistratura, como en los diferentes tribunales que conocen de la materia, aunado a las decisiones de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, que muchas veces han dictado sentencias que se distancian enormemente de los principios que rigen, tanto constitucionalmente como legalmente, a la función pública en general, o la judicial en lo particular.

Generalmente, en cualquier estructura administrativa, existe un director de personal que conjuntamente con el máximo jerarca y siguiendo los principios que rigen a la institución, dicta políticas de manejo del personal que en definitiva es aplicado por el propio órgano, bajo la supervisión, asesoría y apoyo de un nivel central; sin embargo, en el caso de autos, cada juez unipersonal, tribunal colegiado o circuito judicial, ejerce la potestad jerárquica y disciplinaria de manera autónoma, pero el órgano encargado de hacer frente al movimiento de personal, a la acción judicial de que se trate y que en definitiva va a ser el órgano que ha de dar la cara en la relación judicial como notificado, es la D.E.M, así como la encargada de ejecutar la decisión judicial de que se trate, debiendo aplicarse una maraña normativa entre normas legales y sublegales pre constitucionales, que por lo general, no se adaptan a los principios constitucionales y en general, a los derroteros de la función pública.

¹⁴ Para el año 2001-2002, se dictó un acto de reducción de personal que afectó a un gran número de funcionarios judiciales, los cuales, en su mayoría, fueron ordenados en su reincorporación por los órganos jurisdiccionales, dada la ausencia del procedimiento y la evidente

En este contexto debe revisarse someramente, la normativa que rige y – aparentemente – ampara al personal judicial, entendiéndola totalmente separada de aquellas que rigen al personal del extinto Consejo de la Judicatura y de la actual Dirección Ejecutiva de la Magistratura, salvo que el propio instructivo indique su aplicación a ambos tipos de funcionarios.

En este orden de ideas, el artículo 91 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de agosto de 1987 establecía:

Artículo 91. Los Secretarios y Alguaciles de los Tribunales serán de libre nombramiento y remoción de los Jueces, quienes participarán las decisiones correspondientes al Ministerio de Justicia.

Los demás empleados de los Tribunales serán nombrados por el Ministerio de Justicia, previa postulación que harán respectivamente los Jueces, quienes deberán a tal efecto, enviar al Ministerio los datos que soliciten acerca de los candidatos propuestos, y podrán ser removidos tanto por aquellos como por dicho Despacho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 132 de esta Ley (...). Solo serán nombrados para los cargos de oficiales o escribientes de los Tribunales, a las personas que posean un certificado de suficiencia, expedido por el Ministerio de Justicia, el cual sólo se otorgará a quienes hubiesen sido aprobados, en conformidad con las pautas que fije ese Despacho, en ortografía, escritura manual, mecanografía y nociones de organización de archivo. Tendrán preferencia quienes, además, hubieren sido aprobados en examen de taquigrafía. En igualdad de circunstancias se preferirá a los estudiantes de Derecho. El Ministerio de Justicia podrá hacer excepciones a esta disposición en los casos en que no se encuentren personas que reúnan las condiciones dichas.
(...)

Tal como dice el profesor CABALLERO ORTIZ¹⁵, las referencias hechas al Ministerio de Justicia, para la época, deben considerarse hechas al Consejo de la Judicatura.

De tal forma que se evidencia unas normas de escogencia del personal (propias de la época y su evolución tecnológica). Por su parte, la ley de 1998, en su reforma, refiere la modificación del citado artículo 91 y 92, numerados como 71 y 72, cuyo artículo 71 quedó redactado de la siguiente manera: “Artículo 71. Los secretarios, alguaciles y demás funcionarios de los tribunales serán nombrados y removidos conforme al Estatuto de Personal, que regula la relación funcional”.

incompetencia del funcionario que dictó los actos. Sin embargo, otros actos similares posteriores no han tenido el mismo sendero.

¹⁵ Caballero Ortiz, Jesús. *Régimen Jurídico del Poder Judicial*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 1995.

Por su parte, los artículos 98, 99 y 100 de la misma indican:

Artículo 98. Los secretarios, alguaciles y empleados de los tribunales están sujetos a la jurisdicción disciplinaria de sus superiores.

Artículo 99. Las sanciones que podrán imponerse a los secretarios, alguaciles y demás empleados de los tribunales, serán:

- a) Amonestación;
- b) Multa, no convertible en arresto que podrá alcanzar hasta el equivalente de una quincena de sueldo.
- c) Suspensión hasta por un período de seis meses;
- d) Destitución.

Artículo 100. Las faltas de los secretarios, alguaciles y demás empleados de los tribunales serán sancionadas por el Juez Presidente del Circuito o el juez, según sea el caso.

Obsérvese que no se trata de una mera omisión de la regulación de la condición de secretarios y alguaciles, sino que fue la propia **Ley** que decidió igualarlos con respecto al resto de los funcionarios en el mismo estatuto, eliminando la mención expresa a la condición de libre nombramiento y remoción que ostentaban antes de la reforma de la Ley y que expresamente fue regulado y tomado en consideración en los artículos sujetos de la reforma.

Para regular la administración del personal judicial, conforme las previsiones del artículo 72 de la Ley de Carrera Judicial, se dicta el Estatuto del Personal Judicial, en fecha 27 de marzo de 1990, publicado en Gaceta Oficial N° 34.349, por el Consejo de la Judicatura en virtud del artículo 15, literal “g” de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura. Así, el artículo 1 establece que dicho estatuto “(...) determina las relaciones de trabajo entre el Consejo de la Judicatura, los Jueces y los Defensores Públicos de Presos por una parte, y por la otra los empleados que se indican en el Artículo 72 de la Ley de Carrera Judicial. En consecuencia, regula las disposiciones para el ingreso; permanencia y terminación de servicio en los diferentes cargos”.

Excluyendo a los Defensores Públicos, que a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, adquieren plena autonomía, y si bien forman parte del sistema judicial no se encuentran sometidos a las directrices del Tribunal Supremo de Justicia, ni de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el citado estatuto regula la situación funcional de “los relatores, oficiales o amanuenses y los demás empleados de los Tribunales de Justicia, ordinarios y Especiales, con excepción de los Militares” (art. 72 Ley de Carrera Judicial). Así, quedan excluidos los empleados de la D.E.M. y hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, los del Tribunal Superior de Salvaguarda y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, conforme lo anteriormente expuesto.

El artículo 2 del citado Estatuto, otorga estabilidad en los cargos a los funcionarios judiciales; sin embargo, cabe la interrogante de que sucede a raíz de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999. Debemos entender que cualquier funcionario que haya ingresado a labores judiciales antes del año 2000, por mandato del propio estatuto, goza de estabilidad en los cargos, sin mayores discusiones; sin embargo ¿Qué sucede con aquellos que ingresaron posteriormente?

Independientemente de lo que pudieren indicar cualquier ley o instrumentos sublegales, la Constitución supedita la estabilidad al ingreso mediante concurso público de oposición, lo que garantiza necesariamente la posibilidad de que cualquier persona que cumpla con los requisitos exigidos pueda acudir en paridad de circunstancias, frente a otros similares, para determinar a través de las pruebas pertinentes del concurso, quienes serían los más aptos para el desempeño de los cargos. Sin embargo, en el Poder Judicial, pese a más de 18 años de la exigencia constitucional, a los efectos del personal judicial, no se han establecido los llamados concursos de oposición; sin embargo, la D.E.M. somete (o ha de someter) al funcionario a determinadas pruebas para determinar la idoneidad para el ejercicio del cargo, sin contar que muchos tribunales publican los cargos vacantes en Universidades y otros centro, para llamar a aquellas personas que cumplan cierto perfil, sometiéndolos muchas veces a pruebas en condiciones de igualdad entre ellas, más sin embargo, ello no cumple las exigencias de un concurso público.

Pese a ello, no puede entenderse que aquél funcionario que no haya ingresado por concurso pueda ser considerado de libre nombramiento y remoción por esa sola condición, pues el libre nombramiento atiende a la jerarquía del funcionario o las funciones que ejerce *y no a la forma de ingreso*. De allí, el criterio que han aplicado algunos tribunales superiores de la jurisdicción contencioso, que posteriormente fue calificado por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (repetiendo la argumentación de los superiores) como estabilidad temporal, en el entendido que sólo un concurso público de oposición podría otorgar la titularidad en el cargo y el funcionario habría de concursar para obtenerla, pero el retiro forzoso solo estaría marcado en el supuesto de una falta que amerite la destitución, previa sustanciación del debido procedimiento, o que llamado a concurso se niegue a concursar o concursando no resulte aprobado para el ejercicio del cargo.

Sobre este particular debo hacer algunas consideraciones, en el sentido de la noción de carrera que establece tanto la Constitución como la Ley de Carrera Judicial, bajo el cual, el juez que hubiere ingresado a la carrera judicial, adquiere estabilidad en sus cargos, más no así el personal auxiliar o de menor jerarquía que labore en dichos tribunales, lo cual conduce a un evidente contrasentido.

Por otra parte, siendo que las normativas estatutarias, tanto legales como sublegales específicas le otorgan estabilidad a los funcionarios judiciales en general, incluyendo al relator cuando el cargo es creado en forma permanente, resulta un poco cuesta arriba pretender su condición de libre remoción. Tal criterio se acentúa al revisar los artículos 99 y 100 en su relación con el artículo 98 del estatuto, al someter los cargos de secretario, alguacil, así como el de todos los funcionarios del tribunal a la potestad disciplinaria del juez¹⁶.

En relación a los relatores y su eventual condición de carrera o de confianza, el mismo se ha tenido como personal de confianza, bajo argumentos tales como que conoce la decisión antes que sea publicada además que redacta proyectos de sentencias; sin embargo, debemos entender que en puridad de derecho, un relator no tiene competencia ni facultades legales para elaborar proyectos, sino que cumple la función de coadyuvar al decisor (juez) en la toma de decisión, en primer lugar “relatando” el expediente, entendiendo por relatar poner en conocimiento del juez o jueces de su contenido y en Venezuela, de narrar los hechos, fases y contenido del expediente (narrativa), pudiendo igualmente solicitarle la ayuda en investigación de doctrina o jurisprudencia según sea el caso, siendo que la decisión recae en cabeza del juez como único responsable¹⁷.

Así, concatenando lo anteriormente dicho, si estamos en presencia de un juez, que debe gozar de estabilidad, un funcionario subalterno, cuya función no es suplir al juez, sino ayudar en su función, debería por lo menos, en principio, gozar de la misma estabilidad. En este sentido, el estatuto de personal es claro al indicar que si el cargo es permanente, goza igualmente de estabilidad.

¹⁶ Debo aclarar que la potestad disciplinaria sobre los funcionarios, en cuanto a la posibilidad de sancionar incluso con destitución a funcionarios de libre y remoción, no desdice de su condición de libre disponibilidad del cargo, en el entendido que si el jerarca dispone del cargo por la sencilla intención de disponer del mismo, procede la remoción, sin embargo, en caso de que cualquier funcionario cometa una falta que amerita su destitución, para imponer la consecuencia jurídica (destitución) al hecho lesivo o contravención jurídica (falta), necesariamente debe seguirse el procedimiento, conllevando a actos absolutamente distintos con consecuencias disímiles.

Sin embargo, en el caso que se discute no se trata de la mera posibilidad de destituir a un secretario o un alguacil como elemento suficiente para considerar que goza de estabilidad, sino del conjunto normativo que regula la materia, en especial, la reforma expresa de la Ley del Poder Judicial que conlleva a tal conclusión, cuya guinda la encontramos en los artículos 99 y 100 comentados.

¹⁷ En alguna oportunidad, la Dra. Hildegard Rondón de Sansó, refirió a que en Venezuela estamos en manos de una justicia de relatores, haciendo entender que las sentencias dimanar de los relatores y no del decisor.

En este mismo sentido, el Consejo de la Judicatura, bajo el mandato legal contenido en el literal “s” del artículo 15 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, que le atribuía competencia para “establecer la política de personal en cuanto se refiere a los auxiliares de justicia”, en fecha 19 de agosto de 1991, dicta una resolución Complementaria del Estatuto de Personal del Poder Judicial, indicando:

ARTICULO ÚNICO: Por cuanto la naturaleza de las funciones que desempeñan así lo ameritan, y vista la opinión favorable de los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se acuerda declarar como funcionarios de confianza y, en consecuencia, de libre nombramiento y remoción, a quienes desempeñen los cargos de secretarios de los miembros de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal Superior de Salvaguarda del Patrimonio Público.

No se trata del secretario de Corte como órgano jurisdiccional, sino de una figura distinta que es el de *secretario de los miembros de la corte* o conocido como secretario de magistrado. Esto nos demuestra que tanto el Legislador como el propio Órgano (Consejo de la Judicatura) obraron en pro de la estabilidad del funcionario, siendo que las excepciones decidieron hacerse de manera expresa.

Por su parte, el Estatuto del Personal Judicial ratifica en su artículo 2 la estabilidad de los funcionarios judiciales sin distinción. Dicha estabilidad, conforme lo referido en el citado estatuto, es adquirida una vez ingresado previa practica de las evaluaciones que practique u ordene practicar la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (artículo 8) superado el periodo de prueba de seis meses, de acuerdo a lo previsto en el artículo 9 *ejusdem*. Dentro de este plazo, el juez postulante podrá revocar el nombramiento si a su juicio no es satisfactorio el rendimiento del funcionario.

Conforme los términos del propio estatuto, el juez postula (artículo 11), quien verifica las condiciones de aptitud, conocimiento y destrezas para el desempeño del cargo. Recibida la postulación, si se cumplen las formalidades y requisitos¹⁸, la D.E.M. extiende el nombramiento, siendo tomado el juramento al recién ingresado por parte del Juez.

¹⁸ Estos requisitos en la práctica muchas veces son aplicados de manera velada y caprichosa, en los cuales, el postulado que le es rechazada su postulación nunca conoce las causas de la negativa, bajo el sencillo y escueto argumento de “no cumplir los requisitos”

Una vez ingresado el funcionario, tiene derecho al ascenso¹⁹ de acuerdo a las previsiones del artículo 18 “e” del Estatuto, en su relación con los artículos 21 y 22 *eiusdem*, que indican:

Artículo 18°.- Los miembros del personal judicial tendrán los derechos que se enumeran a continuación: (...)

e) Ascender a cargos de clase superior; según lo previsto en este Estatuto.

Artículo 21. Los miembros del personal judicial tendrán derecho al ascenso. Los ascensos se otorgarán por riguroso orden de méritos, de acuerdo con la calificación obtenida en las evaluaciones que para tales fines se practiquen. En igualdad de condiciones se tomará en cuenta la antigüedad.

Artículo 22. Se considera ascenso la designación de una persona para una clase de cargo de grado superior.

En blanco y negro, establecido como norma general y abstracta, la regulación del ascenso podría parecer impecable, además de necesaria y acorde con las nociones de carrera tanto bajo la égida de la Constitución de 1961, como la de 1999; sin embargo, se topa con un muro de contención, cuando volvemos a la realidad que si bien es cierto, la administración de personal la realiza la D.E.M., cada tribunal opera como un estanco aislado y en consecuencia, la posibilidad de ascenso se trunca dentro de las pocas posibilidades que ofrece un tribunal individualmente considerado: o incluso, un circuito; en especial, cuando la estructura de cargos es plana y lineal, distinguiéndose sólo los cargos de asistentes, archivo, y los de secretario y alguacil, siendo recientemente eliminado el cargo de auxiliar de secretaria²⁰. Este ascenso sólo procedería en cargos de distintos grados de una misma serie²¹.

Verificado que toda la normativa gira en torno a la noción de estabilidad debemos revisar algunas de las normas referentes a deberes, para

¹⁹ Continuamos con indicadores de la intención de crear o crear efectivamente una “carrera” de empleados judiciales.

²⁰ Cabe destacar que lo anteriormente expuesto se refiere a los tribunales unipersonales no incorporados a circuitos, siendo que al constituirse en circuitos, se crean nuevos cargos administrativos y si se trata de cortes tienen incorporado una estructura distinta; sin embargo, de manera igualmente limitada para el reconocimiento del ascenso.

²¹ De tal forma que constituye un error hablar de ascenso de asistente a secretario, o de asistente a abogado, pues si bien corresponden a cargos superiores en responsabilidad y remuneración corresponden a series distintas. Similar obstáculo se encuentra cuando un órgano jurisdiccional ordena la reincorporación a un cargo en un tribunal de manera abstracta, sea cual fuere, con respecto a las vacantes que puedan tener cada uno de los tribunales singularmente considerado, ya que los jueces, por lo general, consideran como coto particular el ingreso a cada tribunal.

posteriormente tratar brevemente lo relativo a la disciplina en materia de personal judicial.

Entre los deberes que exige el estatuto, están recogidos la generalidad de los deberes de cualquier funcionario público reseñados en su oportunidad en la Ley de Carrera Administrativa y en la actual Ley del Estatuto de la Función Pública, entre los que debemos resaltar los indicados en los literales c y d del artículo 20 del Estatuto del Personal judicial, que rezan: “Observar reserva y discreción respecto a los asuntos que se tramitan en el Despacho al cual están adscritos sus servicios, o de los asuntos de los cuales en ejercicio del cargo tengan conocimiento” Y “Vigilar, conservar y salvaguardar los expedientes y otros documentos, bienes e intereses confiados a su guarda, uso o administración y colaborar con el resto del personal judicial en el cumplimiento de este deber”, respectivamente.

La causa de resaltar estos literales lo vemos en las siguientes situaciones de hecho:

Todo funcionario tiene sobre sí el deber de discreción y reserva, que no consiste más que en la práctica prohibición de divulgar asuntos sobre los que tenga conocimiento, por cualquier motivo que sea. Si además, en incumplimiento de ese deber se produce un beneficio indebido bien sea al funcionario o a un tercero, estamos en presencia de un delito.

Por su parte está la condición que acredita a un funcionario como de confianza en razón no del cargo, sino de las funciones que ejerce, que de manera general y conforme lo previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, lo constituye la cercanía a los centros del ejercicio del poder, lo cual se verifica en la redacción del artículo que indica: “Los cargos de confianza serán aquellos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros o viceministras, de los directores o directoras generales y de los directores o directoras o sus equivalentes”. Se supone que en estos despachos, como operadores políticos se toman decisiones Políticas²² y estratégicas, bien para el órgano o para la República. Por otra parte, de acuerdo al ámbito de la ley, puede entenderse que otras funciones distintas a las referidas en el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública también determinan la condición de confianza de un funcionario, pero siempre enmarcado en Ley, tal como sucede en la Ley General de Bancos, Ley del Banco Central, etc.

²² Cuando refiero a decisiones Políticas, me refiero a decisiones estratégicas de Estado en su acepción más pura derivada del latín, relativa a los asuntos de la ciudad y ordenamiento del ciudadano y no a situaciones relacionadas a ninguna orientación ideológica con matices partidistas. De allí, la innecesaria e inusual mayúscula.

De tal forma que no toda persona que deba discreción en el cargo²³ lo convierte en funcionario de confianza, pues la discreción es deber de todo funcionario, siendo que sólo la confidencialidad acentuada o en grado máximo es la que determina la condición del funcionario como de confianza, siempre que tal exigencia se encuentre regulada en Ley.

Se ha tratado de aducir que un funcionario judicial al manipular expedientes judiciales, por la naturaleza y lo delicado que puede ser un expediente en cuanto su contenido, son elementos para considerarlos como de confianza, siendo que el manipular un expediente es función propia del funcionario judicial, como le es propio a cualquier funcionario, el manejo de documento de carácter administrativo

El Capítulo IV del Estatuto se encuentra dedicado a la responsabilidad y régimen disciplinario del funcionario judicial. Así, los artículos 37 y 38 del Estatuto, refiere a la competencia correctiva y la determinación subjetiva, tanto activa como pasiva, indicando:

Artículo 37. En base a lo previsto en los Artículos 113, Ordinal 3° y 123 de la Ley Orgánica del Poder Judicial²⁴, los Tribunales tienen competencia para imponer sanciones correctivas y disciplinarias a los Secretarios, Alguaciles y demás empleados judiciales, cuando cometan faltas en el desempeño de sus funciones. En consecuencia, estos funcionarios quedan sometidos al poder disciplinario del Presidente del Tribunal o el Juez respectivo, según sea el caso quien está facultado para aplicar la sanción correspondiente.

(...)

Artículo 38. En aquellos casos en que los funcionarios judiciales, individualmente o colectivamente; abandonen o dejen de asistir a sus labores, paralicen total o parcialmente sus actividades, ocasionen perjuicio material a la sede o mobiliario, máquinas, herramientas y útiles de los Despachos Judiciales ya sea por propia iniciativa o impulsados por otras personas, asociaciones, sindicatos o cualquier otra organización similar, el Consejo de la Judicatura podrá asumir el poder disciplinario que el Artículo anterior atribuye a los Presidentes de Tribunales, Jueces y Defensores Públicos de Presos.

²³ Que se insiste ES OBLIGACIÓN DE TODO FUNCIONARIO.

²⁴ Con la reforma de la Ley, corresponden a los artículos 91 y 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que indican: “Artículo 91. Los jueces podrán imponer sanciones correctivas y disciplinarias así: 1) A los particulares que falten al respeto y orden debido en los actos judiciales; 2) A las partes, con motivo a las faltas que cometan en agravio de los jueces, o de las otras partes litigantes; y 3) A los funcionarios o empleados judiciales, cuando cometan en el tribunal, faltas en el desempeño de sus cargos con su conducta comprometan el decoro de la judicatura” y “Artículo 98. Los secretarios, alguaciles y empleados de los tribunales están sujetos a la jurisdicción disciplinaria de sus superiores”.

Esta facultad la asumirá excepcionalmente el Consejo de la Judicatura previa calificación de los hechos por la Plenaria y podrá sustanciar los expedientes por intermedio de la Dirección de Personal, Consultoría Jurídica o la Oficina Administrativa Regional correspondiente. En este caso, el procedimiento a seguir será el establecido en el Artículo 45 del presente Estatuto de Personal Judicial.

La redacción ha sido poco eficiente al tratar de soportarse en la norma legal. No podríamos hablar de la potestad correctiva sobre el funcionario, ni referirnos a la potestad del Tribunal. La forma en que está redactado el citado artículo 113 de la derogada Ley Orgánica del Poder Judicial se refería a la facultad correctiva del “tribunal” sobre los particulares y las partes, como un acto administrativo del órgano judicial (tribunal) y la potestad disciplinaria del juez sobre el empleado. No se trata de un mero problema semántico, sino que atribuye competencia e incide incluso sobre formas, pues, por ejemplo, el acto derivado de la facultad disciplinaria es ejercida por la persona (juez) y no por el órgano (tribunal); de allí, que los actos administrativos dictados en ejecución de la potestad disciplinaria están suscritos (o así debería ser) sólo por el juez, sin necesidad que sean refrendados por el secretario.

La vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de 1998, modificó la redacción destacando que la imposición de medidas tanto correctivas como disciplinarias corresponden al juez. Así, aun cuando el Estatuto de Personal Judicial refiere a la potestad del tribunal, a renglón seguido aclara que los funcionarios se encuentran sometidos al poder disciplinario del juez, siendo éste quien en definitiva instruye el expediente e impone la sanción. Refiere la norma al juez (del tribunal unipersonal) o al presidente del tribunal (tribunal colegiado); sin embargo, la creación de circuitos judiciales bien por leyes o normas sublegales, ha modificado en alto grado esta competencia, en el entendido que si bien los tribunales conformados en circuitos judiciales siguen siendo unipersonales en muchos de sus casos, operan bajo un sistema que no tienen operarios propios, sino pertenecientes a un *pool* supervisado por un juez presidente de circuito en unos casos y en otros, por un juez coordinador²⁵.

De tal forma que siendo funcionarios que prestan sus servicios de manera general para el circuito, se entiende que la potestad la tiene el juez presidente conforme a la Ley²⁶, o en todo caso el juez coordinador. El problema se presenta cuando el funcionario presta servicios exclusiva y directamente para un despacho judicial, de manera de determinar si el juez correspondiente a ese despacho tiene la potestad. Considero que en este caso, si el tribunal se

²⁵ Donde también podemos encontrarnos a un funcionario administrativo judicial con denominación de coordinador de circuito.

²⁶ Conforme al mando constitucional recogido en el artículo 269, es la ley, la que regulará la organización de circuitos judiciales.

encuentra constituido como colegiado, no cabe duda que la competencia corresponde al Presidente del Tribunal; más si no se trata de un tribunal colegiado, corresponderá al juez individualmente considerado, que es en definitiva, quien detenta la potestad jerárquica de la que se deriva la potestad disciplinaria²⁷.

La normativa es clara al mantener la competencia para el ejercicio de la potestad disciplinaria en cabeza del juez, pero igualmente establece la norma, un supuesto que la misma norma califica como excepcional, en cuyo caso el Consejo de la Judicatura (entiéndase D.E.M.) puede (potestativo) asumir la potestad e imponerla directamente. Considero, sin embargo, que para el ejercicio de esta excepcional competencia por parte de la D.E.M., o incluso, de manera ordinaria por el juez en los mismos supuestos, si se trata de un paro o huelga²⁸, debe primeramente revisarse si la convocatoria cumplió con los requisitos de ley, y no se trate de un paro indebido²⁹, pues de tratarse eventualmente de un paro debidamente convocado, no puede tomarse ninguna medida contra los funcionarios, pues constituiría violaciones a pactos internacionales.

Véase entonces que la potestad para imponer actos de corte disciplinario, especialmente el de destitución, corresponde al Juez o Presidente del Tribunal, según sea el caso y excepcionalmente compartido con el Director de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Revisando el artículo referido al procedimiento a seguir en caso de faltas que ameriten suspensión o destitución, debe acotarse que si bien el mismo es preconstitucional, comparte en lo general las exigencias del artículo 49 Constitucional, sin embargo a mi entender, independientemente de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia, existe un elemento insalvable y que contraría expresamente lo estipulado de manera especial en el numeral 6 del artículo 49, y es la exigencia previsión legal de faltas y sanciones, que ha de administrarse con la reserva legal que arguye el artículo 156.32 de la misma Constitución³⁰. Es decir, difícilmente puede aceptarse la imposición de

²⁷ Este es un criterio general, sin embargo, debe revisarse en cada caso concreto la forma de estructuración y creación del circuito y del tribunal, para determinar la competencia al caso concreto.

²⁸ Al respecto conviene revisar el trabajo publicado por la Organización Internacional del Trabajo “Principios de la OIT sobre el derecho a huelga”, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_087989.pdf

²⁹ Haciendo la aclaratoria que en servicios públicos, la figura de paros y otras manifestaciones del derecho colectivo tiene sus especificaciones propias.

³⁰Al respecto conviene revisar el enjundioso Documento de Trabajo de la Comisión Andina de Juristas, elaborado por Luis Alberto Huerta Guerrero, investigador de la institución, con la colaboración de Luis Enrique Aguilar Cardoso, titulado “EL DEBIDO PROCESO EN LAS

sanciones y configuración de un procedimiento, SI NO HAY LEY PREXISTENTE, que no es el caso que nos ocupa, aun cuando el Tribunal Supremo considere, en su decisiones, que los actos normativos en estos casos, tienen rango de Ley.

Considero oportuno cerrar esta parte, revisando la posibilidad de reducción de personal en el poder judicial. Conforme a la Resolución 2001-004, dictada por la Sala Plena del Tribunal de Justicia y publicada en la Gaceta Oficial N° 37.242, de fecha 18 de julio de 2001, sustentándose además en el artículo 5, literal 'h' de la Normativa sobre Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, se resolvió declarar en proceso de reorganización administrativa tanto a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como a la Inspectoría General de Tribunales, al Servicio de la Defensa Pública y a la Escuela Judicial, procediendo en consecuencia, el Director de la D.E.M. a remover a una larga lista de personas.

Sin embargo, el artículo 3 de dicha resolución, contiene una serie de normas taxativas que prevén el modo en que debía llevarse a cabo el proceso de reorganización administrativa de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de la Inspectoría General de Tribunales, del Servicio de Defensa Pública y de la Escuela Judicial, indicando que el Comité Directivo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura tiene entre otras, la facultad de "Presentar a la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia las propuestas de reorganización administrativa y funcional, tanto de las dependencias centrales de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura como de las Direcciones Administrativas Regionales".

En esa oportunidad la representación judicial de la D.E.M., en los juicios que se llevaron en los distintos tribunales contencioso administrativos, no soportó su defensa en el cumplimiento cierto de dichos requisitos y la respectiva prueba de tal sustento, sino en el alegato que el citado artículo 3 contiene normas de carácter facultativas, normas que podían o no ser cumplidas por la Administración, quedando a su plena discrecionalidad la aplicación o no de las mismas, no siendo en consecuencia el literal "a" del artículo 3 de la Resolución 2001-0004, una obligación a ser cumplida por la Comisión Judicial.

DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 8° DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)", en <http://www.procesal1-catedra2.com.ar/sites/procesal1-catedra2.com.ar/files/CIDH-debido%20proceso%20constitucional.pdf> . Igualmente el trabajo "DERECHOS DE LOS PARTICULARES EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS (Adaptado a la Constitución de 1999)" de Carmelo de Grazia Suárez en http://carmelodegrazia.com/articulos/uno_DERECHOS.htm

Debe destacarse que se trata de requisitos que afectarían no sólo la estabilidad de los funcionarios, sino en el supuesto que pudiera aducirse que carecen de estabilidad, la afectación de tal cúmulo de personas requiere, en el mejor de los casos, el cumplimiento de condiciones que la misma norma impone.

Se observa así el desdén con que en el templo de la justicia (entiéndase T.S.J. y su operador administrativo D.E.M.) han tratado en algunas oportunidades la aplicación de la justicia, el poco rigor con que se han manejado normas legales de riguroso cumplimiento, y lo que es peor, la forma en que se ha tratado la Constitución y sus mandatos en materia de función pública y debido proceso.

En este sentido, el Tribunal Supremo de Justicia y en especial, su Sala Constitucional, le hace un flaco favor al Estado de Derecho y al País, con una serie de decisiones en las cuales lejos de imponer orden y hacer respetar la Constitución en todo su alcance, justifica instrumentos sublegales que imponen sanciones. La oportunidad se encuentra servida en bandeja de plata, si se unifica la normativa y aclara de una vez por todas el sistema, a través de la reforma de alguna de las leyes que atienden al sistema; en especial, la Ley Orgánica del Poder Judicial, o por qué no, una ley nacional que atienda a la función pública en toda su extensión, sin cortapisas y sin exclusiones injustificadas.

2. De la decisión N° 1.478 de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, Sala “Accidental B”, expediente N° AP42-R-2013-000058

Corresponde revisar la decisión de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo N° 1478 del 16 de julio del año 2013, mediante la cual señala que todos los empleados del poder judicial son de libre nombramiento y remoción. A los fines de su revisión, consideramos pertinente transcribir el texto íntegro de la decisión, para posteriormente, revisar los puntos que consideramos más importantes.

2.1. Del texto de la sentencia

SENTENCIA 1478. Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Sala
“Accidental B”

JUEZ PONENTE: ALEXIS JOSÉ CRESPO DAZA
Expediente N° AP42-R-2013-000058

En fecha 18 de enero de 2013, se recibió en la Unidad de Recepción y Distribución de Documentos (URDD) de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, Oficio N° 12/1319, de fecha 7 de diciembre de 2012, emanado del Juzgado Superior Segundo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, anexo al cual remitió el expediente contentivo del recurso contencioso administrativo

funcionarial interpuesto por la ciudadana ARLINA DEL VALLE GORRÍN, titular de la Cédula de Identidad N° 6.159.739, asistida por el abogado Hermann Vásquez Flores, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el Nro. 35.213, contra la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA.

Dicha remisión se efectuó en virtud de la apelación ejercida en fecha 29 de noviembre de 2012, por el abogado Néstor Enrique Zarzalejo Romero inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el Nro. 162.983, actuando en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por órgano de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura con el carácter de sustituto de la Procuradora General de la República, contra el fallo dictado por el referido Juzgado en fecha 13 de agosto de 2012, mediante el cual declaró Parcialmente Con Lugar el recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto.

En fecha 24 de enero de 2013, se dio cuenta a la Corte y se designó ponente al Juez Alexis José Crespo Daza. Asimismo se ordenó la aplicación del procedimiento de segunda instancia previsto en el artículo 90 y siguientes de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y se fijó el lapso de diez (10) días de despacho, dentro de los cuales la parte apelante debía presentar las razones de hecho y de derecho en que se fundamentaba la apelación interpuesta.

El 14 de febrero de 2013, fue consignado por la parte apelante el escrito de fundamentación a la apelación.

En fecha 15 de febrero de 2013, la Secretaria Accidental de este Órgano Jurisdiccional, dejó constancia del inicio del lapso de cinco (5) días de despacho para la contestación a la fundamentación de la apelación, el cual venció el 5 de marzo del mismo año.

En fecha 20 de febrero de 2013, fue reconstituida esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en virtud de la incorporación del Dr. Gustavo Valero Rodríguez, siendo que mediante sesión de esa misma fecha fue elegida la nueva Junta Directiva, la cual quedó integrada de la siguiente manera: ALEJANDRO SOTO VILLASMIL; Juez Presidente, GUSTAVO VALERO RODRÍGUEZ; Juez Vicepresidente y ALEXIS JOSÉ CRESPO DAZA, Juez.

El 25 de febrero de 2013, esta Corte se abocó al conocimiento de la presente causa en el estado en que se encontraba.

En fecha 11 de marzo de 2013, vencido como se encontraba el lapso para la contestación a la fundamentación, de conformidad con lo previsto en el artículo 93 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se ordenó pasar el expediente al Juez ponente, a los fines que dictara la decisión correspondiente. En esa misma fecha, se pasó expediente al Juez ponente.

En fecha 13 de marzo de 2013, la ciudadana Arlina Gorrín, debidamente asistida por la abogada Fela Martín, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el Nro. 20.495, consignó escrito de consideraciones.

En fecha 19 de marzo de 2013, el abogado Gustavo Valero Rodríguez, en su condición de Juez Vicepresidente de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, suscribió acta mediante la cual, de conformidad con lo dispuesto

en el artículo 42 numeral 6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se inhibió del conocimiento de la presente causa contentiva de la apelación ejercida por el abogado Néstor Enrique Zarzalejo Romero, anteriormente identificado, contra la decisión dictada por el Juzgado Superior Segundo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, en fecha 13 de agosto de 2012. En esa misma fecha se ordenó la apertura del cuaderno separado a los fines del conocimiento de la inhibición planteada.

El 21 de marzo de 2013, la Presidencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo dictó decisión mediante la cual declaró con lugar la inhibición presentada por el Juez Gustavo Valero Rodríguez, ordenó constituir la Corte Accidental, y librar las notificaciones correspondientes de conformidad con lo previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil

El 26 de marzo de 2013, el Alguacil de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo consignó Oficio de notificación dirigido al ciudadano Juez Vicepresidente de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, recibido en esa misma fecha.

En fecha 9 de abril de 2013, el Alguacil de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo consignó Oficio de notificación dirigido a la ciudadana Arlina Del valle Gorrín, recibida en fecha 8 del mismo mes y año.

En fecha 9 de abril de 2013, el Alguacil de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo consignó Oficio de notificación dirigido al Director Ejecutivo de la Magistratura, recibida en la Dirección de correspondencia en esa misma fecha.

En fecha 6 de mayo de 2013, el Alguacil de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, consignó Oficio de notificación dirigido a la Procuraduría General de la República, el cual fue recibido en fecha 22 de abril de 2013.

En fecha 7 de mayo de 2013, se dictó auto mediante el cual se declaró que en virtud de la decisión de fecha 21 marzo de 2013 y notificadas como se encontraban las partes, la constitución de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Accidental “B”, y debido a la imposibilidad de su Constitución por el Sistema Juris 2000 la misma se realizó de forma manual.

En fecha 7 de mayo de 2013, se pasó expediente a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Accidental “B”.

En fecha 8 de mayo de 2013, se dio cuenta a esta Corte y en cumplimiento a lo establecido en el acuerdo N° 31 de fecha 12 de noviembre de 2009 y por cuanto en fecha 1 de abril de 2013, fue reconstituido este Órgano Jurisdiccional, en virtud de la incorporación del Dr. Gustavo Valero Rodríguez, y mediante sesión de esa misma fecha, fue elegida la nueva Junta Directiva, la cual quedó constituida de la siguiente manera: Alejandro Soto Villasmil, Juez Presidente; Alexis José Crespo Daza, Juez Vicepresidente; y José Valentín Torres, Juez, esta Corte se abocó al conocimiento de la presente causa en el estado en que se encontraba, reanudándose la misma una vez transcurrido el lapso establecido en el artículo 48 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y se ratificó la ponencia del Juez Alexis José Crespo Daza.

En fecha 20 de mayo de 2013, vencido como se encontraba el lapso fijado mediante auto de fecha 8 de mayo de 2013, se ordenó pasar el expediente al Juez ponente, a los fines que dictara la decisión correspondiente.

En fecha 28 de mayo de 2013, se pasó expediente al Juez ponente.

Examinadas las actas procesales que conforman el presente expediente, pasa esta Corte a realizar las siguientes consideraciones:

I

DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL INTERPUESTO

En fecha 10 de marzo de 2011, la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín, debidamente asistida por el ciudadano Hermann Vásquez Flores, interpuso recurso contencioso administrativo funcionarial, contra la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el cual se fundamentó en los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

Narró, que ingresó a la Administración Pública “(...) Desde el año 1972 en el IVSS, en la Caja Regional de Quinta Crespo, como archivista (...)”; y que “En fecha quince (15) de septiembre del año 1989, ingresé como mecanógrafa del extinto Consejo de la Judicatura en la Inspectoría de Tribunales, posteriormente fui ascendida a Asistente de Tribunal (grado 04) y finalmente Asistente (grado 06) siendo este mi último cargo adscrito a los tribunales laborales del Régimen Procesal Transitorio para el Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas (...)”.

Señaló, que “Desde mi ingreso al Poder Judicial en el año 1989, he desempeñado mis labores en forma óptima, obteniendo alto puntaje en las evaluaciones de desempeño aplicadas y por ende acreedor de primas altas, según la clasificación de prima al merito (sic) estipulada en la clausula (sic) 15 de la convención colectiva (...)”.

Manifestó, que “(...) impugnó (sic) la resolución No. 584, de fecha diez (10) de diciembre de 2010, en la cual fui removida y retirada del cargo de Asistente de Tribunal, adscrito al Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, suscrito por el Director Ejecutivo de la Magistratura, (...) contentivo en oficio (sic) 346, de la misma fecha, y del cual fui notificada en fecha (15) de diciembre de 2010 (...)”.

Señaló, que “(...) esta arbitraria medida de remoción y retiro del cargo, contenida en la Resolución No 584, (...) está viciada de nulidad absoluta, por las siguientes violaciones e infracciones a la constitución (sic) y a las leyes (...)”.

Adujo, respecto de la competencia del funcionario que dicta el Acto Administrativo que “El Circuito Judicial del Trabajo, se creó mediante la resolución No. 2003-00018 la cual establece que el mismo está dirigido por un Juez Presidente quien ejerce la Dirección Administrativa y Funciones Institucionales del mismo y en la resolución 1475, de fecha 03 de octubre de 2003, en los artículos 1 y 2, se establece como estará estructurado el mismo”.

Que “En la resolución No. 70 de fecha 27 agosto de 2004, en su artículo 3, numeral 4, se le atribuye al Presidente ó (sic) Juez Coordinador la potestad disciplinaria sobre los funcionarios judiciales, igualmente le otorga la facultad de remover a los funcionarios de libre nombramiento y remoción que supervise en la correspondiente Circunscripción o sede judicial”.

Continuó indicando, que “(...) La Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo 100 establece que las faltas de los secretarios, alguaciles y demás empleados de los tribunales serán sancionados por el Juez Presidente del Circuito o el juez, según sea el caso; y la ley del Estatuto del Personal Judicial, establece en su artículo 37 que los funcionarios quedan sometidos al poder disciplinario del Presidente del Tribunal o el juez respectivo, según el caso quien está facultado para aplicar la sanción correspondiente”.

Que “(...) puede concluirse que de las Resoluciones emanadas de la propia Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de la Ley del Estatuto del Poder Judicial así como la Ley del Poder Judicial el facultado para imponer sanciones a los empleados judiciales es el Juez o el Presidente del Circuito, tal como lo estableció la Corte Segunda en sentencia de fecha 10 de octubre de 2010 caso Alicia Mercedes Carrasco contra el Circuito Judicial Penal del Estado Lara”.

Alegó, que “(...) la persona competente para removerme del cargo era el Presidente del Circuito, y no el Director Ejecutivo de la Magistratura, en virtud de lo antes expuesto, solicito la nulidad absoluta de la resolución No. 593 de fecha 10 de diciembre de 2010; de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

Esgrimió, falso supuesto toda vez que “(...) el acto administrativo dictado por el (...) Director Ejecutiva de la Magistratura, mediante el cual se me remueve y me retira del cargo de asistente, por ser considerado de confianza, en virtud de las funciones que me eran encomendadas, está viciado de nulidad (...)”.

Señaló, que “(...) la Ley del Estatuto de la Función Pública define cuales son los cargos de confianza en sus artículos 21, 46 y 53, a saber, que los mismos requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública”.

Manifestó, que “Ha sido criterio reiterado tanto por la Corte Contenciosa (sic) como por la Sala Política Administrativa que si la administración pública remueve a un funcionario o realiza un acto de remoción es porque considera que tal funcionario desempeña un cargo de libre nombramiento y remoción, pero la doctrina dominante y así lo ha sostenido la jurisprudencia, que si la administración considera que el cargo es de libre nombramiento, remoción o de confianza debe indicar en el propio acto administrativo las funciones que desempeña el funcionario de manera precisa como para determinar que tal cargo es de libre remoción y de no ser así el acto administrativo estaría viciado de nulidad absoluta por inmotivación”.

Narró, que “(...) desde mi ingreso al Poder Judicial, ocupe el cargo de asistente, cuyas funciones de acuerdo al Manual de Organización de las Oficinas de

Servicios Comunes Procesales del Circuito Judicial del Trabajo eran las siguientes: admitir demandas, ofertas de pagos y librar carteles; transcribir y librar las boletas de despacho saneador fundamentado previamente por el Juez; acordar las solicitudes de copias y certificarlas una vez que sean consignadas (sic) las partes; acordar las devoluciones de originales solicitados por las partes; dar por recibidos los expedientes; oír las apelaciones de expedientes que son remitidos a juicio o a superiores”.

Señaló, que “(...) el cargo de asistente el cual conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial la cual remite al Estatuto del Personal Judicial, es calificado como personal de carrera que goza de estabilidad, esto deviene en lo señalado por estas normas al determinar expresamente que en este tipo de cargos para proceder a su destitución remoción y retiro debe previamente cumplirse con el procedimiento previo típico de los funcionarios de carrera. (...) que los únicos funcionarios exceptuados por la Ley del cumplimiento del mencionado procedimiento previo son los funcionarios de libre nombramiento y remoción, que se encuentran expresamente mencionados en la Ley del Estatuto de la Función Pública y el Estatuto del Personal Judicial; en ninguna disposición aparece que el Asistente de Tribunal ejerza funciones que pudieran calificarse como de confianza ni mucho menos de libre nombramiento y remoción, lo cierto es, que este tipo de funcionarios ha sido calificado como personal auxiliar de la administración, por tanto funcionario (sic) de carrera”.

Esgrimió, que “(...) el acto de remoción y retiro del cual he sido objeto, se encuentra manifiestamente viciado por haber incurrido el Director Ejecutivo de la Magistratura en falso supuesto, al haber establecido falsamente una calificación al cargo que venía desempeñando y estableciendo una consecuencia que afectó directamente mis derechos constitucionales”.

Que “(...) La Administración, cuando dicta un acto administrativo, no puede actuar caprichosamente, sino que tiene que hacerlo, necesariamente, tomando en consideración las circunstancias de hecho que se corresponden con la base o fundamentación legal que autoriza su actuación”.

Alegó, que “(...) todo acto administrativo, para que pueda ser dictado, requiere: a) que el órgano tenga competencia; b) que una norma expresa autorice la actuación; c) que el funcionario interprete adecuadamente esa norma; d) que constate la existencia de una serie de hechos del caso concreto, y e) que esos supuestos de hecho concuerden con la norma y con los presupuestos de hecho. Todo ello es lo que puede conducir a la manifestación de voluntad que se materializa en el acto administrativo”.

Continuó indicando, que “(...) La Resolución N° 584, de fecha 10 de diciembre de 2010, contiene las siguientes características: a) El Director Ejecutivo de la Magistratura, no tiene competencia para proceder a mi remoción y retiro del cargo como Asistente de Tribunal. (...) b) No existe ninguna norma expresa que autorice la remoción y retiro del cargo que venía (sic) desempeñando como Asistente de Tribunal: Todo lo contrario, lo que sí existe es la prohibición

constitucional y legal expresa para proceder a esta remoción y retiro en mi condición de funcionario público de carrera (...) c) El Director Ejecutivo de la Magistratura no interpretó adecuadamente la norma que fundamentó la remoción y retiro; no constató existencia de una serie de hechos del caso concreto, y los supuestos de hecho no concuerdan con la norma (...).

Finalmente, solicitó la nulidad del acto administrativo de remoción y retiro, contenido en la Resolución N° 584 de fecha 10-12-2010, suscrito por el Director Ejecutivo de la Magistratura ciudadano Francisco Ramos Marín, con la consecuente reincorporación al cargo de Asistente de Tribunal adscrita al Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas o a un cargo de igual jerarquía y con la misma remuneración, con el reconocimiento del lapso que estuvo separada como tiempo efectivo de servicio, y consecuentemente, el pago de todas las remuneraciones dejadas de percibir, “(...) compuesto por el salario, prima de antigüedad, prima de profesionalización, prima de mérito (...)” desde “(...) la inconstitucional e ilegal remoción y retiro de fecha 15 de diciembre de 2010 hasta el momento en que se ejecute la sentencia con la efectiva reincorporación al Poder Judicial, consideración que la misma constituye la indemnización por el daño ocasionado”.

II

DE LA FUNDAMENTACIÓN A LA APELACIÓN

En fecha 14 de febrero de 2013, la abogada Beatriz Carolina Galindo Bravo, inscrita en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el Nro. 150.518, actuando en representación de la República Bolivariana de Venezuela por órgano de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, presentó escrito contentivo de la fundamentación a la apelación interpuesta contra la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Noveno de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, en fecha 13 de agosto de 2012, mediante el cual declaró Parcialmente Con Lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto, con base a los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

Alegó, que el Tribunal a quo “(...) incurrió en el vicio del falso supuesto de hecho al haber afirmado que el cargo de Asistente de Tribunal es un cargo de carrera, cuando lo cierto es que al mismo le son inherentes funciones que implican un alto grado de confidencialidad por parte del funcionario que las ejerce”.

Señaló, que “(...) conviene puntualizar que el cargo de Asistente de Tribunal, como cargo de libre nombramiento y remoción, -a diferencia de los de carrera- presupone un elevado nivel de compromiso y responsabilidad con el organismo administrativo en el cual se desempeña el funcionario, toda vez que el ejercicio del mismo puede implicar un alto nivel de discreción respecto de la información sensible que maneja. De esta manera, son considerados como ‘de confianza’, puesto que el análisis de las actividades desempeñadas por estos funcionarios les permite tener pleno conocimiento sobre el contenido de los actos y decisiones que emanan de los órganos jurisdiccionales antes que sean publicados”.

Agregó, que “(...) dentro de las funciones de los Asistentes de Tribunal, se encuentra la labor de transcripción y redacción de documentos, que si bien en sí misma no puede considerarse como actividad de confianza, lo cierto es que la confidencialidad deriva de la información que maneja el funcionario y el conocimiento previo que tiene del caso, para que se produzcan las decisiones del tribunal, lo cual permite afirmar que la recurrente ejercía actividades que le permitían tener acceso, se reitera, a ese conocimiento anticipado. Esto a todas luces implica alta confiabilidad dentro de los tribunales, de allí se observa que la accionante desempeñaba un cargo de libre nombramiento y remoción, y que por tanto, la sentencia está viciada de falso supuesto de derecho”.

Denunció, que “(...) se encuentra viciado de falso supuesto de derecho, toda vez que el juez le reconoció a la ciudadana ARLINA DEL VALLE GORRÍN la condición de funcionario de carrera, cuando lo cierto es que su ingreso a la Administración no obedeció al cumplimiento del requisito de someterse a un concurso público”. (Negritas y Mayúsculas del escrito).

Narró, que “De las actas que rielan en el expediente personal de la querellante se evidencia que su ingreso al Poder Judicial se produjo mediante nombramiento realizado en fecha 15 de septiembre de 1989, momento para el cual el artículo 35 de la Ley de Carrera Administrativa, por remisión expresa del artículo 122 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, vigente *ratione temporis*, establecía que ‘La selección para el ingreso a la carrera administrativa se efectuará mediante concursos (...)’, directriz que posteriormente fue consagrada en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en virtud de las formas irregulares de ingreso a la carrera administrativa que reconocía la jurisprudencia en materia funcionarial. En atención a ello, se desprende que solo puede ser funcionario de carrera quien previamente haya sido sometido a un concurso público”.

Explicó, que “(...) la accionante no ingresó a la Administración Pública con ocasión a la aprobación del requisito exigido por la Ley de Carrera Administrativa, vigente para el momento en que comenzó a prestar servicios al Poder Judicial, por lo que, no debe ser considerada como ‘funcionaria de carrera’. Como corolario de lo anterior, mal podía el a quo reconocerle los derechos propios de las formas funcionariales que le son inherentes a aquellos que ingresaron a la Administración cumpliendo la referida exigencia legal, razón por la cual no debe reconocérsele estabilidad dentro del Poder Judicial” y que “En atención a las consideraciones expuestas se concluye que la sentencia apelada está viciada de falso supuesto de derecho y así solicito sea declarado”.

Finalmente, solicitó que se declare Con Lugar el recurso de apelación ejercido, se revoque la sentencia apelada y en consecuencia declare Sin Lugar la querrela funcionarial.

III

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

1.- De la competencia:

Previo a cualquier pronunciamiento, corresponde a esta Alzada verificar su competencia para conocer el presente asunto, para lo cual observa que dentro del ámbito de competencias de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, se encuentra el conocimiento de las apelaciones interpuestas contra las decisiones dictadas por los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, y siendo que esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, ostenta sus competencias conforme lo previsto en el artículo 1° de la Resolución número 2003-00033, de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 37.866, de fecha 27 de enero de 2004, en concordancia con el numeral 7 del artículo 24 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.451, de fecha 22 de junio de 2010, la cual establece que los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -aún Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo- son los competentes para conocer de las apelaciones y las consultas de ley, de las decisiones de los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales mantienen la denominación de Juzgados Superiores Regionales de lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo cual esta Corte resulta competente para conocer como Alzada natural de las decisiones dictadas por los Juzgados Superiores con competencia contencioso-administrativa en materia de función pública. Así se declara.

2.- Del recurso de apelación:

La presente controversia tiene ocasión en virtud del recurso contencioso administrativo funcional interpuesto ante el Juzgado Superior Segundo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital por el abogado Néstor Enrique Zarzalejo Romero, actuando en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por órgano de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura con el carácter de sustituto de la Procuradora General de la República, contra el fallo dictado por el referido Juzgado en fecha 13 de agosto de 2012 mediante el cual declaró Parcialmente Con Lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto, por la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín, asistida por el abogado Hermann Vásquez Flores, contra la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

DEL VICIO DE FALSO SUPUESTO.-

Sobre este punto, observa esta Alzada que en el escrito de fundamentación de la apelación la representación judicial de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, alegó que el Juez a quo incurrió en el vicio de falso supuesto al haber afirmado que el cargo de Asistente de Tribunal es un cargo de carrera cuando en realidad ejerce funciones que implican un alto grado de confidencialidad y por ende es un cargo de libre nombramiento y remoción; asimismo, incurrió en falso supuesto de derecho al reconocerle a la querellante la condición de funcionario de carrera cuando su ingreso a la Administración no obedeció al cumplimiento de los requisitos para que sea reconocida como funcionario de carrera.

Respecto del vicio de falso supuesto en el que, a decir del apoderado judicial de la parte recurrida, incurrió el fallo apelado, el cual se conoce como suposición falsa, desde el punto de vista procesal, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 01507 de fecha 8 de junio de 2006, caso: EDMUNDO JOSÉ PEÑA SOLEDAD VS. C.V.G. FERROMINERA ORINOCO COMPAÑÍA ANÓNIMA, señaló respecto de la suposición falsa que: “(...)Asimismo, se ha dicho que para la procedencia del alegato de suposición falsa, es necesario demostrar que el error de percepción cometido por el juzgador resulta de tal entidad, que en caso de no haberse producido otro habría sido el dispositivo del fallo recurrido; por tanto, puede constatarse la existencia de la suposición falsa, pero si ésta resultare irrelevante para el cambio del dispositivo no sería procedente, por resultar francamente inútil.

(...Omissis...)

Por lo tanto, si bien no está establecida en forma expresa como una causal de nulidad de acuerdo a las normas señaladas, debe entenderse que, cuando el juez se extiende más allá de lo probado en autos, es decir, atribuye a instrumentos o actas del expediente menciones que no contienen, o dé por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente, estará sacando elementos de convicción y supliendo excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados; en consecuencia, no estará dictando una decisión expresa, positiva y precisa respecto del material probatorio y estará infringiendo las disposiciones de los artículos 12 y 243, ordinal 5°, del Código de Procedimiento Civil (vid. Sentencia N° 4577 de fecha 30 de junio de 2005)”. (Destacado de esta Corte).

Por su parte, esta Corte Segunda se ha acogido al criterio supra transcrito, señalando respecto de la suposición falsa que “(...) es necesario que el Juez al dictar la sentencia que resuelva el fondo del asunto, haya establecido un hecho positivo y concreto sin respaldo probatorio en el expediente, o bien por atribuir a un instrumento del expediente menciones que no contiene, aunado al hecho de que de no haberse producido tal inexactitud, otro hubiere sido la resolución del asunto planteado”. (Vid. Sentencia N° 2008-1019, de fecha 11 de junio de 2008, caso: ÁNGEL EDUARDO MÁRQUEZ VS. MINISTERIO FINANZAS, y la N° 2008-1305 de fecha 16 de julio de ese mismo año, caso: TRINO DEL VALLE GARCÍA VALLES VS. MINISTERIO DEL PODER POPULAR PARA EL TRABAJO).

Así, entiende esta Corte que la apelante argumentó que el cargo de Asistente de Tribunal era un cargo de libre nombramiento y remoción en virtud de la confidencialidad, y que la querellante no debía ser reconocida como funcionario de carrera debido a que su ingreso no cumplió con los requisitos legales para ser considerada como tal.

Ahora bien, en fecha 24 de mayo de 2012, el Tribunal a quo se pronunció estableciendo que:

“En el caso que nos ocupa el cargo que ostentaba la hoy querellante era el de Asistente de Tribunal (Grado 6) adscrito al Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, y a decir de la parte querellada, ‘...no se desprende del expediente personal de la querellante que su ingreso haya obedecido a un concurso público de conformidad con las previsiones constitucionales vigentes, lo cual es determinante para desvirtuar la condición de funcionario de carrera.’ y que en consecuencia ‘el Director Ejecutivo de la Magistratura bien podría proceder a su remoción y retiro del cargo de Asistente de Tribunal, (...)’

Del análisis de las actas y específicamente del acto objeto de impugnación, el cual corre inserto al folio 45 del expediente judicial, no se evidencia que la Administración haya justificado que el cargo de Asistente de Tribunal (Grado 6), sea de libre nombramiento y remoción, ya que no se especificaron en el acto administrativo las funciones inherentes al cargo y tampoco consta en el presente expediente el Organigrama del órgano querellado, ni instrumento alguno que permita verificar que el cargo ejercido por la hoy querellante es de los considerados de libre nombramiento y remoción, en correspondencia con los criterios jurisprudenciales expuestos anteriormente.

Ahora bien, riela a los folios 120 al 122 del expediente judicial copia simple del Manual Descriptivo de Cargos ‘Asistente de Tribunal Grado 6’, emanado de la Dirección de Estudios Técnicos de la Dirección General de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, donde se pueden evidenciar las ‘labores específicas’ del cargo, las cuales son las siguientes:

(...Omissis...)

Visto lo anterior (...), considera este Juzgado que, las funciones asignadas al cargo de Asistente de Tribunal Grado 6 no requieren un alto grado de confidencialidad, ni están enmarcadas dentro de las actividades de seguridad del Estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, expresamente indicadas en el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, motivo por el cual, dado a que en ningún momento en la presente causa fue demostrado por parte de la Administración, que el cargo ocupado por la hoy querellante encuadra dentro de los señalados como de alto nivel o de confianza, esto es, de libre nombramiento y remoción, resulta forzoso dejar establecido que el cargo de Asistente de Tribunal Grado 6, es un cargo de carrera. Así se decide

En cuanto al alegato de la parte querellada en cuanto a que ‘...no se desprende del expediente personal de la querellante que su ingreso haya obedecido a un concurso público de conformidad con las previsiones constitucionales vigentes, lo cual es determinante para desvirtuar la condición de funcionario de carrera’, (...)

Vistos los criterios jurisprudenciales transcritos, los cuales acoge este Juzgado, dado que no consta en autos que la querellante haya ingresado a la Administración mediante el cumplimiento del requisito del concurso público, deben precisarse dos escenarios; en primer término tal y como ha quedado demostrado en autos que el ingreso de la accionante fue anterior a la entrada en

vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y, por cuanto la aludida sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo de fecha 21 de noviembre de 2008 indicó que ‘en cuanto a los funcionarios que ingresaron bajo los supuestos aquí tratados con anterioridad a la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, la antigua Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo estableció los alcances de dicha forma de ingreso, reconociéndole un status de funcionario de carrera a éstos’, la recurrente detenta la condición de funcionario de carrera; en segundo término, se debe señalar que si ésta hubiese ingresado al Poder Judicial después de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la misma ostentaría una estabilidad provisional o transitoria en los términos indicados en la jurisprudencia transcrita. Dicho lo anterior resulta forzoso para este Juzgado declarar la nulidad del acto de remoción y retiro dictado por el Director Ejecutivo de la Magistratura, el cual fue notificado a la hoy querellante en fecha 15 de Diciembre de 2010, resultando inoficioso pronunciarse sobre los demás alegatos expuestos en el escrito contentivo de la querrela interpuesta. Así se decide.

Como consecuencia de la nulidad del acto impugnado, se ordena la reincorporación de la querellante al cargo que desempeñaba, o en otro cargo de igual o superior jerarquía y remuneración. Así se decide.

Igualmente se ordena el pago de los sueldos dejados de percibir, desde su ilegal retiro hasta su efectiva reincorporación. Igualmente se ordena el pago de los demás beneficios dejados de percibir, que no requieran la prestación efectiva del servicio. Así se decide”. (Negrilla y resaltado del a quo).

De cara a la denuncia formulada, corresponde a esta Corte pronunciarse sobre el tema medular o neurálgico de la presente controversia a efectuar una determinación de la naturaleza cargo que desempeñaba la ciudadana Arlina del Valle Gorrín, es decir, si ocupaba un cargo de carrera o un cargo de libre nombramiento y remoción y en función de ello poder establecer si efectivamente era susceptible de remoción y posterior retiro, y si ostentaba la condición de funcionario de carrera a los efectos de la estabilidad.

En este sentido y respecto a estas dos categorías de funcionarios, es de indicar que los cargos de carrera responden a una sujeción especial de dependencia con los altos jefes del Órgano de la Administración, dependencia que no sólo se vincula con el cumplimiento de un horario estricto, de forma diaria, sino con preciso apego a las directrices de un superior, es decir, efectuando una actividad subordinada para el cumplimiento de determinados fines o de un determinado servicio público. Son los llamados cargos administrativos (tecnificados) que, en esencia, deben necesariamente ser ocupados por funcionarios de carrera, destacando la particularidad que para ocupar dichos cargos, se requiere que se hayan sometido y aprobado el concurso público, así como el período de prueba. Con ello, se pretende alcanzar la eficiencia en la gestión administrativa, a través de ciertos instrumentos, los cuales sirven, para asegurar que el Estado cuente con

los servidores apropiados (a través de los concursos y evaluaciones), y, para proteger al funcionario frente a la tentación autoritaria (la estabilidad). (Vid. Sentencia N° 2008-1596, del 14 de agosto de 2008, caso: Oscar Alfonso Escalante Zambrano Vs. Cabildo Metropolitano de Caracas; y sentencia N° 2008-775, del 13 de mayo de 2008, caso: Perla Unzueta Hernando Vs. Contraloría del Municipio Chacao del Estado Miranda; dictadas por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo).

En cuanto a los funcionario de libre nombramiento y remoción, es de señalar que conforme a la Ley del Estatuto de la Función Pública, específicamente el artículo 20 de la prenombrada ley, existen dos (2) categorías de funcionarios de libre nombramiento y remoción dentro la estructura organizativa de los entes públicos del Estado, en primer lugar, encontramos a los funcionarios ocupan cargos de alto nivel, que son aquellos cargos que debido al nivel jerárquico que ocupan dentro de la estructura organizativa del órgano administrativo, gozan de un elevado grado compromiso y responsabilidad; y en segundo lugar, los funcionarios que son considerados de confianza, en virtud del alto grado de confidencialidad de las funciones que desempeñan.

La similitud entre los cargos señalados es que en ambos supuestos legales son considerados como funcionarios de libre nombramiento y remoción, por lo que no gozan de estabilidad en el cargo, pudiendo ser removidos en cualquier momento, sin que mediase falta alguna y sin procedimiento administrativo previo, caso contrario a lo que ocurre con los cargos de carrera.

En cuanto a la distinción de los funcionarios de carrera y los funcionarios de libre nombramiento y remoción, la propia Ley del Estatuto de la Función Pública los define (artículo 19), al señalar que “serán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes habiendo ganado el concurso público, superado el periodo de prueba y en virtud de nombramiento, preste servicios remunerado y con carácter permanente”. En tanto que “serán funcionarios o funcionarias de libre nombramiento y remoción aquellos que nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas en esta Ley”.

Ahora bien, en el presente caso se observa que el recurrente de autos ejercía el cargo de Asistente de Tribunal adscrita al Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, asimismo, destaca esta Corte que con ocasión al acto de exhibición de documentos solicitado por la parte actora y llevado a cabo en fecha 20 de septiembre de 2011 ante el Tribunal de Instancia, como se desprende del acta inserta al folio 119 del expediente judicial, la representación judicial de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, exhibió y consignó en copia simple, el Manual Descriptivo del Cargo de Asistente de Tribunal Grado 6° adscrito al Circuito Judicial Laboral, en la cual se señala lo siguiente:

“(…) CARACTERIZACIÓN DEL CARGO:

El cargo se adscribe al Circuito Judicial Laboral o Coordinaciones del Trabajo de las diferentes Circunscripciones Judiciales del país, según sea el caso y reporta directamente al Coordinador de la Oficina de Secretarios Judiciales (OSJ).

Bajo supervisión continua del Coordinador de Secretarios, realiza trabajos de considerable complejidad, atendiendo en la sustanciación, preparación de actas y transcripción de sentencias de acuerdo al orden que le asigne su supervisor, conforme a lo establecido en el Artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

PROPÓSITO DEL CARGO

Apoyar a los Jueces y secretarios en todo lo relacionado con la tramitación y sustanciación de los expedientes, de forma oportuna y eficiente acorde con la brevedad, inmediatez y publicidad que requiere la oralidad de conformidad con lo establecido en el Artículo 2 y 3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

LABORES ESPECÍFICAS:

- Participar en la redacción y transcripción de actos de sustanciación y mediación.
- Realizar autos de mediana complejidad generalmente ordinarios, carteles, admisión de demandas, admisión de apelación oficial a la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, decretos de medidas precautelativas, boletas de notificación y autos procesales en general, con el fin de coadyuvar en la actuación procedimental que compete al Tribunal del Trabajo, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 2 y 3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
- Ofrecer su aporte contributorio los Jueces y Secretarios en relación a la tramitación y sustanciación de los expedientes, con el fin de mantener los niveles de efectividad y eficiencia de la gestión tribunalicia.
- Entregar a su supervisor inmediato el listado de las actuaciones elaboradas diariamente.
- Realizar otras funciones que le sean encomendadas por su supervisor inmediato en correspondencia con la naturaleza de su cargo; tales como: apoyar al pool de Secretarios de los Tribunales del Trabajo”.

En cuanto a la documental consignada por la representación judicial de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM), relativa a las funciones desempeñadas por la querellante, a la misma se le otorga pleno valor probatorio, por no haber sido impugnada por la contraparte.

Ahora bien, adentrándonos al análisis de las señaladas documentales, es de indicar, que de las funciones ejercidas por la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín, se evidencia, bajo las particulares circunstancias de este caso, la realización de admisiones de demandas, admisiones de apelaciones, así como la emisión de carteles, lo que implica el manejo continuo de expedientes de las diferentes causas que cursan ante el tribunal, actividad ésta que lleva implícito el manejo de información netamente confidencial relacionada con dichos procesos judiciales, lo que le otorga la condición del personal de confianza al cargo de Asistente de Tribunal y por ende de libre nombramiento y remoción.

Por tal razón, la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín, podía ser removida del cargo de Asistente de Tribunal por el Director Ejecutivo de la Magistratura (DEM), sin que previamente se realizara algún procedimiento tendente a la remoción, en

virtud de ser un cargo calificado de confianza y por ende, de libre nombramiento y remoción. Así se decide.

Así, de una revisión exhaustiva del fallo objeto de estudio se observa que tal como fuera alegado por la parte apelante, el Tribunal a quo partió de un falso supuesto al señalar que el cargo de Asistente de Tribunal Grado 6 que ostentaba la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín, era un cargo de carrera y no un cargo calificado de confianza y por ende, de libre nombramiento y remoción como fuera señalado en el acto administrativo impugnado, incurriendo de esta manera en el vicio de falso supuesto y de no haberse producido tal inexactitud, otro hubiere sido la resolución del asunto planteado. Así se declara.

En razón de lo anteriormente expuesto, resulta forzoso para esta Alzada, declarar CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, y en consecuencia, REVOCA el fallo dictado por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital el 13 de agosto de 2012, mediante el cual declaró Parcialmente Con Lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto, por estar viciado de suposición falsa. Así se decide.

Revocada la decisión, pasa esta Corte a pronunciarse sobre el fondo de la controversia, y habiendo resuelto previamente esta Instancia Jurisdiccional lo relativo a la consideración respecto a que el cargo de Asistente de Tribunal es de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, pasa de seguidas a emitir pronunciamiento respecto a las restantes denuncias.

DE LA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO .-

Seguidamente alegó la querellante que fue vulnerado su derecho al debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda vez que la Administración, en uso de su potestad sancionatoria y disciplinaria, antes de que emitiera la respectiva resolución, debió permitir la oportuna y adecuada defensa del sancionado, así como la libre presentación de las pruebas establecidas en la ley.

En ese sentido señaló la representación judicial del ente querellado, que ha sido criterio pacífico y reiterado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que el acto de remoción no constituye una sanción que requiera la sustanciación de un procedimiento previo para su validez.

En este punto, es necesario indicar, retomando la solicitud de la parte querellante, que existen dos tipos de funcionarios, a saber: los que se consideran de carrera porque ocupen o hayan ocupado un cargo que, de conformidad con la normativa aplicable, esté definido como de carrera, y la excepción que sería los cargos de libre nombramiento y remoción; es decir que hay dos tipos de cargos: los de carrera y los de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, como ha sido señalado en reiteradas oportunidades, los funcionarios de carrera, gozan de ciertos beneficios, entre los cuales se encuentra la estabilidad en el cargo, beneficio éste del cual no gozan los funcionarios de libre nombramiento y remoción, quienes pueden ser removidos del cargo que ocupen

sin que deba realizarse ningún procedimiento administrativo previo, sin embargo, cuando un funcionario de carrera ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción, se mantiene cierta estabilidad en el cargo, tal como lo ha señalado la Sala Político-Administrativa y esta Corte, existe la posibilidad de que un funcionario de carrera ostente eventualmente un cargo clasificado como de libre nombramiento y remoción; hecho éste que en ningún momento lo despoja de su condición de funcionario de carrera, pero tampoco lo mantiene con todas las prerrogativas de estabilidad de dichos funcionarios. En otras palabras, se trata de un híbrido, en el cual ni se tienen todas las garantías de estabilidad propias de los funcionarios de carrera, ni se carece totalmente de ellas como si ocurre en los casos de los funcionarios de libre nombramiento y remoción, que pueden ser removidos del cargo sin procedimiento previo. (Vid. Sala Político Administrativa, Sentencia N° 2.416 del 30 de octubre de 2001, caso: Octavio Rafael Caramana Maita).

Ahora bien, en el caso bajo estudio esta Alzada observa que el acto administrativo impugnado no proviene del uso de la potestad sancionatoria de la Administración, lo cual implicaría la sustanciación de un procedimiento previo que le permitiese ejercer al funcionario todos los alegatos, defensas y garantías para desvirtuar las imputaciones que le hubiese realizado la Administración; en este caso en particular, el acto administrativo de remoción y retiro de la querellante fue dictado sobre el fundamento de considerar que el cargo que ocupaba de Asistente de Tribunal (Grado 6), es un cargo de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, por lo cual no era necesaria la tramitación de procedimiento previo alguno que llevara a la conformación del acto recurrido. Así se decide.

DE LA COMPETENCIA DEL FUNCIONARIO QUE DICTÓ EL ACTO DE REMOCIÓN Y RETIRO

Solicitó, la querellante la nulidad absoluta de la resolución No. 593 de fecha 10 de diciembre de 2010; de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, toda vez que -a su decir-, la persona competente para removerla del cargo era el Presidente del Circuito, y no el Director Ejecutivo de la Magistratura, de conformidad a lo señalado en la Resolución N° 2003-00018 mediante la cual se creó el Circuito Judicial del Trabajo, la cual establece que el mismo está dirigido por un Juez Presidente quien ejerce la Dirección Administrativa y Funciones Institucionales del mismo, y en virtud de que en el numeral 4 del artículo 3 de la resolución No. 70 de fecha 27 agosto de 2004, se le atribuye al Presidente o Juez Coordinador la potestad disciplinaria sobre los funcionarios judiciales, igualmente le otorga la facultad de remover a los funcionarios de libre nombramiento y remoción que supervise en la correspondiente Circunscripción o sede judicial.

Asimismo, señaló que de conformidad con lo señalado en el artículo 100 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su artículo y la Ley del Estatuto del Personal

Judicial, en su artículo 37, la competencia era atribución del Presidente del Tribunal o el Juez respectivo.

En ese sentido, la representación judicial de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura alegó, que la potestad de “administración” del Poder Judicial le corresponde con carácter permanente y por previsión normativa expresa constitucional y legal a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Asimismo, arguyó que la gestión de la función pública, se encuentra atribuida a las máximas autoridades directivas y administrativas de los entes u órganos que integran la Administración Pública y, conforme a lo dispuesto en el artículo 77 numerales 9 y 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la competencia para decidir sobre los asuntos concernientes al manejo administrativo y operativo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y el ingreso y remoción del personal le corresponde al Director Ejecutivo del ente como máxima autoridad gerencial y directiva.

En el caso de autos el acto administrativo objeto de impugnación textualmente señala:

“No 0346 Caracas, 10 DIC 2010

Ciudadana 200° y 151°

ARLINA DEL VALLE GORRÍN

C.I: 6.159.739

Presente

Me dirijo a usted, en la oportunidad de notificarle que en fecha diez (10) de diciembre de 2010, el Director Ejecutivo de la Magistratura en ejercicio de las atribuciones que le confiere los numerales 9 y 12 del artículo 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.522 de fecha primero (01) (sic) de octubre de 2010, acordó removerla y retirarla del cargo de Asistente de Tribunal adscrita al Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, cargo considerado de confianza, en virtud de las funciones que le son encomendadas. (...)”

En ese sentido y dado que en el caso de marras se discute la competencia del Director Ejecutivo de la Magistratura para dictar los actos administrativos relativos a la remoción de funcionarios en ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción, este Órgano Jurisdiccional considera igualmente oportuno traer a colación la sentencia N° 00905 dictada por la Sala-Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 18 de junio de 2003, caso: Miryam Cevedo De Gil, y ratificada en diversas oportunidades, entre otras, en la decisión N° 01917 de fecha 28 de noviembre de 2007, caso: Lubricantes Güiría C.A.; en la cual se señaló lo siguiente:

“Ahora bien el vicio de incompetencia de que adolezca, no apareja necesariamente la nulidad absoluta del acto, ya que conforme a lo dispuesto en el ordinal 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, para que se configure ese supuesto, es necesario que la incompetencia sea

manifiesta. De tal manera que para determinar el grado de invalidez de un acto viciado de incompetencia, es necesario atender a la manera en que la misma se presenta. Así, si la incompetencia es manifiesta, vale decir, notoria y patente, de manera que sin particulares esfuerzos interpretativos se compruebe que otro órgano sea el realmente competente para dictarlo, o que se pueda determinar que el ente que la dictó no estaba facultado para ello, la nulidad será absoluta, (artículo 19, ordinal 4° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos). Si la incompetencia no es manifiesta, la nulidad será relativa (artículo 20 eiusdem). (Sentencia de la Sala N° 270, de fecha 19 de octubre de 1989, caso Edgar Guillermo Lugo Valbuena vs. Ministerio de Fomento”).

En este contexto, esa misma Sala del Máximo Tribunal de la República mediante decisión N° 01798 del 19 de octubre de 2004, caso: Mercedes Chocrón Vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, señaló lo siguiente:

“En primer lugar, es menester acotar que la competencia ha sido definida como la capacidad legal de actuación de la Administración. En ese sentido, representa la medida de una potestad genérica que le ha sido conferida por Ley, por lo que no puede presumirse sino que debe constar expresamente en la norma legal. Se ha dicho en tal sentido que determinar la incompetencia manifiesta de un órgano de la Administración, supone demostrar que ésta ha actuado a sabiendas de la inexistencia de un poder jurídico previo que legitime su actuación, lo cual en aplicación de lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, efectivamente acarrearía la nulidad absoluta del acto administrativo impugnado”.

Así, la competencia es la medida de la potestad atribuida por la Ley a cada órgano, de modo, que no habrá competencia ni, desde luego, actuación administrativa válida, si no hay previamente el señalamiento, por norma legal expresa, de la atribución que se reconoce al órgano y de los límites que la condicionan. En tal sentido, si hay inexistencia o falseamiento de los presupuestos fácticos, el órgano no podrá ejercitar el poder que el ordenamiento le ha atribuido y la actuación que cumpla estará viciada de ilegalidad y de nulidad absoluta, acorde con la previsión contenida en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara en su artículo 136 que cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias. Por su parte el artículo 137 determina que la Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realice el Estado. Al respecto, debe destacarse igualmente que el artículo 141 eiusdem proclama que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas, y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (principio de legalidad).

Las normas anteriormente mencionadas contienen los principios fundamentales en que se fundamenta el ejercicio del poder público, siendo el más importante de todos ellos, el que consagra el pleno y absoluto sometimiento de la Administración a la ley y al derecho. De esta manera, los órganos recipiendarios del Poder Público, sea cual fuere su naturaleza, no pueden actuar sino dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, toda actuación que trascienda el bloque de la legalidad, es contraria a derecho, y debe ser corregida por los mecanismos ideados por el propio ordenamiento jurídico.

Asimismo, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 00539 de fecha 1° de junio de 2004, caso: Rafael Celestino Rangel Vargas, señaló que dicho vicio podía configurarse básicamente como resultado de tres tipos de irregularidades: por usurpación de autoridad, por usurpación de funciones y por extralimitación de funciones. En tal sentido, se indicó:

“La competencia le confiere a la autoridad administrativa la facultad para dictar un acto para el cual está legalmente autorizada y ésta debe ser expresa, por lo que sólo en los casos de incompetencia manifiesta, los actos administrativos estarían viciados de nulidad absoluta.

En cuanto al vicio de incompetencia, tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala, han distinguido básicamente tres tipos de irregularidades: la llamada usurpación de autoridad, la usurpación de funciones y la extralimitación de funciones.

La usurpación de autoridad ocurre cuando un acto es dictado por quien carece en absoluto de investidura pública. Este vicio se encuentra sancionado con la nulidad absoluta del acto. Por su parte, la usurpación de funciones se constata, cuando una autoridad legítima dicta un acto invadiendo la esfera de competencia de un órgano perteneciente a otra rama del Poder Público violentando de ese modo las disposiciones contenidas en los artículos 136 y 137 de la Constitución de la República, en virtud de los cuales se consagra, por una parte, el principio de separación de poderes según el cual cada rama del Poder Público tiene sus funciones propias, y se establece, por otra, que sólo la Constitución y la ley definen las atribuciones del Poder Público y a estas normas debe sujetarse su ejercicio.

Finalmente, la extralimitación de funciones consiste fundamentalmente en la realización por parte de la autoridad administrativa de un acto para el cual no tiene competencia expresa”.

De acuerdo con lo expuesto, considera esta Corte que el vicio de incompetencia es aquel que afecta a los actos administrativos cuando han sido dictados por funcionarios no autorizados legalmente para ello, en otras palabras, la competencia designa la medida de la potestad de actuación del funcionario; en tal sentido, éste no puede hacer nada para lo cual no haya sido expresamente autorizado por Ley. De manera que el vicio de incompetencia infringe el orden de asignación y distribución competencial del órgano administrativo; en tal sentido, la incompetencia debe ser manifiesta para que sea considerada como

causal de nulidad absoluta de conformidad con lo dispuesto por el ordinal 4° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Visto lo anterior, corresponde a esta instancia jurisdiccional precisar si el acto administrativo contenido en la Resolución N° 593 de fecha 10 de diciembre de 2010, suscrita por el Director Ejecutivo de la Magistratura y mediante el cual removió y retiró a la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín del cargo de Asistente de Tribunal adscrita al Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, se encuentra viciado de nulidad en virtud que no tiene atribuidas las funciones de remoción y retiro del personal judicial.

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial corresponde al Tribunal Supremo de Justicia; igualmente, que para el ejercicio de estas atribuciones se prevé en el párrafo final eiusdem, que el Tribunal Supremo en Pleno, creará la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

En este sentido, conforme a los lineamientos dispuestos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia vigente, debe entenderse que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM), es el órgano ejecutivo del Poder Judicial, presidido por un Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva que representa la máxima autoridad de dicho organismo.

A tales efectos es oportuno traer a colación el contenido del artículo 267 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

“Artículo 267. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.

La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.

El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez Venezolano o Jueza Venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley. Para el ejercicio de estas atribuciones, el Tribunal Supremo en pleno creará una Dirección Ejecutiva de la Magistratura, con sus oficinas regionales”. (Resaltado nuestro).

En este contexto, este Órgano Jurisdiccional considera oportuno traer a colación, lo dispuesto por la Sala Constitucional de nuestro máximo Tribunal respecto a la interpretación del artículo citado en sentencia N° 1812 de fecha 20 de octubre de 2006:

“(…) se deriva que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura tiene rango constitucional por haber sido ordenada su creación en la Carta Magna, y cumple funciones administrativas, por cuanto éstas fueron asignadas así

constitucionalmente. Por tanto, sus atribuciones son de índole administrativas, y por ello, se concluye que su naturaleza es de carácter administrativo. De ello deriva, que está sometida al régimen legal de Derecho Administrativo (...), y en específico a las normas que regulan su actuación, tales como la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y la Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial (NSDGPJ) dictada por la Sala Plena de éste Tribunal Supremo de Justicia, respecto de las cuales debe sujetar el ejercicio de sus competencias públicas. (Resaltado de esta Corte).

Ahora bien, en lo que respecta a la naturaleza jurídico constitucional que la vincula al Tribunal Supremo de Justicia, como se dijo anteriormente, del encabezamiento del artículo 267 del texto constitucional, concluye la Sala sin lugar a dudas, que la dirección, gobierno y administración el Poder Judicial está atribuida al TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA. Sin embargo, para el ejercicio de esas atribuciones, el Constituyente estableció que el Máximo Tribunal en Pleno crearía la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA.

Esa disposición del Constituyente no impuso la fórmula organizativa que debía utilizar el TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA en pleno para su creación. Por tanto, correspondía a este último escoger, la que considerara más apropiada para el cumplimiento del mandato constitucional. Valga decir, crearlo bajo la figura de un ente o un órgano.

Es así como en el año 2000, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, dictó la Normativa Sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en Gaceta Oficial N° 37.014 del 15 de agosto de 2000, en cuyo artículo 1° dispuso:

‘Artículo 1. Se crea la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, como órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia, con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial.’(Resaltado nuestro)

De ello deriva, que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura es un órgano ubicado dentro de la estructura organizativa del Tribunal Supremo de Justicia. En consecuencia, carece de personalidad jurídica y de patrimonio propio, lo que es propio de los entes públicos.

(...omissis...)

La Sala concluye, que la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, es un órgano desconcentrado del Tribunal Supremo de Justicia, por tanto mantiene una relación de dependencia regida por el principio de jerarquía, pero que por ser desconcentrado, si bien tiene un deber de obediencia respecto al superior, éste es diferente en grado, en comparación con otros órganos. Por tal razón, sostiene la Sala, que la jerarquía se manifiesta de distinto modo, según el tipo de órgano que se trate, esto es, si es desconcentrado o no. (...).

Razonablemente, se deriva de ello que la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA debe tener un grado de autonomía que le permita llevar adelante su cometido de administración y gobierno del Poder Judicial, sin que la

intervención del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA como tal, suponga un obstáculo para su funcionamiento. Sin embargo, ello no significa que esté exenta de control por parte de este último, por ser el máximo rector del Poder Judicial y el órgano que le ha dado creación conforme al texto fundamental.

Conclusión de lo anterior se interpreta que la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA es un órgano consagrado de manera expresa en la Constitución que depende jerárquicamente de la Sala Plena del TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, pero que goza, frente a la misma, de autonomía funcional; autonomía ésta cuyo alcance será objeto de análisis en el punto 3 del presente fallo. (Negrillas y mayúsculas del fallo).

A tales efectos, es oportuno traer a colación lo dispuesto en los artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que disponen:

“Artículo 76. Organización:

El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Magistratura será la máxima autoridad gerencial y directiva del órgano y lo representará.

(...Omissis...)

Artículo 77. Atribuciones del Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva:

El Director Ejecutivo o Directora Ejecutiva de la Magistratura tendrá las siguientes atribuciones:

(...Omissis...)

9. Decidir sobre los asuntos concernientes al manejo administrativo y operativo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, y sus oficinas regionales.

(...Omissis...)

12. Decidir sobre el ingreso y remoción del personal de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, de conformidad con lo establecido por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.

(...Omissis...)

15. Las demás que le sean asignadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia.”. (Resaltado de esta Corte).

Así, tenemos que el mencionado órgano creado por mandato constitucional mediante la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es dependiente del máximo Tribunal, y dirigido por el Director Ejecutivo de la Magistratura, quien conforme lo indican los artículos 76 y 77 numerales 9 y 12, es la máxima autoridad gerencial y directiva, en lo que concierne a la administración del personal adscrito a ese órgano y sus Oficinas Regionales, es decir, es quien resuelve o decide el ingreso y remoción de los funcionarios adscritos a la misma.

Por otra parte, esta Corte debe señalar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 260 recoge parcialmente el denominado principio de “paralelismo de las formas”, que preconiza que los actos se deshacen en la misma forma en que se hacen, o que se modifican o revocan siguiendo el mismo procedimiento con que se constituyen. [Vid. José Peña Solís, La nueva concepción de las leyes orgánicas en la Constitución de 1999, en “Revista de Derecho” N° 1, Caracas, TSJ, 2000, pp. 98 y 99, citado por este Órgano

Jurisdiccional mediante decisión N° 2009-1166 de fecha de 30 junio de 2009, caso: Nonato Noel Colmenares y otros Vs. Dirección de Hacienda de la Alcaldía del Municipio Carrizal del Estado Miranda].

En concordancia con el principio del paralelismo de las formas, el o los funcionarios competentes para emitir los nombramientos son los competentes para dictar los actos que dan fin a la relación laboral que mantiene la institución con el funcionario, criterio sostenido y reiterado por la propia Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. (Vid. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, caso Miriam Mercedes Rendón Gómez de da Silva contra el Inspector General de Tribunales).

Así las cosas, se desprende del acto administrativo de remoción y retiro que riela en original inserto en el folio cuarenta y cuatro (44) del expediente judicial, que el Director Ejecutivo de la Magistratura en fecha 10 de diciembre de 2010, removió y retiró a la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín, del cargo de Asistente de Tribunal adscrita al Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, “en ejercicio de las atribuciones que le confiere los numerales 9 y 12 del artículo 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.522 de fecha primero (01) (sic) de octubre de 2010(...)”.

En ese sentido, y en aplicación al principio de paralelismo de las formas, siendo que el ingreso de los funcionarios judiciales lo autoriza el Director Ejecutivo de la Magistratura habiendo mediado o no para ello una postulación, en consecuencia también le corresponde decidir sobre el egreso de los mismos, por lo que mal podría afirmarse que no tiene competencia para removerla y retirarla de dicho cargo, tal como lo hizo a través del acto administrativo N° 0346 de fecha 10 de diciembre de 2010.

Dicho lo anterior, este Órgano jurisdiccional se permite concluir que el Director Ejecutivo de la Magistratura (DEM), disponía de la facultad para efectuar la remoción y el retiro de la hoy recurrente, por lo que resulta forzoso desechar la denuncia de incompetencia planteada. Así se decide.

DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO DE CARRERA SUJETA AL BENEFICIO DE JUBILACIÓN .-

Alegó la querellante en el escrito libelar, su condición de funcionaria de carrera, señalando que ingresó a prestar servicio en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS) en la Caja Regional de Quinta Crespo el 2 de marzo de 1978, y que por el “tiempo de servicio prestado a la administración (32 años) estoy sujeta al beneficio de la jubilación”.

En ese sentido, la representación judicial de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, señaló que el ingreso de la querellante al Poder Judicial fue en fecha 15 de septiembre de 1989, por lo que se encontraba sujeta a lo establecido en el artículo 34 de la Ley de Carrera Administrativa, por remisión expresa del artículo 122 de la Constitución de Venezuela de 1961, que estableció que el ingreso de los funcionarios a la Administración Pública debía cumplir con el requisito del

concurso público, lo cual fue consagrado posteriormente en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por lo que "(...) Todo funcionario que 'pretenda' demostrar que ostenta la condición de funcionario de carrera debe alegar y probar durante la sustanciación del procedimiento contencioso administrativo funcional que fue sometido al concurso público". Ahora bien, la representación judicial de la querellante señaló en el escrito libelar que su mandante ingresó a prestar servicio en el I.V.S.S. en el año 1972, específicamente en la Caja Regional de Quinta Crespo como archivista, y en fecha 15 de septiembre de 1989 ingresa como mecanógrafa del extinto Consejo de la Judicatura en Inspectoría de Tribunales, posteriormente ascendida a Asistente de Tribunal Grado 4 y finalmente Grado 6.

Asimismo, arguyó que en los formatos de aprobación de vacaciones de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, en su reglón 7 relativo a la fecha de la prima era colocado 2 de marzo de 1978.

En ese sentido, este Órgano Jurisdiccional observa que mediante auto para mejor proveer dictado en fecha 18 de abril de 2012, el Juzgado Superior Segundo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, ordenó oficiar al ciudadano Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, a los fines de verificar el hecho alegado de que la querellante ingresó comenzó a laborar en dicho ente, en la Caja Regional de Quinta Crespo en el año de 1978. Asimismo, ordenó oficiar al Director Ejecutivo de la Magistratura, a los fines de que informara la razón por la cual se coloca en las documentales denominadas aprobación de vacaciones en el reglón 7 en "fecha de la prima" la fecha 2 de marzo de 1978.

Ahora bien, al folio 135 del expediente judicial se encuentra inserto original del oficio N° DGRH/DSPDSA 02906-05 de fecha 14 de mayo de 2012, suscrito por el Director General de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, dirigido a la Dirección General de Asesoría Jurídica de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, el cual fue traído a los autos por la representación judicial del ente querellado, con ocasión del auto para mejor proveer dictado por el Tribunal de Instancia en fecha 18 de abril de 2012 (folio 130 del expediente judicial), en el cual se señala lo siguiente:

"Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención al Memorándum número 0456 de fecha siete (07) de mayo de 2012, mediante el cual solicita información referida a la ciudadana ARLINA DEL VALLE GORRÍN, (...) en virtud de la información solicitada por el Juzgado Superior Segundo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, específicamente 'el motivo por el cual se coloca en el documento denominado aprobación de vacaciones, en su reglón relativo a fecha de prima la fecha 2 de marzo de 1978'.

Al respecto, se le informa que por error involuntario, se señaló esa fecha en el documento de aprobación de vacaciones, siendo la fecha correcta dieciséis (16) de septiembre de 1990, la cual se corresponde con la fecha de ingreso de la referida ciudadana al Organismo, y por ende su fecha de prima de antigüedad.

Asimismo, se informa que en el expediente personal de la citada ciudadana, no cursa documento alguno que certifique una antigüedad en la Administración Pública, a partir del dos (02) (sic) de marzo de 1978 (...)"

Igualmente, esta Alzada observa que en virtud del auto para mejor proveer ut supra mencionado, se ofició al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), a los fines de determinar si la querellante laboró para dicho organismo para el año 1978, y que al folio 145 del expediente judicial se encuentra inserto original del oficio DGRHAP-DAPDRC/12 N° 007033 de fecha 25 de junio de 2012, suscrito por el Director General de Recursos Humanos y Administración de Personal del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, dirigido a la Dirección General de Consultoría Jurídica de dicho ente, en el cual se señala lo siguiente:

"Me dirijo a usted, con la finalidad de acusar recibo de su Oficio N° 845, de fecha 03 (sic) de Mayo (sic) del año en curso, mediante el cual remite Oficio N° 12/0423 del 18 de Abril (sic) de 2012, a través del mismo el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, solicita saber si la ciudadana ARLINA DEL VALLE GORRÍN, titular de la cédula de identidad N° V- 6.159.739, laboró para este Instituto, específicamente para la Caja Regional de Quinta Crespo para el año 1978, como ARCHIVISTA. En virtud de lo antes expuesto, esta Dirección General de Recursos Humanos y Administración de Personal, le informa que la ciudadana ARLINA DEL VALLE GORRÍN, titular de la cédula de identidad N° V- 6.159.739, no aparece en nuestro archivo de Personal (sic) retirado."

Por otra parte, esta Alzada observa que al folio 16 del expediente administrativo, se encuentra inserta constancia de trabajo de fecha 7 de marzo de 1989, suscrita por el Director General de la Oficina de Estudios, Proyectos y Construcciones Magma, C.A., en la cual hace constar que la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín, titular de la cédula de identidad N° 6.159.739, prestó sus servicios como Secretaria desde el 15 de septiembre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1989 en esa empresa. Asimismo, al folio 111 del expediente administrativo, se observa planilla de aprobación de vacaciones de fecha 15 de agosto de 2005, con número de aprobación N° 3544 de fecha 20 de septiembre de 2005, en la cual en el reglón 7, denominado "Fecha de Prima" se señala 16 de junio de 1990, coincidiendo en su contenido con el reglón correspondiente a la "Fecha de Ingreso".

Finalmente, al folio 215 del expediente administrativo se observa inserto Memorandum N° 6206 de fecha 6 de octubre de 1989, de la Dirección de Personal del extinto Consejo de la Judicatura, para la Contraloría Interna de dicho ente, en el cual señala que fueron aprobados los Servicios Especiales a favor de la querellante para que se desempeñe en el cargo de Secretaria durante el lapso comprendido entre el 16 de septiembre de 1989 hasta el 15 de diciembre del mismo año.

Ahora bien, de una revisión exhaustiva de las actas tanto del expediente judicial como expediente administrativo, este Órgano Jurisdiccional observa que no existe respaldo, documental o prueba alguna que haga constatar que la

querellante ingresó en el año 1972 (como lo alegó en su escrito libelar) a la Administración Pública como funcionario de carrera; es decir, que no existe constancia alguna que avale su condición previo al ingreso señalado en el Memorandum N° 6206 de fecha 6 de octubre de 1989, donde se aprobó los servicios especiales de la querellante en el cargo de secretaria por un lapso de tiempo específico.

En ese sentido, en virtud de la constancia emanada de de la Oficina de Estudios, Proyectos y Construcciones Magma, C.A., esta Alzada advierte que la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín prestó sus servicios en esa empresa en el lapso comprendido desde el 15 de septiembre de 1988 hasta el 28 de febrero de 1989, lo que hace suponer que para dicho período no se encontraba dentro de la Administración Pública, no evidenciándose el tiempo de servicios prestados por la querellante a los efectos de determinar si cumple o no con los requisitos para concederle el beneficio a la jubilación, ya que no hay respaldo alguno que señale que en efecto prestó servicios a la Administración Pública desde el año 1972 como alegó en su escrito libelar, o desde 1978 como solicitó mediante diligencia del 16 de abril de 2012 y que fuera tramitado mediante auto para mejor proveer del 18 del mismo mes y año, por el Tribunal a quo.

De otra parte, tampoco se encontraron pruebas que avalen la condición de funcionaria de carrera que se endilga la querellante, lo que supondría un supuesto distinto al planteado en el caso de autos, como ha sido criterio sostenido de esta Corte respecto de los funcionarios de carrera que ostenten eventualmente un cargo clasificado como de libre nombramiento y remoción, los cuales en ningún momento son despojados de su condición de funcionario de carrera, aún cuando pueden ser removidos de dichos cargos.

En atención a todo lo antes expuesto, este Órgano jurisdiccional se permite concluir que no fue demostrada la condición de funcionario de carrera por la parte querellante, así como tampoco, el tiempo de prestación de servicios a la Administración Pública anterior a la fecha de ingreso al extinto Consejo de la Judicatura. Así se decide.

En tal sentido, una vez desechados los vicios alegados al acto administrativo objeto de impugnación, debe esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Accidental B, declarar sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto. Así se decide.

VI

DECISIÓN

Por las razones anteriormente expuestas, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Accidental “B”, administrando justicia, en nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por autoridad de la Ley, declara:

1.- QUE ES COMPETENTE para conocer de la apelación ejercida en fecha 29 de noviembre de 2012, por el abogado Néstor Enrique Zarzalejo Romero, actuando en nombre de la República Bolivariana de Venezuela por órgano de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura con el carácter de sustituto de la Procuradora

General de la República, contra el fallo dictado por el Juzgado Superior Segundo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital en fecha 13 de agosto de 2012, mediante el cual declaró Parcialmente Con Lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto.

2.- CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto.

3.- REVOCA el fallo dictado por el Juzgado Superior Segundo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital en fecha 13 de agosto de 2012 y, en consecuencia: SIN LUGAR el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por la ciudadana ARLINA DEL VALLE GORRÍN, contra la DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA.

Publíquese y regístrese. Remítase el expediente al Juzgado de origen y déjese copia certificada de la presente decisión. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en la Sala de Sesiones de esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Accidental “B”, en Caracas a los DIECISIES (16) días del mes de JULIO de dos mil trece (2013). Años 203° de la Independencia y 154° de la Federación.

El Presidente,

ALEJANDRO SOTO VILLASMIL

El Vicepresidente,

ALEXIS JOSÉ CRESPO DAZA

Ponente

El Juez,

JOSÉ VALENTÍN TORRES R.

El Secretario Accidental,

JAIME SANDOVAL CASTELLANOS

AJCD/24

Exp. N° AP42-R-2013-000058

En fecha DIECISEIS (16) de JULIO de dos mil trece (2013), siendo la (s) 1:20 PM de la TARDE se publicó y registró la anterior decisión bajo el N° 2013-B-0002.

El Secretario Accidental.

2.2. De la revisión de la sentencia

2.2.1. De la competencia del director de la D.E.M. para remover a un funcionario judicial

El primero de los puntos que considero pertinente revisar es el relativo al funcionario competente para dictar el acto. La parte actora revisó y expuso la normativa que rige en la creación del circuito judicial laboral para dictar los actos atinentes al personal, así como la normativa general aplicable a todos los funcionarios judiciales, indicando que sólo el juez presidente o coordinador tenía competencias tanto disciplinarias sobre el personal judicial adscrito a dichas dependencias, así como la competencia para remover a los funcionarios que fueren considerados como de libre remoción; por su parte,

la representación judicial de la parte accionada adujo en primera instancia que:

(...) la Dirección Ejecutiva de la Magistratura fue creada como un 'órgano auxiliar del Tribunal Supremo de Justicia con la finalidad de que ejerza por delegación las funciones de dirección, gobierno y administración de Poder Judicial... la gestión de la función pública, salvo disposición expresa en contrario, se encuentra atribuida a las máximas autoridades directivas y administrativas de los entes u órganos que integran la Administración Pública (no siendo ello distinto en el caso del Poder Judicial, pues conforme a lo dispuesto en el artículo 77, numerales 9 y 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). la competencia para 'decidir sobre los asuntos concernientes al manejo administrativo y operativo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura' y 'sobre el ingreso y remoción del personal' le corresponde al Director Ejecutivo de la Magistratura, como máxima autoridad gerencial y directiva...se insiste, en la potestad discrecional atribuida al Director Ejecutivo de la Magistratura, en el artículo 77, numerales 9 y 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, para remover a los funcionarios adscritos al organismo y, debe interpretarse que también de los órganos jurisdiccionales toda vez que los mismos insertan dentro de la estructura organizativa del Poder Judicial como parte de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura³¹.

Debe resaltarse el símil que aduce la parte en cuanto a la aplicación de normas de función pública general al caso de los funcionarios judiciales, partiendo de la premisa (a mi entender falsa) que los tribunales forman parte de una misma estructura administrativa con la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y por ende, el máximo jerarca es el Director de la D.E.M., siendo que si bien es cierto, el director de la D.E.M. emite el nombramiento, la potestad sobre el empleado está en cabeza del juez, y sólo excepcionalmente, atribuida a través de un estatuto de dudosa constitucionalidad, en cabeza del extinto Consejo de la Judicatura y ahora de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Cuando el artículo 77, numerales 9 y 12 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, le otorga al Director de la D.E.M. la competencia para decidir sobre los asuntos concernientes al manejo administrativo y operativo de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y sobre el ingreso y remoción del personal, se refiere al personal de la D.E.M., más no al personal judicial. Contrario a lo sostenido por la representación de la D.E.M. referente a que "debe interpretarse que también de los órganos jurisdiccionales toda vez que los mismos insertan dentro de la estructura organizativa del Poder Judicial

³¹ Tomado de la decisión dictada por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital de fecha 13 de agosto de 2012, de la página web <http://caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2012/AGOSTO/2107-13-006866-.HTML>

como parte de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura” podría considerarse que tanto al D.E.M. como los tribunales, se insertan en la estructura regida por el T.S.J., dentro del sistema y Poder Judicial, pero bajo ninguna razón puede sostenerse que los tribunales se insertan dentro de la estructura organizativa de la D.E.M.

A mi entender, el Director de la D.E.M. no tiene competencia jerárquica sobre el personal judicial, y al no estar en el supuesto excepcional de la norma, ni bajo el amparo de alguna reestructuración o reducción de personal, debidamente aprobada y canalizada, no podría dictar acto alguno de remoción.

En todo caso, al revisar la sentencia de primera instancia, la misma omite cualquier pronunciamiento al respecto, lo cual sería suficiente para que en su revisión por la apelación al fondo, fuere revocada o anulada; sin embargo, la alzada en grado, en su decisión, luego de un inusitado ejercicio de contorsionismo argumentativo, acogió el criterio del apoderado de la accionada del paralelismo de las formas, y declaró la competencia del Director de D.E.M.

Para ello, se sustenta en sentencias de la Sala Político Administrativa, en cuanto a que el vicio que afecta los actos no es de incompetencia manifiesta. Cabe destacar que la incompetencia manifiesta ciertamente puede anular el acto por un vicio de nulidad absoluta de conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, pero la incompetencia no manifiesta, igualmente denunciada, puede conllevar a la nulidad del acto por mandato del artículo 20 *eiusdem*, por lo que el argumento carece de solidez.

Invoca la Corte, la doctrina de la misma Sala, pretendiendo diferenciar los tipos de incompetencia, sin que los mismos resulten atinentes, salvo por mera retórica. Para concluir el punto, se revisa la normativa que rige al Poder Judicial y al Gobierno Judicial, si se quiere, con buen tino, sólo en cuanto revisa cronológicamente las normas que atienden al punto discutido, sin entrar en mayores análisis, sin embargo, el análisis que usa para concluir el punto, resulta nefasto, indicando:

Así, tenemos que el mencionado órgano creado por mandato constitucional mediante la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es dependiente del máximo Tribunal, y dirigido por el Director Ejecutivo de la Magistratura, quien conforme lo indican los artículos 76 y 77 numerales 9 y 12, es la **máxima autoridad gerencial y directiva, en lo que concierne a la administración del personal adscrito a ese órgano y sus Oficinas Regionales, es decir, es quien resuelve o decide el ingreso y remoción de los funcionarios adscritos a la misma.**

Por otra parte, esta Corte debe señalar que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 260 recoge parcialmente el denominado principio de “paralelismo de las formas”, que preconiza que los actos se deshacen

en la misma forma en que se hacen, o que se modifican o revocan siguiendo el mismo procedimiento con que se constituyen. [Vid. José Peña Solís, La nueva concepción de las leyes orgánicas en la Constitución de 1999, en "Revista de Derecho" N° 1, Caracas, TSJ, 2000, pp. 98 y 99, citado por este Órgano Jurisdiccional mediante decisión N° 2009-1166 de fecha de 30 junio de 2009, caso: Nonato Noel Colmenares y otros Vs. Dirección de Hacienda de la Alcaldía del Municipio Carrizal del Estado Miranda].

En concordancia con el principio del paralelismo de las formas, el o los funcionarios competentes para emitir los nombramientos son los competentes para dictar los actos que dan fin a la relación laboral que mantiene la institución con el funcionario, criterio sostenido y reiterado por la propia Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. (Vid. Sentencia de fecha 26 de septiembre de 2006, caso Miriam Mercedes Rendón Gómez de da Silva contra el Inspector General de Tribunales).

Así las cosas, se desprende del acto administrativo de remoción y retiro que ríela en original inserto en el folio cuarenta y cuatro (44) del expediente judicial, que el Director Ejecutivo de la Magistratura en fecha 10 de diciembre de 2010, removió y retiró a la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín, del cargo de Asistente de Tribunal adscrita al Circuito Judicial del Trabajo del Área Metropolitana de Caracas, "en ejercicio de las atribuciones que le confiere los numerales 9 y 12 del artículo 77 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.522 de fecha primero (01) (sic) de octubre de 2010(...)".

En ese sentido, y en aplicación al principio de paralelismo de las formas, siendo que el ingreso de los funcionarios judiciales lo autoriza el Director Ejecutivo de la Magistratura habiendo mediado o no para ello una postulación, en consecuencia también le corresponde decidir sobre el egreso de los mismos, por lo que mal podría afirmarse que no tiene competencia para removerla y retirarla de dicho cargo, tal como lo hizo a través del acto administrativo N° 0346 de fecha 10 de diciembre de 2010.

Dicho lo anterior, este Órgano jurisdiccional se permite concluir que el Director Ejecutivo de la Magistratura (DEM), disponía de la facultad para efectuar la remoción y el retiro de la hoy recurrente, por lo que resulta forzoso desechar la denuncia de incompetencia planteada. Así se decide.

Concluye que por cuanto el Director de la D.E.M. emite el nombramiento, resulta igualmente competente para retirar el funcionario, obviando que dicho nombramiento se debe a una situación de excepción, en la cual, la D.E.M. administra los fondos y la organización judicial, ejecutando directrices del T.S.J. y conforme las solicitudes de los órganos judiciales. Como se indicara anteriormente, el régimen del personal judicial es un régimen de excepción, sometido a una compleja madeja de normas, donde no tendría cabida perfecta, los principios de organización administrativa ni de administración de personal generales. A su vez, debe destacarse que aducir el

principio del paralelismo de las formas en un caso como el que conocía resulta un argumento muy simplista, toda vez que él tiene cabida en el régimen de organización administrativa general, del cual se echa mano en aquellos casos en que la norma omite la asignación expresa de competencias, supliendo dicho principio esa deficiencia. Sin embargo, ante mandatos expresos atributivos de competencias no tiene cabida el principio comentado, pues la asignación expresa priva sobre cualquier suposición.

A su vez, pretende sustentar el paralelismo de las formas en el artículo 260 Constitucional, cuando el mismo refiere a la Legislación y justicia de los Pueblos Indígenas, el cual resulta absolutamente impertinente.

Por otra parte, no basta aducir que la Ley del Tribunal Supremo de Justicia le otorga competencia a la D.E.M. para librar el nombramiento, lo cual es absolutamente cierto, pero debe necesariamente remontarse a los antecedentes históricos de la institución, para verificar si efectivamente, el dictar el nombramiento del funcionario, otorga igualmente competencia para removerlo, pues de ser así (y contrariamente a lo explicado en la primera parte), el Director de la D.E.M. ejerce verdadera y plena potestad jerárquica y disciplinaria *sobre todo el personal judicial*, lo cual implicaría que no la pueden asumir los jueces y presidentes de circuitos o de cortes.

De aceptar ésta última posición, implicaría echar por tierra no sólo los criterios sostenidos hasta el momento, sino expresas normas legales y sublegales sobre la materia. Sólo puede concluirse que el argumento tuvo la sola intención de mantener vivo el acto, sin considerar el daño que el mismo hace a las instituciones y al derecho mismo.

2.2.2. De la naturaleza del cargo de asistente de tribunal

La decisión de segunda instancia consideró que el tema “medular y neurálgico” era determinar “(...) la naturaleza del cargo que desempeñaba la ciudadana Arlina del Valle Gorrín, es decir, si ocupaba un cargo de carrera o un cargo de libre nombramiento y remoción y en función de ello poder establecer si efectivamente era susceptible de remoción y posterior retiro, y si ostentaba la condición de funcionario de carrera a los efectos de la estabilidad”.

Entrando a lo que la Corte consideró como “medular”, para revisar la naturaleza del cargo, comienza a hacer algunas consideraciones de cuando un cargo debe ser estimado como de carrera, indicando que los cargos de carrera “responden a una sujeción especial de dependencia” con los altos jerarcas de la Administración, no sólo en un estricto horario sino que actúa bajo estrictas directrices, efectuando una actividad subordinada, quienes para ocupar dichos cargos deben someterse a un previo concurso público y periodo de prueba, imponiendo como argumento de autoridad sentencias previas

dictadas por la misma Corte Segunda³². Es el caso que siendo la función pública en general, de estructura piramidal, todo cargo, de carrera o de libre remoción, ejerce actividad subordinada a las directrices superiores, sin que esa necesaria dependencia y subordinación sea el elemento central para catalogar un cargo como de carrera o de libre nombramiento y remoción³³.

Por otra parte, la existencia o no de un concurso, puede afectar la condición del funcionario en cuanto a la existencia de la carrera en toda su extensión, especialmente en lo relativo a la estabilidad absoluta³⁴, más no por eso lo convierte en un funcionario de libre nombramiento y remoción. En todo caso, conforme se evidencia de la propia sentencia, el funcionario sobre el que recayó el fallo, habría ingresado a la Administración Pública en general, y al Poder Judicial en lo particular, antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999. Siendo ello así, el criterio que ha sostenido reiterativamente los tribunales, en cuanto al concurso, era el de considerar estable aquél funcionario, que aun cuando no mediare concurso, ingresó antes de la exigencia constitucional del concurso.

³² Sin pretender entrar al análisis en la teoría de la argumentación, resulta reiterado que tanto el Tribunal Supremo de Justicia, como las Cortes de lo Contencioso, sustenten sus posiciones en posiciones previas del mismo tribunal, no sólo para demostrar la reiteración del punto, sino pretendiendo que la fuerza de los argumentos devienen de pronunciamientos previos, produciendo lejos de un argumento válido, una falacia, ya que no hay explicación de la razón para tomar una decisión, más allá que la repetición del órgano decisor.

³³ A título de ejemplo, un cargo de abogado, por lo general se encuentra dentro de los cuadros de la carrera; sin embargo, dos personas, ejerciendo en la misma organización el mismo cargo de abogado I, dependiendo de las funciones y su ubicación (subordinadas en ambos casos dado el grado del cargo), puede determinar que uno de ellos sea de carrera y el otro de libre remoción, como sería el caso del abogado I en atención al público y el otro en el despacho, o uno ejerciendo funciones de apoyo y el otro en fiscalización.

³⁴ Fue criterio de algunos juzgados superiores contencioso administrativo considerar que en los supuestos en que un funcionario que haya ingresado a la Administración a un cargo calificado como de carrera, sin la realización previamente del debido concurso público, gozará de estabilidad provisional o transitoria, lo cual fue acogido por la propia Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en la cual, revocando la sentencia del *a quo*, acogió el criterio que en el fondo ésta establecía, tal como se indicó en la decisión de fecha 14 de agosto de 2008, caso ALFONSO ESCALANTE ZAMBRANO contra el CABILDO METROPOLITANO DE CARACAS, que puede ubicarse bajo la siguiente dirección electrónica <http://jca.tsj.gov.ve/decisiones/2008/agosto/1478-14-AP42-R-2007-000731-2008-1596.html>. Así, no se trata que el funcionario adquiera todos los derechos inherentes a la carrera, pues la estabilidad no es absoluta, al estar sometida a la eventual convocatoria a concurso, en cuyo caso, si el funcionario no se presenta o no aprueba el concurso, pierde la estabilidad que le ampara, debiendo ser asumido el cargo por quien resulte ganador del concurso, pero tal criterio protege contra las arbitrariedades del poder y obliga a llamar a concurso.

Sigue la decisión haciendo alarde de la distinción entre funcionarios de carrera y de libre nombramiento y remoción de conformidad con las previsiones de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Posterior a ello, analiza una de las documentales aportadas a los autos, consistente en el Manual Descriptivo de Clases de Cargo³⁵. Cabe destacar en primer lugar, que tal como se indicara anteriormente, no sólo existe una expresa y clara exclusión en la aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública al Poder Judicial, sino que aplicando los criterios que insistentemente ha aplicado la Corte Suprema de Justicia (al amparo de las normas constitucionales y legales derogadas) y el Tribunal Supremo de Justicia, que han desarrollado la tesis (a mi entender incorrecta y atentatoria directamente contra estrictos mandatos constitucionales) de considerar que estos instrumentos sublegales, en virtud de la autonomía de los órganos que los dictan tienen rango y fuerza de Ley o por lo menos asimilables a las leyes, si ha de interpretarse que se trata de un órgano excluido por parte de la LEFP, y que el propio estatuto del personal judicial considera que los cargos tienen estabilidad, no cabe considerar la analogía o supletoriedad, sino que contraviene normas expresas.

Por otra parte, toma en consideración el Manual Descriptivo de Clases de Cargos, siendo de vieja data el criterio que el manual por sí solo no basta para determinar las efectivas funciones que la persona ejerce, sino que debe ser adminiculado al Registro de Información del Cargo y el Registro de Asignación del Cargo, pues una cosa son las funciones que contemple el manual y otra las que realmente ejerza el funcionario, que pueden coincidir o ser distintas.

Señala el Manual que fue decisivo en la determinación que las funciones del asistente de tribunal son:

Bajo **supervisión continua** del Coordinador de Secretarios, realiza trabajos de considerable complejidad, atendiendo en la **sustanciación, preparación de actas y transcripción de sentencias**³⁶ de acuerdo al orden que le asigne su supervisor, conforme a lo establecido en el Artículo 159 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

PROPÓSITO DEL CARGO

Apoyar a los Jueces y secretarios en todo lo relacionado con la tramitación y sustanciación de los expedientes, de forma oportuna y eficiente acorde con la brevedad, inmediatez y publicidad que requiere la oralidad de conformidad con lo establecido en el Artículo 2 y 3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.

³⁵ Cuya publicación en Gaceta Oficial se desconoce. Lo que ha de ser un documento público, pasa a ser uno de los secretos mejor guardados. Por otra parte, no se le impone al funcionario el contenido de dicho instrumento al momento de ejercer el cargo.

³⁶ Ésta última función no la encontramos en las labores específicas. Además se tiene que la misma es función principal de los abogados relatores.

LABORES ESPECÍFICAS:

- Participar en la redacción y transcripción de actos de sustanciación y mediación.
- Realizar autos de mediana complejidad generalmente ordinarios, carteles, admisión de demandas, admisión de apelación oficial a la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia, decretos de medidas precautelativas, boletas de notificación y autos procesales en general, con el fin de coadyuvar en la actuación procedimental que compete al Tribunal del Trabajo, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 2 y 3 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo.
- Ofrecer su aporte contributivo a los Jueces y Secretarios en relación a la tramitación y sustanciación de los expedientes, con el fin de mantener los niveles de efectividad y eficiencia de la gestión tribunalicia.
- Entregar a su supervisor inmediato el listado de las actuaciones elaboradas diariamente.
- Realizar otras funciones que le sean encomendadas por su supervisor inmediato en correspondencia con la naturaleza de su cargo; tales como: apoyar al pool de Secretarios de los Tribunales del Trabajo”.

Adminiculando estas funciones, con la motivación que la misma sentencia acoge para determinar la diferencia entre funcionarios de carrera y de libre nombramiento y remoción, se observa de todas las labores, la estricta sujeción a las directrices de secretarios y jueces, lo cual deja por fuera automáticamente cualquier decisión autónoma, lo cual concuerda con la noción, que a entender de quienes suscribieron la sentencia, determinan que el cargo es de carrera.

Sigue la sentencia aduciendo:

Ahora bien, adentrándonos al análisis de las señaladas documentales, es de indicar, que de las funciones ejercidas por la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín, se evidencia, bajo las particulares circunstancias de este caso, la realización de admisiones de demandas, admisiones de apelaciones, así como la emisión de carteles, lo que implica el manejo continuo de expedientes de las diferentes causas que cursan ante el tribunal, actividad ésta que lleva implícito el manejo de información netamente confidencial relacionada con dichos procesos judiciales, lo que le otorga la condición del personal de confianza al cargo de Asistente de Tribunal y por ende de libre nombramiento y remoción.

Por tal razón, la ciudadana Arlina Del Valle Gorrín, podía ser removida del cargo de Asistente de Tribunal por el Director Ejecutivo de la Magistratura (DEM), sin que previamente se realizara algún procedimiento tendente a la remoción, en virtud de ser un cargo calificado de confianza y por ende, de libre nombramiento y remoción. Así se decide.

Véase que la argumentación es que el funcionario admite demandas, apelaciones y emite carteles “lo que implica el manejo continuo de expedientes”; vale recalcar, expedientes que son públicos y cuya decisión no

recae en manos del funcionario. Ahora bien, si el manejo de información sensible comporta que el funcionario sea de confianza, habría que llegar a la conclusión que **TODOS LOS FUNCIONARIOS DEL PODER PUBLICO SON DE CONFIANZA**. Veamos:

- Los oficiales están amparados por la carrera militar, y sin embargo manejan información sensible a la estrategia y seguridad de la República. Aun cuando estos son supuestos para considerarlos como de confianza según la normativa general del Estatuto de la Función Pública, su estatuto propio prevé la carrera y a ningún ministro de la defensa se le ha ocurrido considerarlos como de libre remoción.
- Los policías manejan estrategias policiales confidenciales de seguridad ciudadana; además instruyen expedientes y realizan investigaciones penales y criminalísticas y su propia ley los considera como de carrera.
- La administración Pública, de manera continua genera informes confidenciales y manejan los funcionarios información que sólo compete al órgano, y no por ello son de confianza.

Si tomamos en cuenta lo que indica la Ley del Estatuto de la Función Pública (que solapadamente fue el sustento de la decisión), la condición para ser considerado como de confianza no es el manejo de documentos o información confidencial. Veamos:

Artículo 21. Los cargos de confianza serán aquellos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros o viceministras, de los directores o directoras generales y de los directores o directoras o sus equivalentes. También se considerarán cargos de confianza aquellos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad del estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley.

La norma distingue claramente dos supuestos para considerar a un funcionario como de confianza; el primero de ellos la confidencialidad exigida y luego, separado por un punto y seguido, el segundo supuesto de la norma que no depende ya de la confidencialidad en determinados despachos, cuyo supuesto puso fin el punto y seguido, sino de otros supuestos relacionados con la idea principal, el cual está dado por funciones específicas, señalando de manera taxativa la norma que "*también*" (igualmente, asimismo, adicionalmente) serán considerados como de confianza aquéllos cuyas funciones comprenden principalmente actividades de seguridad del estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley. Este segundo supuesto de

la norma exige además una condición adicional, ya que no se trata que un funcionario ejerza una función determinada para ser considerado como de confianza, sino que exige que dicha función [que determina la confianza] ha de ejercerse de manera principal, preferente, que dicha función domine sobre las otras, de tal suerte que si el funcionario tiene atribuidas múltiples funciones, habrá de ponderarse en qué proporción o relación estas actividades que lo definen como de confianza privan sobre el resto de las actividades que el funcionario ejerce.

Es el caso que la confidencialidad exigida es de grado superlativo, pero debe definirse la intención, grado y alcance de dicha confidencialidad. La confidencialidad, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³⁷, es la cualidad de confidencial, mientras que lo confidencial es “Que se hace o se dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas”.

La información que se maneja como confidencial a los fines de la norma, no es la que ha de manejar cualquier funcionario, que se encuentra amparada por el deber de reserva y confidencialidad que *obliga* a todos los funcionarios, y cuyo incumplimiento puede ser desde una falta hasta un delito, dependiendo de la información de que se trate (secretos de estado por ejemplo) o del beneficio que se obtenga de la divulgación, bien para el propio funcionario o para terceros. La información que se maneja como confidencial es la que debe considerarse como de alta política. Por ello, no es casual, que los despachos a los cuales han de estar adscrito el funcionario que maneja la información sea la correspondiente al de las “máximas autoridades de la Administración”, que a su vez, son los considerados por la misma Ley como de Alto Nivel y por ende de libre nombramiento y remoción.

Dentro de la estructura organizativa de la Administración Pública, toda dependencia o unidad se encuentra adscrita a una dirección, bien directamente o no, que a su vez, en la Administración Pública Nacional, se encuentra adscrito a un Ministerio. Siendo ello así, cualquier interpretación laxa de la norma llevaría a la conclusión que todos los funcionarios son de confianza, en el entendido que se encuentran adscrito a una dirección o a un ministerio. Por ello, el legislador, entendiendo que se trata de una excepción al régimen general, previó que la confianza debe ser en el “*despacho*” de estas autoridades, es decir, de aquellas personas que en los momentos de discusión y toma de decisiones esenciales, se encuentran presentes, tal como adjuntos, asistentes, secretario de junta, etc., que en razón de la confianza con el jerarca se encuentra adscrito y en el despacho.

³⁷ Versión electrónica correspondiente a la vigésima segunda edición <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>

Volviendo a lo anteriormente explicado, resulta lógico cuando vemos que un funcionario es de alto nivel y su adjunto es de confianza, pero resulta un contrasentido que el juez pueda tener estabilidad en el cargo y no sus auxiliares y subalternos.

Pese a ello, fue el supuesto que tomó en consideración la sentencia para indicar que esa funcionaria era de confianza y por ende de libre remoción³⁸, así como queda el sobreentendido que lo ha de ser cualquier funcionario judicial; sin embargo, se omite un detalle: las condiciones y normativa de libre remoción a que se contrae la Ley del Estatuto de la Función Pública son inaplicables a los funcionarios judiciales, y se conjuga con la excepcionalidad que el propio artículo 146 que la Constitución promulga, razón por la cual debe ser prevista en un texto legal expreso.

Siendo así, y si el Estatuto del Personal Judicial es válido y aplicable: ¿Bajo qué normativa puede considerarse la confianza como elemento determinante de la condición de libre remoción de un funcionario del poder judicial? ¿Cómo queda la estabilidad que dicho Estatuto promulga?

Las respuestas a estas interrogantes, a mi entender, sólo demuestran la contrariedad a derecho de la sentencia.

Peor aún, la pretensión derivada de la misma sentencia, de que cualquier funcionario judicial entraría bajo los mismos supuestos y por ende, de libre remoción, como ha pretendido aplicarse en algunos casos, resulta aún más contradictoria al propio estatuto y a los principios que la Constitución propugna.

En tal sentido debe traerse a colación la sentencia 1412 del 10 de julio de 2007³⁹ de la Sala Constitucional, que sobre el punto no tiene desperdicio⁴⁰, razón por la cual pido disculpas por la transcripción extensa de la misma, indicando:

[En criterio del actor], es inconstitucional una declaratoria genérica como la que, según expone, está contenida en el tercer aparte del artículo 298 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, por cuanto se violan al menos tres disposiciones del Texto Fundamental: el artículo 89 (sobre intangibilidad y progresividad de los derechos laborales), el artículo 93 (sobre estabilidad en el empleo) y el artículo 146 (sobre carrera administrativa).

³⁸ Queda la duda si del juez o del director de la D.E.M.

³⁹ <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/julio/1412-100707-04-2469.HTM>

⁴⁰ Debo aclarar que la referencia es la noción de estabilidad y errado de considerar a todos los funcionarios de un órgano o ente como de libre nombramiento y remoción, debiendo indicar que mantengo mi inconformidad con otros criterios como de la interpretación constitucionalizante, o la posibilidad de una suerte de delegación legislativa para que un acto sublegal desarrolle elementos propios de la Ley, entre otros.

Como se observa, el actor invoca normas constitucionales de protección del empleo, tanto privado como público. No centra su demanda, entonces, en las garantías contenidas en la Carta Magna a favor de los funcionarios públicos (en particular, el artículo 146), sino que se extiende incluso a las normas destinadas a tutelar a los trabajadores en general.

Estima la Sala, sin embargo, que las diferencias entre el régimen laboral y el estatutario exigen limitarse, para casos como el de autos, a las previsiones sobre la función pública, sin pretender fundar la demanda también, así haya aspectos comunes, en los dispositivos constitucionales destinados a los trabajadores. En el fondo, el actor alega una sola violación: a la estabilidad en el empleo, siendo lo correcto limitar la argumentación a la estabilidad específica reconocida a los funcionarios públicos. No en balde, un régimen estatutario surge precisamente para exceptuar a los funcionarios del Estado del régimen jurídico laboral.

Hecha esa precisión, la Sala observa:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dedica las Secciones Segunda y Tercera del Capítulo I del Título IV a la regulación del régimen de la función pública, a fin de fijar sus principios básicos e intangibles. Es categórica la Carta Magna al respecto, evidenciándose con claridad su espíritu: la conformación de un cuerpo de funcionarios que sirvan cabalmente al Estado para el cumplimiento de sus cometidos.

Precisamente para asegurar ese propósito, el Constituyente ha sentado las bases sobre las que debe descansar toda la legislación funcionarial, destacando en particular ciertas exigencias, tales como el ingreso por concurso, la garantía de estabilidad o la evaluación del desempeño. Como se ve, la Carta Magna pretende alcanzar la eficiencia en la gestión administrativa, a través de muchos instrumentos: algunos sirven para asegurar que el Estado cuente con los servidores apropiados (concursos y evaluaciones), otros, para proteger al funcionario frente a la tentación autoritaria (como la estabilidad).

En el caso de autos, se denuncia que el tercer aparte del artículo 298 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras viola una de esas garantías, en concreto la de estabilidad en la carrera administrativa, prevista en el artículo 146 de la Constitución. Para la parte demandante, no es posible que una norma legal establezca que todos los empleados de determinado órgano u ente público sean de libre nombramiento y remoción, toda vez que ello implica necesariamente la infracción de la regla constitucional conforme a la cual los “cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera”, si bien puede haber, por excepción, cargos que no lo sean.

Esta Sala comparte esa premisa que sirve de fundamento a la demanda, aunque no su conclusión. Como se expondrá a continuación, **la Sala efectivamente concuerda en que la Constitución no permite que todos los cargos administrativos sean de libre nombramiento y remoción, pues el Texto Fundamental parte de la idea contraria: que sean de carrera, pero es del criterio de que el artículo impugnado no contiene la exclusión que la parte accionante**

denuncia, sino que se trata de una errada interpretación por parte de FOGADE, que ha llevado a aplicar indebidamente la Ley en los casos concretos.

De ese modo, dispone con claridad el encabezamiento del artículo 146 de la Constitución, lo siguiente:

“Los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley”.

Si la carrera es entonces la regla y la condición de libre nombramiento y remoción es la excepción, resulta obvia la inconstitucionalidad de cualquier norma que pretenda invertir tal situación. De hecho, los tribunales de lo contencioso administrativo con competencia en lo funcional siempre han sido especialmente celosos en proteger ese principio, lo que ha llevado a innumerables anulaciones de actos administrativos de remoción en distintos entes públicos.

La Constitución permite exclusiones a ese régimen general de carrera administrativa, siempre que se haga por estatutos que tengan rango legal. De por sí, toda la regulación estatutaria –en sus diversos aspectos: ingreso, deberes, derechos, permanencia, sanciones y egreso de funcionarios- es de reserva legal, conforme lo dispone el artículo 144 de la Carta Magna, según el cual:

“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 proveerán su incorporación a la seguridad social. La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos”.

Ahora bien, aun siendo materia de la reserva legal, la Sala estima que es constitucionalmente válido que el legislador faculte a autoridades administrativas para dictar estatutos funcionariales especiales, tal como lo hace el artículo 298 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. No es necesario, pues, que los estatutos especiales estén contenidos en leyes, siempre que sea clara la voluntad del legislador de delegar ese poder.

En principio, sólo la ley puede contener normas sobre los funcionarios públicos, pero el legislador es libre de entregar a la Administración (Ejecutivo o entes descentralizados) la competencia para dictar el estatuto especial, sin que puedan incluirse en esa delegación, por supuesto, aspectos que escapen de la deslegalización, tales como los de contenido sancionatorio (sobre la delegación del poder para dictar estatutos funcionariales especiales, la Sala ha fijado criterio en reciente fallo: N° 2530/2006; caso: “Colisión entre la Ley del Estatuto de la Función Pública y el Decreto con Fuerza de Ley de los Órganos de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas”).

No comparte la Sala, entonces, la afirmación de los terceros intervinientes en esta causa, según la cual el hecho de que la Ley del Estatuto de la Función Pública no mencione a FOGADE entre los órganos excluidos de su aplicación, resulta

necesariamente en su inclusión. Es aceptable que otra ley –en este caso, la Ley Especial sobre Instituciones Financieras, que regula los órganos de control sobre ese sector- sea la que contenga la exclusión del estatuto general o sea la que, sin desarrollar las previsiones concretas sobre funcionarios, permita que la Administración fije las reglas aplicables a las personas a su servicio.

Para la Sala, sin embargo -tal como lo apuntó el Ministerio Público-, el problema planteado por la parte actora no está realmente en la disposición impugnada, toda vez que en ella no se establece que todos los funcionarios de FOGADE serán de libre nombramiento y remoción, sino que se remite a un estatuto especial que corresponde dictar a la Junta Directiva de ese Fondo, por delegación contenida en el artículo 293, número 5 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. A falta de tal estatuto, no es posible precisar cuáles son los cargos verdaderamente calificables, en razón de su naturaleza, como de libre nombramiento y remoción.

Hasta ahora lo que ha ocurrido es que FOGADE, a través de su Presidente, ha concedido al tercer aparte del artículo 298 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras un alcance distinto al que se desprende de su letra, pretendiendo encontrar en él una exclusión general de la carrera administrativa para todos los funcionarios de ese Fondo, cuando la determinación acerca de la naturaleza de los diversos cargos en dicho Instituto Autónomo debe estar contenida en el estatuto especial correspondiente, estatuto que, además, nunca podría contener una negación absoluta de la carrera administrativa.

Como se observa, en sentido similar a lo advertido por el Ministerio Público y la Asamblea Nacional, no es el artículo impugnado el que viola la Constitución, sino la interpretación y aplicación que ha hecho FOGADE. De hecho, esta Sala está en conocimiento de las numerosas demandas de nulidad intentadas contra FOGADE, a causa de actos de remoción de funcionarios, y del criterio de los tribunales contencioso-administrativos (en especial, de la alzada correspondiente: las Cortes de lo Contencioso Administrativo), los cuales han puesto continuamente de relieve la contrariedad a Derecho en el proceder de tal Fondo.

No desconoce la Sala que la Administración Pública venezolana incurre en el frecuente error de pretender limitar de manera excesiva la carrera administrativa, a través de la ampliación indebida de la condición de libre nombramiento y remoción. En franco atentado contra el espíritu constitucional, los órganos y entes administrativos, invocando diversos argumentos, intentan justificar la necesidad de que sus funcionarios no estén amparados por la estabilidad que proporciona la carrera administrativa.

Por lo general, la especialidad de las tareas, pero sobre todo un supuesto carácter confidencial de la información, llevan a una conclusión carente de fundamento: que todos o muchos de los funcionarios son de confianza, por lo que deben ser removidos libremente de sus cargos. Se trata, sin embargo, de una afirmación inconstitucional y, además, desproporcionada.

En efecto, esa idea no sólo vulnera el espíritu del Constituyente, negando la carrera a un número elevado de personas, sino que parte de un falso supuesto, cual es el hecho de que el acceso de información o la realización de ciertas tareas debe conducir necesariamente a la negación de la carrera administrativa, a fin de eliminar la estabilidad del funcionario.

En realidad, la Sala advierte que cualquier estatuto, general o especial, debe estar guiado por el principio básico según el cual prevalece la carrera y sólo excepcionalmente existen cargos de libre remoción. En la clasificación tradicional venezolana, la libre remoción se da en dos casos: cuando la persona ocupa cargos de alto nivel y cuando sus funciones implican un alto grado de confianza (llamados usualmente, cargos de alto nivel y cargos de confianza). Ahora bien, tanto una como otra situación deben ser tratadas con sumo rigor, con base siempre en una interpretación restrictiva, que impida, sobre todo, que se califique como alto nivel o confianza a cargos que, en puridad, no son ni lo uno ni lo otro.

La Administración -a la que no puede presuponerse ilegalidad en su actuación- en ocasiones tiene la pretensión de disponer de los cargos con la mayor facilidad posible para entregarlos a personas que puedan desarrollar la función mejor que quien lo ocupaba. Es lo que el representante de FOGADE ha expuesto ante esta Sala en defensa de la norma impugnada: que es imprescindible darle libertad a ese órgano, en razón de sus competencias y necesidades.

Sin embargo, debe advertir la Sala que la propia Constitución, desarrollada por el estatuto general (Ley del Estatuto de la Función Pública), incluye mecanismos destinados a garantizar el correcto funcionamiento de la Administración: los concursos, las evaluaciones y las medidas disciplinarias son los instrumentos para asegurar que los funcionarios públicos sean los más idóneos, profesional e incluso éticamente.

Si una persona ha demostrado, en el concurso correspondiente, capacidad para el cargo y si sus evaluaciones confirman lo acertado de su selección, poco tendrá que temer la Administración en cuanto al desempeño de sus servidores. E incluso, si se diera el caso de que el funcionario se apartara de sus deberes -por ejemplo, revelando información no disponible en ese momento para los administrados o aprovechando sus conocimientos para obtener provechos personales- bien podría ser objeto de sanciones disciplinarias que podrían llegar a su retiro por destitución.

Se cuenta, así, con suficientes medios, dentro de la carrera administrativa, para garantizar el eficiente funcionamiento de los órganos y entes que conforman la Administración, sin que sea necesario extender -hasta los límites de la burla al Constituyente- una noción que tiene un alcance muy restringido, como lo es la de cargos de libre nombramiento y remoción.

Sin duda, se hace imprescindible interiorizar, en la conciencia de los legisladores y jefes de la Administración, que sólo el respeto a la estabilidad de los funcionarios -aunado claro está, a una correcta selección, libre de

compromisos ajenos a la profesionalidad, y además a un adecuado seguimiento de sus tareas- consigue resultados favorables a largo plazo. No es difícil comprender que la libre remoción apareja no sólo inseguridad para los funcionarios debido a la inestabilidad, sino inconvenientes para la Administración, que sufre las consecuencias de una alta rotación de su personal, que con demasiada frecuencia no llega a familiarizarse con sus obligaciones durante los a veces muy breves períodos en el cargo para los cuales han sido designados.

La carrera administrativa no es, entonces, únicamente un derecho del funcionario o servidor público y una obligación para el Estado, de imprescindible cumplimiento, derivado de su rango supremo, sino que es, ante todo, una condición para alcanzar la eficiencia en la gestión pública. La carrera administrativa no es sólo el reconocimiento de estabilidad para el funcionario, pues no es eso lo único que el Constituyente quiere tutelar –como sí sucede con la protección de la estabilidad en el trabajo de los particulares–, sino que es la vía para contar con un cuerpo de funcionarios que sirvan para los objetivos del Estado, que no son otros que, en resumen, la procura del bienestar colectivo sin solución de continuidad.

La Procuraduría General de la República ha llamado la atención precisamente acerca del hecho de que el empleo público se regula de manera distinta al privado, lo que lleva a poner el énfasis, no en los derechos de las personas que prestan sus servicios a la Administración, sino en los intereses del propio Estado.

Ahora bien, para la Sala, aun siendo cierto que la especial relación de empleo entre el Estado y sus funcionarios justifica un régimen de Derecho Administrativo (estatutario), diferente del Derecho Laboral, y que ese régimen no sólo toma en cuenta la posición del funcionario, sino los intereses que atiende la Administración, ello no puede traer como consecuencia que se desconozcan los derechos de los funcionarios, como el de estabilidad. No existe relación necesaria entre las nociones invocadas por la Procuraduría General de la República: no es cierto que el interés público tenga más trascendencia que la estabilidad del funcionario, pues ello implica negar que la estabilidad es parte de los instrumentos para la satisfacción de tales intereses.

Una vez más, se observa cómo se pretende hacer recaer en la libertad de nombramiento y remoción la satisfacción de los altos intereses del Estado, en claro desdén por la carrera administrativa, como si ella, en lugar de una ventaja para la Administración (y, claro, para el funcionario), representase una traba, incluso un impedimento para el ejercicio adecuado de las tareas públicas. Se nota, de ese modo, una desconfianza hacia el régimen de la carrera, contraria al propósito de la Carta Magna y contraria a las corrientes teóricas sobre organización del Estado y sus demostradas ventajas prácticas.

A FOGADE, como a toda organización pública, se le supone la voluntad para cumplir sus competencias y la preocupación por contar con el mejor personal para ello. No es, sin embargo, con libertad total de remoción de los funcionarios

que se lograrán sus metas, pues de esa manera sólo se estaría haciendo descansar la buena marcha de la institución en uno de los varios instrumentos de control. Si la Administración, por supuesto, no es celosa en la selección de sus funcionarios, se verá compelida a sustituirlos con frecuencia.

No le falta razón a la Procuraduría General de la República cuando destaca la necesidad, en ciertos casos, de contar con funcionarios que sean libremente removibles, y tampoco es desacertada cuando pone de relieve la importancia de FOGADE dentro del sistema financiero nacional. De hecho, ni siquiera la parte actora ni los terceros intervinientes han negado la relevancia de esa Institución: lo que se ha discutido es que ello sea motivo suficiente para ampliar la noción de cargos de libre nombramiento y remoción.

No puede compartir la Sala el criterio de la Procuraduría General de la República, en el sentido de estimar válido, desde el punto de vista constitucional, que una ley excluya por completo de la carrera administrativa a todo un cuerpo de funcionarios. Como se ha visto, no es ello lo que establece el artículo impugnado, aunque sí es lo que FOGADE ha entendido al aplicar la Ley y es lo que la Procuraduría General también llega a admitir.

El representante de FOGADE sostiene que, nada en la Constitución, en especial en su artículo 146, puede llevar a pensar que existe una prohibición para que un ente público cuente con personal libremente removable en su totalidad. Según advierte, más bien esa situación le parece aconsejable y asevera que responde a las más modernas técnicas de gestión de recursos humanos, e incluso, a la necesidad de que se rediseñen las instituciones públicas a fin de adaptarlas al nuevo modelo de Estado Social de Derecho y de Justicia que consagra el Texto Fundamental. No puede entender la Sala, aparte de cómo el apoderado de FOGADE trastoca por completo el sentido del artículo 146 de la Constitución, de qué manera se puede refundar el Estado violando los propios principios que son el sustento de la Carta Magna.

Como se observa, el caso de autos se ha planteado como una demanda por inconstitucionalidad de una norma legal, pero el estudio del caso ha revelado que en realidad se trata de la necesidad de que se declare inconstitucional la interpretación que ha hecho la Administración acerca del alcance de una determinada disposición.

La Sala ha dejado sentado en diversas sentencias (ver, al respecto, los fallos números. 2855/2002 y 952/2003) que en ocasiones es necesario, para hacer valer el Texto Fundamental, declarar que determinada interpretación de una norma legal es inconstitucional, de manera de advertir a los operadores jurídicos acerca de la imposibilidad de aplicarla con base en el criterio que se ha estimado violatorio de la Carta Magna. Esas sentencias interpretativas son un mecanismo, frecuente en diversos ordenamientos, como el alemán, español o italiano, para mantener la integridad del Derecho e impedir a la vez su errada aplicación.

En el caso de autos, aunque el artículo impugnado, por sí mismo, no infringe la Constitución, sí ha sido aplicado reiteradamente de manera violatoria del Texto

Fundamental. No basta que esta Sala desestime la demanda de anulación de la norma contenida en el tercer aparte del artículo 298 del Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, sino que debe, a fin de impedir que se perpetúe su indebida aplicación, fijar su correcta interpretación. Por lo tanto, la Sala haciendo uso de sus poderes para la interpretación constitucionalizante de las normas legales, que se convierta en doctrina vinculante para los operadores jurídicos, rechaza la interpretación que hacen la Procuraduría General de la República y FOGADE respecto del artículo 146 de la Carta Magna, pues con ella se pretende dar a la norma impugnada un alcance del que carece.

No es posible sostener, tras una lectura de ese artículo 146 que atienda a su espíritu, que el reconocimiento de la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción es suficiente para constitucionalizar una exclusión total de la carrera administrativa, que es lo que pretenden ver en el tercer aparte del artículo 298 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras. Por eso la parte demandante y los terceros intervinientes han pedido que la Sala anule la norma: porque FOGADE (en lo que le apoya la Procuraduría General de la República) ve en ella una declaración inexistente.

Ciertamente el artículo 146 de la Constitución de la República permite la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción, en los cuales se carece de la estabilidad que proporciona la carrera administrativa, pero no es de recibo olvidar que esos cargos son excepciones dentro de la organización de la Administración. Ni siquiera las más elevadas responsabilidades de determinados entes u órganos estatales pueden hacer perder de vista esa limitación.

Sorprende a la Sala la afirmación de la representación de FOGADE, según la cual debe aceptarse que una ley especial excluya de la carrera a todo un cuerpo de funcionarios, porque la Constitución prevé la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción y, sobre todo, porque los principios relativos a la carrera y la estabilidad “no son sacrosantos”, sino que deben ceder ante “el valor superior de la eficacia y eficiencia administrativa”.

De esas afirmaciones, sobre las cuales la Sala ha sentado su criterio en los párrafos previos, lo que en realidad asombra es la negación de la carrera y la estabilidad. No cabe duda –incluso no lo han negado los otros opositores a la demanda– que la carrera y la estabilidad son principios supremos del ordenamiento. De por sí, el hallarse recogidos en la Constitución le confiere ese carácter.

No desconoce la Sala, que también la eficacia y la eficiencia en la gestión administrativa son principios supremos contenidos en el artículo 141 de la Constitución, pero se ha visto en este fallo cómo la estabilidad sirve para alcanzar tales propósitos. No son, entonces, aspectos incompatibles, como quiere hacerlo ver la representación de FOGADE, sino complementarios.

Además, en la argumentación de FOGADE hay una constante imprecisión sobre la cual quiere montarse la necesidad de exclusión de la carrera: la seguridad de Estado que está implícita en la actividad de ese Fondo. Sin negar su relevancia – que, como se ha dicho, no lo hacen ni el demandante ni quienes le apoyan-, las funciones de FOGADE no son, en sentido estricto, de seguridad de Estado.

En efecto, el concepto de seguridad de Estado no puede alcanzar el extremo de abarcar un sin número de actividades públicas. Parece olvidarse con frecuencia, que el Estado interviene normalmente en todos los sectores en los que se evidencia la necesidad de control, como el bancario (o el de seguros, el asistencial, el educativo, el de trasportes, entre otros), sin que en todos esos casos sea de recibo sostener que la seguridad estatal está en juego.

Es lo que hace, justamente, la representación de FOGADE, al afirmar que el concepto de seguridad es omnicompreensivo y que, además, cada vez se extiende más. En su criterio, ello es lo correcto; para la Sala, en cambio, no pueden confundirse la importancia de las labores de un ente, así como la trascendencia de la actividad concreta sobre los particulares, con la seguridad, pues ello llevaría a calificar como seguridad del Estado –con todas sus consecuencias- a casi todas las labores de la Administración. Al respecto, esta Sala, en el citado fallo N° 2530/2006, negó que el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC) constituyese, a efectos funcionariales, un órgano de seguridad de Estado.

Por su lado, la Asamblea Nacional hace una serie de consideraciones acerca del error que, en su criterio, comete la parte actora al confundir la condición de funcionario de carrera con el carácter de libre remoción de determinados cargos. Según expone, no debe confundirse lo que es un derecho de la persona (la carrera y, en consecuencia, la estabilidad) con lo que es un atributo del cargo (la libre remoción de quien lo ocupa), pues se puede dar el caso de que un funcionario de carrera (por haber alcanzado por la vía legal esa condición) ocupe un cargo de libre remoción. Estima la Asamblea Nacional que ese supuesto desacierto del demandante le lleva a concluir, erradamente, la inconstitucionalidad de la norma impugnada.

Ahora bien, la Sala observa que ni siquiera es necesario determinar si el actor ha incurrido en ese aparente error conceptual, toda vez que ello en nada incide sobre su denuncia. Lo que el demandante ha censurado es la exclusión general de la carrera administrativa que, en su opinión, se presenta en FOGADE amparado por la ley que lo regula. Así, aunque algunas personas pudieran hacer valer que previamente han adquirido la condición de funcionarios de carrera, la denuncia en esta causa se circunscribe a que esa condición no les impediría ser removidos libremente de los cargos que ocupen en ese Fondo, al menos con la aplicación que la Presidencia de FOGADE ha hecho de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras y que se ha revelado perjudicial para el actor y para los terceros que intervienen en este proceso.

Por idéntica razón, carece también de relevancia otra de las aseveraciones de la Asamblea Nacional, órgano que ha insistido en que el actor no ha podido demostrar el fundamento jurídico que le permite afirmar que los funcionarios de FOGADE eran, antes de la ley impugnada, funcionarios de carrera. Según se ha visto, ello es intrascendente a los efectos de este fallo.

En criterio de la Sala, entonces, FOGADE ha debido fundamentar sus decisiones en un estatuto especial sobre régimen funcional que de manera expresa previese los cargos (y no los funcionarios, así sea ése el término que emplea la Ley) de libre nombramiento y remoción. Ese estatuto fue dictado en fecha reciente (publicado en la Gaceta Oficial N° 38.503 del 18 de agosto de 2006), pero la representación de FOGADE admite que no se contaba con él para la oportunidad de interposición de la presente demanda. En ausencia de tal estatuto especial, es necesario regirse por el estatuto general de los servidores del Estado.

En tal situación, no era posible para el Presidente de ese Fondo entenderse habilitado para remover a todos los funcionarios con total libertad. En ese sentido, resulta errada la argumentación del representante de FOGADE, pues aunque admite que la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras exige un estatuto especial, le restó importancia a su ausencia y afirmó que dicha Ley concede suficiente cobertura a la libre remoción. Lo cierto es que FOGADE debió aplicar el estatuto funcional general para dictar cualquier medida de remoción.

Por todo lo expuesto, la Sala declara:

- 1) Que el tercer aparte del artículo 298 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras no contiene la exclusión de la carrera administrativa de la totalidad de los cargos de FOGADE.
- 2) Que ese artículo 298 contiene una remisión a un estatuto funcional especial, que es competencia de la Junta Directiva de FOGADE, en el cual deben determinarse los cargos que, por su naturaleza, sean de libre nombramiento y remoción.
- 3) Que ese estatuto especial debe tener, como principio rector, la condición de carrera de la mayoría de los cargos dentro de la organización de FOGADE, siendo los de libre nombramiento y remoción solo una excepción, debidamente justificada.
- 4) Que entretanto no existía tal estatuto especial, el Presidente de FOGADE no podía remover libremente de sus cargos a los funcionarios al servicio del ente, al presumirse que los cargos eran de carrera.

Por lo expuesto, se declara la constitucionalidad del artículo 298 de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, interpretado como se ha hecho en este fallo, es decir, como una norma que simplemente faculta a FOGADE a dictar un estatuto funcional especial que contemple que determinados cargos en su estructura serán de libre remoción, de acuerdo con la naturaleza de las tareas que tienen encomendados. Así se decide.

Aun cuando pudiera parecer, no se trata de una sentencia extranjera, ni pretérita, sino relativamente actual, que acogiendo los más claros criterios que impone la Constitución, la hace valer en toda su extensión aun en contra de la pretendida protección a la Administración⁴¹. Siendo ello así, y aplicando el mismo criterio que sostiene la Sala Constitucional, resulta contrario a los propios principios constitucionales, pretender que todos los funcionarios judiciales puedan ser de libre remoción; por el contrario, existe la duda planteada en el presente trabajo con respecto a secretarios, alguaciles e incluso, relatores, que aun cuando quiera pretenderse que sus funciones y cercanía a la toma de decisiones del juez lo acerca a la noción de confianza, se topa con el muro de contención que implica el fundamento legal de tal criterio, ante normas expresas que otorgan la estabilidad y que son propias de la función judicial, frente a la pretendida aplicación de una norma legal que se encuentra expresamente excluida (Ley del Estatuto de la Función Pública) y una interpretación extensiva de la misma, pues exige, para ser considerado como de confianza, la confidencialidad en ciertos y determinado despachos⁴².

Siendo ello así, la citada sentencia de la Corte Segunda, anteriormente comentada, contraviene expresos criterios constitucionales y doctrina “vinculante” del Tribunal Supremo de Justicia.

La sentencia continuó revisando el vicio denunciado de violación al debido proceso, el cual, bajo la premisa que era de confianza, resultaría lógico que no ameritaría procedimiento alguno para removerlo; sin embargo, vimos como difícilmente puede considerarse de confianza.

Conclusiones

No cabe duda que el Poder Judicial es complejo en su organización, constituida de manera diferente al resto de los Poderes y donde la Ley del

⁴¹ Muchas son las sentencias de la Sala Constitucional, que revisando sentencias tanto de las Cortes de lo Contencioso Administrativo como de la propia Sala Político Administrativa, han repuesto el debido cauce en las relaciones estado-particular, criticando acremente que se pretenda favorecer de manera absurda el criterio sostenido en un acto administrativo, como el de la teoría de conservación de los actos, sostenido por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Lamentablemente son también muchas las que hacen un trabajo diametralmente opuesto.

⁴² Se ha pretendido que la parte final del encabezado del artículo 21, al establecer como despachos a los que se considera su adscripción como suficiente para considerar el cargo como de confianza los “...de las máximas autoridades de la Administración Pública, de los viceministros o viceministras, de los directores o directoras generales y de los directores o directoras o sus equivalentes”, que al referir a un “equivalente” resulta suficiente como cláusula abierta para considerar cualquier jerarca, siendo que ese equivalente es exclusivo para determinar un nivel, similar al de director, dependiendo de la denominación que asuma la organización (en algunos casos gerente es equivalente a director, como puede ser denominado líder, etc.)

Estatuto de la Función Pública, para serle aplicable, debe contar con ciertos capítulos que lo pudieran diferenciar en lo que respecta a la gestión y ejecución de la función pública; sin embargo, dada la diversidad de normas que le regulan, surge la necesidad de fundirla en un solo texto, y conforme el mandato constitucional debe un texto legal, para lo cual podría aprovecharse la ley que organiza y regula el Poder, como es la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por otra parte, si bien es deber de todos los poderes, respetar y garantizar la Constitución, este deber resulta superlativo a los órganos jurisdiccionales, siendo lamentable observar sentencias que no sólo desconocen estos principios, sino que incluso, contradicen expresos criterios sostenidos por la sala Constitucional y que le resultan (o por lo menos le deben resultar) conocidos a los operadores de justicia. NO puede pretenderse que de un brochazo, se le cercene la noción de estabilidad a todos los funcionarios judiciales y, peor aún, obviando cualquier sustento legal a dicha decisión. Los operadores judiciales, así como los funcionarios en general, deben tener claro los criterios de que la Administración no está concebida para actuar al antojo del jerarca, y que las decisiones que tome la Administración puede repercutir en la responsabilidad personal del funcionario que las ordene o las ejecute, conforme los mandatos del artículo 25 Constitucional.

Así, pretender que todos los funcionarios de una determinada organización son de libre remoción, solo serviría para sembrar el terror, que sobre sus cabezas siempre podrá caer la guadaña del retiro, sin mediar justificación ni proceso.

No son estos los principios que acoge la Constitución y que han de ser respetado en todo lo atinente a la función pública.

Caracas, septiembre 2016

COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

Enero – Diciembre 2017

José A. Reyes F. e Iván D. Paredes Calderón

SUMARIO

I. La Ley del Estatuto de la Función Pública. 1. Tesis de la estabilidad provisional o transitoria. 2. Régimen de los funcionarios públicos bajo la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa. 3. Régimen funcional de los órganos excluidos. 4. Régimen funcional a nivel municipal.

II. Funcionarios públicos. 1. Tipos: carrera y libre nombramiento y remoción. A. Cargos de confianza.

III. Derechos de los funcionarios públicos. 1. Garantía de la inmunidad parlamentaria. 2. Gestiones reubicatorias. A. Contenido de la actividad reubicatoria. B. Duración de las gestiones reubicatorias. 3. Remuneración. A. De los diputados. B. Remuneración de los funcionarios de alto nivel. 4. Derecho a la seguridad social. 5. Derecho a las prestaciones sociales. A. Presentación de declaración jurada de patrimonio para la procedencia del pago de prestaciones sociales. 6. Otros beneficios laborales. A. Compensación por servicio eficiente. B. Derecho al beneficio de alimentación.

IV. Sistema de administración de personal. 1. Periodo de prueba. 2. Reducción de personal. 3. Compatibilidad en el ejercicio de más de un cargo público. 4. Vías de hecho en la función pública. 5. Dirección y gestión de la función pública. A. Poder Judicial. 6. Reestructuración administrativa. 7. Evaluación de desempeño. 8. Reclassificación de cargos. 9. Paralelismo de formas en la función pública.

V. Las situaciones activas de los funcionarios públicos. 1. Permisos y licencias. 2. Comisión de servicios.

VI. Las situaciones pasivas de los funcionarios públicos. 1. La jubilación. A. Conceptos integrantes de la pensión de jubilación. B. Ajuste de jubilación. C. Restitución del pago de la pensión. D. Reserva legal del régimen de jubilaciones. E. Prevalencia de la jubilación frente al retiro. 2. Incapacidad. 3. Remoción y retiro. A. Diferencia entre remoción y retiro.

VII. Protección a la maternidad y paternidad en la función pública. 1. Inamovilidad especial (hijos con discapacidad). 2. Fuero maternal en la función pública. 3. Protección paternal en la función pública. A. Efectos de la declaratoria de nulidad de actos dictados en contravención al fuero paternal.

VIII. Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos. 1. Autonomía de los distintos tipos de responsabilidades. 2. Destitución. 3. Causales de destitución. A Falta de probidad. B. Desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor inmediato. C. Incumplimiento reiterado de los

deberes inherentes al cargo. D. Abandono injustificado al trabajo durante tres días hábiles dentro del lapso de treinta días continuos. 4. Prescripción de las faltas administrativas. 5. Regímenes especiales de responsabilidad disciplinaria. A. Sobre los jueces.

IX. Procedimiento administrativo disciplinario. 1. Expediente administrativo. 2. La notificación a funcionarios de reposo. 3. Debido procedimiento. 4. Derecho a la defensa. A. Derecho a la defensa y revocatoria de nombramientos. 5. La presunción de inocencia en los procedimientos administrativos sancionatorios. 6. Principio de no preclusividad o flexibilidad del procedimiento administrativo. 7. Deber de inhibición de los funcionarios públicos.

X. El acto administrativo en materia de función pública. 1. Vicios. A. Violación al principio de proporcionalidad. B. Falso supuesto. C. Vicio de incompetencia. 2. Requisitos del acto administrativo. 3. La notificación. A. Notificación defectuosa. B. Notificación en casos de pagos. 4. Potestad de autotutela.

XI. El contencioso administrativo funcional. 1. La querrela. A. Lapso de X de la querrela. B. Falta de consignación de documentos fundamentales. 2. Extensión del lapso de caducidad a la consulta obligatoria. 3. Efectos de la sentencia. A. Pago de intereses moratorios. B. Diferencia entre indexación y pago de intereses moratorios. 4. Carga de la prueba. 5. Competencia. 6. Prerrogativas procesales de la República, estados y municipios.

XII. El amparo constitucional en materia de función pública. 1. Tutela cautelar en función pública.

I. LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. TESIS DE LA ESTABILIDAD PROVISIONAL O TRANSITORIA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

5 de abril de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2014-001001.

Sentencia Nro.: 2017-0316.

Caso: Martha Cabrera vs. Instituto de Vialidad Y Transporte del Estado Miranda (INVITRAMI).

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

Ahora bien, según la tesis en comento, aquél funcionario que se encuentre en situación de provisionalidad tendría derecho a participar en el concurso público que convoque la Administración para proveer definitivamente el cargo que ocupa, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos para ocupar el mismo, por lo que la Administración tiene el deber de considerar el tiempo de servicio y el desempeño que dicho funcionario tuvo en el ejercicio del cargo.

En este mismo orden de ideas, es pertinente manifestar que la tesis de estudio, tesis de la estabilidad provisional o transitoria hasta la realización del concurso, solo es aplicable dentro del marco de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública, existiendo determinados casos en los cuales no puede ser aplicada, toda vez que están exceptuados de su aplicación: I) aquellos funcionarios que desempeñen cargos de libre nombramiento y remoción (alto nivel o de confianza), y, II) el personal contratado al servicio de la Administración Pública, cuyo régimen jurídico será aquel previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral (artículo 38 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).

(...omissis...)

Por las consideraciones anteriores, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo estima que la actuación del ente recurrido contradice flagrantemente los postulados constitucionales que fueron plenamente analizados en el presente fallo, transgrediendo con su actuación las disposiciones normativas establecidas en los artículos 144 y 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Asimismo, considera este Órgano Jurisdiccional que la Administración en el caso de marras menoscabó lo dispuesto en las normas establecidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, referentes al ingreso del personal a la Administración (artículos 40 y siguientes), al indicar que la querellante fue (retirada) del cargo Analista de Personal VI, por no cumplir con el concurso público, cuando el artículo 41 ejusdem señala, que la realización de los concursos públicos, es una obligación de las oficinas de Recursos Humanos de los órganos y demás entes de la Administración Pública, obviando el Instituto de Vialidad y Transporte del estado Miranda (INVITRAMI), con la fundamentación del acto administrativo el retiro de la querellante del “cargo de analista de personal VI, adscrito a la Gerencia de Administración y Finanzas, por cuanto no es funcionario público de carrera, no goza el derecho a la estabilidad”. Por lo tanto, la Administración no podía concluir que la ciudadana Martha Victoria Cabrera Lozano, no tenía derecho a la estabilidad fundamentándose en que la aludida ciudadana no realizó el respectivo concurso público, siendo que como se estableció en líneas anteriores la realización del referido concurso público debía garantizarlo la Administración. Así se decide.

2. RÉGIMEN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS BAJO LA VIGENCIA DE LA LEY DE CARRERA ADMINISTRATIVA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

29 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000044.

Sentencia Nro.: 2017-0298.

Caso: Briccia Coromoto Alvarado Loreto vs. Fiscalía General de la República.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

Ahora bien, considera oportuno esta Corte destacar, que antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999, -que elevó a rango constitucional el aprobar el concurso público de oposición como requisito indispensable para ingresar a la Administración Pública en condición de funcionario de carrera-, la jurisprudencia pacífica y reiterada estableció que los funcionarios al servicio de la Administración Pública, para adquirir la condición o el "status" de carrera según la derogada Ley de Carrera Administrativa, debían reunir los siguientes requisitos: i) nombramiento; ii) cumplimiento de previsiones legales específicas, entre las cuales se encuentra el concurso; y, iii) prestar servicio de carácter permanente.

Al respecto, es necesario precisar que: i) El nombramiento establecido en la entonces vigente Ley de Carrera Administrativa en su artículo 36, requería que la relación del funcionario con la Administración derivara de un acto unilateral de naturaleza constitutiva, que confiriera al sujeto la condición de funcionario. Dicho nombramiento no tenía carácter discrecional para la Administración Pública, sino que, de conformidad con el artículo 35 eiusdem, debía estar precedido de un concurso, el cual era considerado como un requisito.

Ello así, los nombramientos podían ser de diversas clases, a saber, ordinarios, provisionales e interinos; siendo los nombramientos provisionales, los que se producían en los supuestos de inexistencia de candidatos elegibles y estaban sujetos a determinadas condiciones como que en el mismo nombramiento se hiciera constar el carácter provisorio y que éste fuera ratificado o revocado en un plazo no mayor de seis (6) meses, previo examen correspondiente. Igualmente, dicha Ley preveía que las personas que ingresaran a la carrera administrativa quedaban sujetas a un período de prueba en las condiciones que establecía el Reglamento General de dicha Ley.

En lo que respecta al cumplimiento de previsiones legales específicas o elementos determinativos de la condición de funcionario de carrera, los mismos se encontraban plasmados en los artículos 34 y 35 de la Ley de Carrera Administrativa, contemplando este último la realización de concursos para la provisión de los cargos, la publicidad de éstos y la concurrencia de los requisitos previstos en el artículo 34 de dicha Ley, así como también los establecidos en las especificaciones del cargo correspondiente.

En cuanto a la prestación de servicio de carácter permanente, es decir, que tal servicio fuera prestado de forma continua, constante e ininterrumpidamente; siendo éste el tercero de los elementos integrantes de la condición o cualidad de funcionario de carrera.

3. RÉGIMEN FUNCIONARIAL DE LOS ÓRGANOS EXCLUIDOS

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

13 de Junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000718.

Sentencia Nro.: 2017-0443.

Caso: Adriana Coromoto Silva Marcucci vs. Consejo Nacional Electoral

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

De allí, que la norma consagrada en el artículo 294 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela otorga independencia orgánica y autonomía funcional al Poder Electoral, lo cual implica, entre otros aspectos, que el Poder Electoral tiene la potestad de regimentarse con su propia normativa disciplinaria, sin que por ello interfiera en la aplicación supletoria de otras disposiciones legales que el Poder Electoral necesite usar; tal como ocurrió en la parte in fine del acto impugnado en la cual instruyó a la recurrente que podía acudir a los “Tribunales Superiores Contencioso Administrativo (...) de conformidad con lo preceptuado en el artículo 94 y la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Estatuto de la Función Pública”.

4. RÉGIMEN FUNCIONARIAL A NIVEL MUNICIPAL

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

15 de mayo de 2017.

Expediente Nro.: 2016-0927.

Sentencia Nro.: 334.

Caso: Olkida Hernández Azuaje.

Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos.

De esta manera, el Reglamento sobre Cargos de Libre Nombramiento y Remoción del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda no constituye el desarrollo de la ley, sino una legislación sub legal autónoma que excede a la institución de la colaboración reglamentaria, que vulnera el principio de legalidad, por invadir la esfera de competencia que le atribuyó al Concejo Municipal la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 4.109, de fecha 15 de junio de 1989.

En efecto, la derogada Ley Orgánica de Régimen Municipal, aplicable al presente asunto *ratione temporis* establecía, en sus artículos 153 y 155 lo siguiente:

“Artículo 153. El Municipio o Distrito deberá establecer un sistema de administración de personal que garantice la selección, promoción y ascenso por el sistema de mérito; una remuneración acorde con las funciones que se desempeñen; estabilidad en los casos y un adecuado sistema de seguridad social, a menos que exista uno nacional, al cual debe afiliarse obligatoriamente el personal municipal o distrital.

En todo lo relacionado con las jubilaciones y pensiones de los empleados públicos municipales se aplicará la ley nacional.

Los empleados de los institutos autónomos municipales son funcionarios públicos sujetos al régimen de administración de personal que se refiere el presente artículo (...)

Artículo 155. *El Municipio o Distrito deberá establecer en su jurisdicción la carrera administrativa, pudiendo asociarse con otras entidades para tal fin”.*

Por ello, de acuerdo a las disposiciones normativas anteriormente citadas, a los Concejos Municipales les correspondía regular el régimen de carrera de sus funcionarios y todo lo relacionado con los cargos de carrera o de libre nombramiento y remoción de la Administración Pública Municipal, sin menoscabo de la potestad reglamentaria reconocida a los alcaldes de conformidad con lo establecido en la mencionada Ley Orgánica de Régimen Municipal, para dictar actos normativos de rango sub legal destinados a desarrollar la ordenanza contentiva de dichas normas, claro está, dentro de los límites que la misma impusiera.

Sin embargo, la Ordenanza de Carrera Administrativa para los Funcionarios Públicos al Servicio del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda sólo estableció los requisitos que debían cumplirse para el ejercicio de cargos de libre nombramiento y remoción, a saber: *a.*- ser venezolano, *b.*- tener título o certificación en la profesión afín con el cargo a desempeñar; y, *c.*- capacidad técnica comprobada en el área de Dirección o Confianza en la cual se pretende el ingreso (Cfr. Artículo 5 de la Ordenanza), más, no indicó las exigencias que debían ser satisfechas para establecer cuáles serían esos cargos como excepción al régimen de carrera, circunstancia esta que condujo a que en el Reglamento sobre Cargos de Libre Nombramiento y Remoción del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda, se incluyera en sus artículos 1, 2 y 3, cierta categoría de cargos públicos de carrera, catalogándolos como de libre nombramiento y remoción.

II. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. TIPOS: CARRERA Y LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.
27 de Junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-Y-2017-000046.

Sentencia Nro.: 2017-0567.

Caso: Célido Rafael Viña Segovia vs. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

Así, el artículo 146 del Texto Fundamental establece:

(...Omissis...)

Dicho precepto normativo determina varios aspectos atinentes a la función pública, cuales son, que i) los cargos de la Administración Pública, en principio, son de carrera; que ii) de estos últimos difieren los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y aquellos indicados por Ley; y iii) el concurso público como mecanismo de ingreso a los cargos de carrera.

A mayor abundamiento, establece el artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (2002), lo que sigue:

(...Omissis...)

Conforme a la interrelación de las disposiciones transcritas, se colige que la voluntad del Constituyente ha sido la de preferir que la Administración Pública sea operada con fundamento en las aptitudes y mérito de los aspirantes a realizarla, con la finalidad de organizar y consagrar una administración eficiente y expedita al servicio de los intereses de la Nación y los funcionarios. De allí que, el método de selección de los mismos se trabe en la celebración de un concurso público de oposición, donde el nombramiento de los funcionarios resulte de la determinación de los elegibles más aptos. Sin embargo, ello no excluye la existencia de otra clase de funcionarios.

Bajo el hilado anterior, queda de manifiesto que los cargos de carrera forman la norma y el resto de la clasificación constituye la excepción, como lo son, aquellos de libre nombramiento y remoción; destacándose que sólo los funcionarios de carrera que ocupen cargos de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de los mismos (ex artículo 30 *ibidem*).

A. CARGOS DE CONFIANZA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.
31 de enero de 2017.

Expediente Nr0.o: AP42-R-2015-000360.

Sentencia Nro.: 2017-0073.

Caso: Miguel Liendo vs. Ministerios del Poder Popular para las Relaciones Exteriores.

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

Al respecto, es imperioso destacar que para determinar la naturaleza de un cargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido dos aspectos fundamentales, a saber: i) que la calificación realizada de un cargo como de confianza, no depende de su denominación, sino de las funciones desempeñadas propiamente por este; y, ii) que el documento por excelencia para corroborar tales funciones es el Registro de Información de

Cargo, también denominado Manual Descriptivo de Cargo, por cuanto es dicho documento el que determinará ciertamente cuáles son esas funciones

III. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. GARANTÍA DE LA INMUNIDAD PARLAMENTARIA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

28 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: 17-0323.

Sentencia Nro.: 155.

Caso: Héctor Rodríguez vs. Asamblea Nacional.

Ponente: Ponencia Conjunta

Resulta oportuno referir que la inmunidad parlamentaria sólo ampara, conforme a lo previsto en el artículo 200 del Texto Fundamental, los actos desplegados por los diputados en ejercicio de sus atribuciones constitucionales (lo que no resulta compatible con la situación actual de desacato en la que se encuentra la Asamblea Nacional) y, por ende, en ningún caso, frente a ilícitos constitucionales y penales (flagrantes) (ver sentencia de esta Sala Constitucional n.º 612 del 15 de julio de 2016 y de la Sala Plena nros. 58 del 9 de noviembre de 2010 y 7 del 5 de abril de 2011, entre otras).

Nota del Compilador: Dicho párrafo fue suprimido mediante la sentencia Nro. 157 del 01 de abril de 2017, la cual en ponencia conjunta aclaró de oficio la referida sentencia, remitimos al lector a su consulta.

2. GESTIONES REUBICATORIAS

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

22 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2014-001040.

Sentencia Nro.: 2017-0165.

Caso: Nurbís López vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

Atendiendo el criterio jurisprudencial que precedente, observa este Órgano Jurisdiccional que no es suficiente que se le otorgue al funcionario de carrera el referido mes de disponibilidad para que se produzca su separación definitiva de la Administración, pues deben agotarse durante ese período las gestiones para su reubicación en otro cargo de carrera, para ello se exige el cumplimiento de una serie de actividades, entre estas, la de oficiar a otras dependencias administrativas regionales del Poder Judicial, a los fines de que informe sobre la existencia de cargos vacantes, que puedan ser ocupados por el funcionario removido y solo en el supuesto de que esas gestiones resulten infructuosas, podrá procederse al retiro del funcionario y a su inclusión en el registro de personal elegible para optar a cargos vacantes...

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

11 de Mayo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2006-000401.

Sentencia Nro.: 2017-0403.

Caso: Thaimy Rondón Gómez vs. Alcaldía del Municipio Independencia del estado Miranda.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

Ahora bien, debe advertir este Órgano Jurisdiccional que para que sea válido el retiro de los funcionarios afectados por la reducción de personal por modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa, debe constar en el expediente que éste fue precedido por las gestiones reubicatorias, de forma tal que la Administración demuestre que en efecto realizó las gestiones pertinentes a los fines de garantizar la estabilidad del funcionario afectado por la medida.

Así, la Administración debe garantizar al funcionario público de carrera el derecho a la disponibilidad, consagrado en el artículo 84 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa. En casos de disponibilidad, la Administración Pública está en la obligación de agotar todas las instancias y las vías posibles para reubicar al funcionario, es decir, para situar al funcionario en otro cargo de carrera, a fin de que éste no pierda su profesionalización funcional. El cual deberá ser reubicado en un cargo de igual o superior jerarquía.

Ahora bien, de no ser posible la reubicación del funcionario, se produce el retiro del mismo, y el pase al registro de elegibles. Sin embargo, es de destacar que el acto que ordene el retiro del funcionario público de carrera deberá motivar las razones de por qué fue imposible la reubicación.

Es por tales razones que se estima que, constituyendo la gestión reubicatoria una de las garantías y derechos que la Ley de Carrera Administrativa, ahora Ley del Estatuto de la Función Pública, consagró en beneficio del funcionario de carrera, los tribunales contencioso administrativos deben ser particularmente exigentes en la valoración de las pruebas de su cumplimiento, lo cual, no se dio en el presente caso.

A. CONTENIDO DE LA ACTIVIDAD REUBICATORIA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

28 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000631.

Sentencia Nro.: 2017-0271.

Caso: Yecsi Zorrilla vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM).

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

De allí que para la realización de las gestiones reubicatorias, no resulta suficiente el envío de comunicaciones a distintas dependencias para tratar de reubicar al funcionario, sino que el Ente que dictó el acto de retiro, debe esperar las resultas de tan importante gestión antes de proceder al retiro definitivo si fuere el caso que las mismas hayan resultado infructuosas, en otras palabras, no basta con cumplir un mero formalismo, sino más bien, el Ente encargado de practicar las gestiones reubicatorias debe realizar todas las diligencias tendentes a la reubicación del funcionario de carrera en la Administración, ello en virtud que en ese supuesto dicho ente es el garante de salvaguardar el derecho constitucional a la estabilidad del funcionario público de carrera, de allí la importancia de realizar todas las medidas necesarias a los fines de a la reubicación del funcionario afectado.

B. DURACIÓN DE LAS GESTIONES REUBICATORIAS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

20 de Junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2013-000645.

Sentencia Nro.: 2017-0516.

Caso: Freddy Alejandro Duque vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

Del artículo transcrito anteriormente, se desprende que el procedimiento de reubicación del funcionario debe ser de un (1) mes, en el cual la Administración Pública deberá hacer las gestiones correspondientes para reubicar al funcionario removido; es por ello que, de acuerdo al Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa, el cual se encuentra vigente en cuanto no colide con la Ley del Estatuto de la Función Pública, a pesar de que fue derogada la Ley de Carrera Administrativa, las gestiones reubicatorias que debe realizar el órgano o ente de la Administración Pública, está regulado en los artículo 84 y siguientes del mencionado Reglamento.

3. REMUNERACIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

23 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000456.

Sentencia Nro.: 2017-0078.

Caso: Jennifer Infante Rodríguez vs. Alcaldía del Municipio Autónomo Sucre del estado Miranda.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

Por su parte, y a los fines de referirnos a quienes prestan un servicio público, se debe destacar que la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece en su artículo 23 el derecho que tienen los funcionarios públicos a percibir las

remuneraciones que correspondan al cargo que desempeñen y en tal sentido prevé:

“Artículo 23. Los funcionarios o funcionarias públicos tendrán derecho a percibir las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñen, de conformidad con lo establecido en esta Ley y sus reglamentos”.

De las normas que anteceden, se desprende claramente que los funcionarios públicos tienen el derecho recibir las remuneraciones correspondientes al cargo que desempeñen, que conforme a lo previsto en el artículo 91 de la Carta Magna, constituye un derecho constitucional irrenunciable que tiene el funcionario de percibir una contraprestación esencialmente monetaria, que sea suficiente para asegurarle a él y a su familia la satisfacción de sus necesidades básicas, y que le corresponde por la prestación de su servicio, constituida por el sueldo, establecido presupuestariamente para el cargo desempeñado.

A. DE LOS DIPUTADOS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

21 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2007-001366.

Sentencia Nro.: 2017-0040.

Caso: Jesús Enrique Vásquez González vs. Asamblea Nacional.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

Ahora bien, de todo lo anteriormente expresado se deduce que suplentes de Diputados actuarán únicamente en sustitución del Diputado Principal, en las ausencias de éste, de conformidad con su reglamento interno, por lo que se deben entender los servicios prestados por los suplentes como circunstanciales, es decir que dependen de la falta del diputado principal, y en consecuencia las asignaciones económicas que perciben a tal efecto, se denominan “Dietas” u honorarios, todo esto aunado del carácter de elegible que ostentan sus cargos que los excluye de la aplicación de las disposiciones ordinarias, siendo por ende aplicado a los mismos su reglamento interno. (Vid sentencia N° 2012-0246 del 29 de febrero de 2012, dictada por esta Corte de lo Contencioso Administrativo, caso: Dina Elizabet Pérez Vs. Asamblea Nacional).

De acuerdo con lo pautado, la percepción de la dieta, además de quedar sujeta a la eventualidad de la ausencia del Diputado Principal de la celebración de la sesión y efectiva asistencia e incorporación del Diputado Suplente, la cual puede perderse si éste se ausenta, antes de finalizar ésta sin previa aprobación, lo que indica que en ningún caso el legislador consideró pertinente establecer tales pagos en forma fija y periódica.

Se infiere pues, de todo lo expuesto, la existencia de una remuneración o retribución distinta del concepto sueldo, entendido éste como todo ingreso, provecho o ventaja que el funcionario público perciba en forma fija, regular y periódica, equiparable al concepto de salario previsto en la Ley Orgánica del Trabajo. Tal conclusión se reafirma con la naturaleza electiva y el carácter no permanente del cargo que ejercen los Diputados Suplentes, en este caso.

Corresponde acotar además, que los Órganos y Entes de la Administración Pública en cualquiera de sus niveles, debe sujetarse estrictamente a las normas constitucionales y legales que definen sus atribuciones, siendo nulas aquellas actuaciones que no acaten el “principio de legalidad” previsto en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por lo que, siguiendo la perspectiva antes adoptada, dado que los Diputados Suplentes tienen la condición de ejercer un cargo electivo regulado en el Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, no cabe duda para esta Corte en razón al aludido principio de legalidad, que al no prever éstas normas el derecho al pago de los beneficios antes mencionados, ni contener disposición alguna que permita inferir tal posibilidad; no resulta posible, a falta de disposiciones expresas, aplicar, como normas supletorias, las previsiones que sobre la materia contiene la Ley Orgánica del Trabajo, por cuanto del análisis anteriormente expuesto se evidencia que no corresponden a los Diputados suplentes los derechos allí consagrados, Así se decide. (Vid. Sentencia de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo N° 2014-0021, de fecha 18 de marzo de 2014, caso: Manuel Ramón Yeguez, contra la Asamblea Nacional).

B. REMUNERACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE ALTO NIVEL

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

14 de agosto de 2017.

Expediente Nro.: 17-0341

Sentencia Nro.: 686

Caso: Neidy Carmen Rosal González.

Ponente: Juan José Mendoza Jóver.

De lo anterior, se evidencia que la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.952, del 12 de enero de 2011, la cual es exhortada por la Constitución de la República, debe constituir un elemento que ayude a armonizar la remuneración de los funcionarios públicos con la situación económica del país y que sea acorde y justa con sus funciones, siendo además importante resaltar que el artículo 147 constitucional tiene que ser interpretado en el contexto de las demás normas

constitucionales que declaran y reconocen los derechos y garantías de todas las personas en el ámbito de una relación de trabajo.

En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé una regulación expresa relativa a la función pública (artículos 144 al 149), ello no significa que no debe reconocerse que los altos funcionarios/as públicos gozan de todos los derechos y garantías que les reconocen y garantizan otras normas constitucionales relativas al trabajo como hecho social, y que la relación de empleo público por ser un vínculo laboral, queda sometida a las normas de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, que favorezcan a dichos trabajadores.

De igual forma, hay que señalar que en el ámbito del Poder Público Nacional existen diversos métodos para la fijación de la remuneración de los funcionarios públicos o funcionarias públicas de alto nivel o de dirección, ya que en muchos casos la fijación de estas remuneraciones forman parte de la autonomía de algunos órganos y entes nacionales (Tribunal Supremo de Justicia, la Contraloría General de la República, la Procuraduría General de la República, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, las Universidades Nacionales, etc.).

Sin embargo, la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.952, del 12 de enero de 2011, unificó la remuneración de los funcionarios de alto nivel de todos y cada uno de los órganos nacionales, suponiendo una drástica disminución de la remuneración de los funcionarios o funcionarias de alto nivel, lo cual constituye una violación de sus legítimos derechos y de los principios constitucionales de intangibilidad y progresividad de los derechos que gozan todos los trabajadores, así como un deterioro sistemático y continuo de la relación (responsabilidad) trabajo-salario.

Al respecto, esta Sala Constitucional en sentencia n.º 1.613, del 22 de octubre de 2008, estableció lo siguiente:

(...omissis...)

De acuerdo al mencionado criterio, el contenido de la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.952, del 12 de enero de 2011, es inconstitucional, pues desconoce las remuneraciones que los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales han venido percibiendo, en aplicación de las leyes vigentes en su momento.

Por consiguiente, la referida Ley supone el cegamiento de derechos adquiridos y por ende, supone la violación directa de los principios de

irretroactividad, intangibilidad y progresividad consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, esta Sala Constitucional en sentencia n.º 1.185, dictada el 17 de junio de 2004, caso: "*Alí Rodríguez Araque*", estableció lo siguiente:

(...omissis...)

De allí que, la Sala considera que la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.952, del 12 de enero de 2011, condujo a una clara depresión de los montos de las remuneraciones de los altos funcionarios del Estado, transgrediéndose la intangibilidad de los beneficios salariales, los principios de progresividad e irretroactividad de la ley, así como los principios de racionalidad y proporcionalidad, lo que conllevó a una pérdida sustancial en la calidad de vida, tal y como lo denunciara la parte recurrente en su demanda de nulidad.

(...omissis...)

Asimismo, la ley sobre la que versa el presente estudio, genera una depresión continua a la seguridad económica, pues al establecer un tabulador salarial el cual no puede ser modificable en el transcurso del año, sino únicamente al comienzo del ejercicio fiscal, vulnera el ingreso económico justo que deben tener los altos funcionarios públicos por su grado de responsabilidad en sus actuaciones, lo que conlleva a una disminución en su calidad de vida, al verse afectado su ingreso adecuado para atender a su subsistencia y la de sus familias, como lo requieren con dignidad de la persona humana, lo cual se traduce en una vulneración del artículo 299 del texto fundamental.

En síntesis, del estudio realizado por esta Máxima interprete de la constitución, se evidencia que la Ley Orgánica de Emolumentos, Pensiones y Jubilaciones de los Altos Funcionarios y Altas Funcionarias del Poder Público, vulnera de manera amplia los derechos constitucionales previstos en los artículos 2, 19, 21, 89.1, 147 y 299 de nuestra Carta Fundamental.

4. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

23 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-O-2017-000005.

Sentencia Nro.: 2017-0074.

Caso: Gervary Valentina Palacios Correa vs. Servicio Nacional Integrado De Administración Aduanera Y Tributaria (SENIAT).

Ponente: Emilio Ramos González.

Con relación a la denuncia precedentemente expuesta, y en el marco de la seguridad social que debe garantizar el Estado, los artículos 80, 81 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establecen lo siguiente:

“Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello”

“Artículo 81. Toda persona con discapacidad o necesidades especiales, tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades (...) El Estado con participación solidaria de las familias y la Sociedad, les garantizará el respecto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promoverá su formación, capacitación y acceso al empleo, acorde con sus condiciones de conformidad con la Ley (...)”.

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

De lo anteriormente transcrito, se observa que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra el derecho a la seguridad social, que se define por ser i) un servicio público de carácter obligatorio, cuya cobertura se debe ampliar progresivamente y se encuentra bajo la dirección, coordinación y control del Estado y, ii) un derecho irrenunciable que se garantiza a todos los habitantes. Además, la norma Superior establece que la garantía de dicho derecho estará orientada bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Ver sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1.392 del 21 de octubre de 2014).

En relación con lo anterior, las normas internacionales que en razón del bloque de constitucionalidad integran el ordenamiento jurídico, también han contemplado el derecho a la seguridad social. Así pues, el artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 establece: “...toda persona como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional,

habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”.

Partiendo de ello, considera la Corte que el despliegue institucional llevado a cabo por el Estado para garantizar el derecho a la seguridad social y, en consecuencia, todos los demás que puedan derivarse de este como la salud y el mínimo vital, debe estar sujeto a los principios atrás anotados y, especialmente, al de eficiencia, para que los beneficios que envuelve la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y eficiente. Precisamente, una de estas manifestaciones es el uso de la acción de tutela para solicitar la protección del derecho a la seguridad social de quienes se ven afectados por las acciones u omisiones de las entidades encargadas de prestar dicho servicio público.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

11 de julio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2013-000293.

Sentencia Nro.: 2017-0509.

Caso: Karin del Valle Ochoa Simancas vs. Ministerio Público

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

De esta forma se aprecia que la protección del derecho a la salud debe tener un grado de resguardo proporcional a la afectación tanto cualitativa como cuantitativa del afectado, así como temporal. En los primeros dos (2) supuestos, se debe atender no solo a la incapacidad respecto al desempeño normal en sus labores habituales sino a las condiciones y resguardo de un ambiente sano y flexible con sus capacidades. En tanto, la temporalidad responde a la protección de sus condiciones laborales mientras que subsiste la dolencia temporal o definitiva de ser estimada por los órganos competentes, sin que en el mencionado período exista perturbación alguna.

Esa amplitud de implicaciones en el ejercicio del derecho a la salud depende incluso de otros derechos humanos, por ser parte esencial del derecho a la vida como expresamente lo cataloga el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

También se vislumbra del artículo 86 del Texto Constitucional la definición del sistema de seguridad social como un servicio público destinado a proteger las contingencias que sufran los particulares independientemente de su capacidad contributiva, condición social y actividad laboral, evidenciándose así que el sistema de seguridad social ha sido concebido por el Constituyente como universal, integral y de financiamiento solidario, ya que debe proteger tanto a las personas que contribuyan al mismo, como a las que no porque la ausencia de capacidad contributiva no puede ser motivo para excluir a las personas de esa protección. Dicho sistema está integrado por un conjunto de

subsistemas y regímenes prestacionales, complementarios entre sí e interdependientes, destinados a atender las contingencias objeto de la protección del mismo, dentro de los cuales se encuentran: 1) Salud; 2) Vivienda y Hábitat; y 3) Previsión Social, entre otros cuyos derechos se reafirman en los valores superiores del ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 2 del Texto Constitucional, cuando consagra que: “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

5. DERECHO A LAS PRESTACIONES SOCIALES

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

11 de julio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-Y-2016-000027.

Sentencia Nro.: 2017-0516.

Caso: Deibys Fernando Tovar Herrera vs. Gobernación del Estado Apure.

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

En torno al tema, se hace necesario destacar que las prestaciones sociales, constituyen una institución protegida por el estado para el momento en que el trabajador se retire de sus labores, bien sea por jubilación, incapacidad o por cesantía, siendo reconocidas por la norma fundamental vigente - Constitución de la República Bolivariana de Venezuela- en su artículo 92, el cual prevé lo siguiente:

“Artículo 92: Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal”. (Resaltado de esta Corte).

En ese mismo orden de ideas, conviene advertir que, las prestaciones sociales, son un derecho adquirido que corresponde a todo funcionario de forma inmediata a la culminación de la relación de empleo público que existió con la Administración, no debiendo existir impedimento alguno para el cobro de las mismas, ya que éstas, fungen como una suerte de recompensa por los años de servicio prestados a la Administración Pública, lo cual debe ser retribuido mediante una prestación pecuniaria de forma inmediata.

Así pues, de la norma que antecede, se desprende claramente que todo trabajador, bien sea que haya prestado sus labores en el sector público o

privado, tiene el derecho a recibir el pago de sus prestaciones sociales de manera inmediata.

A. PRESENTACIÓN DE DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO PARA LA PROCEDENCIA DEL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

13 de Junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000165.

Sentencia Nro.: 2017-0485.

Caso: Freddy Alejandro Duque vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

Ahora bien, es oportuno traer a colación el contenido del artículo 40 de la Ley Contra la Corrupción, el cual establece que:

(...omissis...)

De los anteriores artículos se desprende, por un lado el derecho que tienen los trabajadores a recibir de manera inmediata el pago por concepto de prestaciones sociales por ser créditos de exigibilidad inmediata y la obligación que tiene el patrono de dar cumplimiento al mismo, por cuanto dicho retardo genera intereses y por otro lado la obligación que tiene el funcionario de presentar la declaración jurada de patrimonio al momento de retirar dicho pago.

6. OTROS BENEFICIOS LABORALES

A. COMPENSACIÓN POR SERVICIO EFICIENTE

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

04 de octubre de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000731.

Sentencia Nro.: 2017-0672.

Caso: Federico Asunción Castillo Pérez vs. Ministerio del Poder Popular para el Transporte Terrestre y Obras Públicas.

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

Ello así, el carácter de compensación por servicio eficiente, supone un desempeño del agente que se caracteriza por un nivel superior al de los estándares promedios de ejecutividad; lo cual, supone un alto rendimiento durante el curso de los procesos que efectúa el funcionario, en reconocimiento al funcionario por la 'eficiencia' en el desarrollo de sus labores, y para que sean reconocidas como parte integrante del sueldo que conforma la base del cálculo de la pensión de jubilación, deben ser pagadas de forma mensual, regular o permanente, siendo que en el caso bajo estudio, el recurrente solicitó

la incorporación en dicho cálculo, del Bono de Productividad, consignando elementos probatorios de los cuales se desprende que el mencionado bono le fue pagado durante los últimos doce (12) meses, de manera bimensual, sin que el órgano recurrido aportara al expediente elemento alguno dirigido a desvirtuar tales argumentos, o en todo caso, demostrara la naturaleza y condiciones establecidas para el pago del mismo.

B. DERECHO AL BENEFICIO DE ALIMENTACIÓN

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

13 de diciembre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-Y-2017-000132.

Sentencia Nro.: 2017-0938.

Caso: Ariana Concepción Batista Da Silva vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura (D.E.M.).

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

En cuanto al pago del beneficio de alimentación, esta Alzada considera oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 190 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, la cual establece en cuanto al pago del beneficio de alimentación durante el periodo vacacional, lo siguiente:

(...omissis...)

En concatenación con lo anterior, el artículo 34 del Reglamento de la Ley de Alimentación para los Trabajadores y las Trabajadoras, publicado en Gaceta Oficial N° 40.112, de fecha 18 de febrero de 2013, establece que:

(...omissis...)

De las normas transcritas se desprende que durante el periodo de vacaciones el trabajador tiene derecho a percibir del beneficio de alimentación y en caso de su incumpliendo deberá ser abonado, a título indemnizatorio, lo que le adeude el patrono por este concepto en dinero efectivo.

IV. SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

1. PERIODO DE PRUEBA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

31 de enero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2014-000537.

Sentencia Nro.: 2017-0072.

Caso: Zuellen García vs. Gobernación del Estado Amazonas.

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

En ese sentido, resulta menester realizar algunas consideraciones sobre la evaluación y la superación del período de prueba, que se encuentra regulado en el artículo 43 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual se hace

por un período máximo de tres (3) meses, y con el único fin de determinar si el funcionario que ha ingresado a la Administración Pública, cumple con las prioridades estratégicas del Ente donde se desempeña. Así las cosas, el procedimiento de evaluación debe estar orientado en la forma siguiente: i) para conocer el nivel, calidad y eficiencia del funcionario en el ejercicio de sus funciones; ii) como acto que eventualmente pueda afectar la esfera jurídica del funcionario, dicha evaluación debe respetar el derecho a la defensa de los funcionarios evaluados, razón por la cual cuando la Administración Pública emprende períodos de evaluación debe garantizar al evaluado, que éste pueda ejercer los recursos legales, a fin de garantizar la transparencia de tales procedimientos, ya que de estas evaluaciones surgen actos administrativos que sin duda deben ser objeto de tutela para garantizar así la defensa del Funcionario evaluado en período de prueba. Asimismo, debe indicarse que la administración debe notificarle los resultados obtenidos por éste, acompañando de los documentos que fundamentan los resultados negativos.

2. REDUCCIÓN DE PERSONAL

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

21 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2014-000819.

Sentencia Nro.: 2017-0230.

Caso: Gilberto Rodríguez vs. Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Finanzas.

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

Sin embargo, esta Corte estima necesario reiterar los requisitos que debía acompañar la solicitud de reducción de personal, de la siguiente manera: 1. un decreto por parte del ejecutivo en el cual se ordene la reestructuración; 2. el nombramiento de una comisión destinada para tal fin; 3. la definición del plan de reestructuración a ser presentado en Consejo de Ministros; 4. el estudio y análisis de la organización existente; 5. la elaboración del Proyecto de Reestructuración a ser presentado ante la Oficina Técnica correspondiente y específicamente en los casos de reducción de personal debido a la modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa, se deben 6. remitir al Consejo de Ministros con un 7. resumen del expediente del funcionario, todo ello de conformidad con lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública y el Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

10 de Agosto de 2017.

Expediente Nro.: AP42-Y-2016-000047-

Sentencia Nro.: 2017-0680.

Caso: Félix Elías Castrillo vs. Superintendencia para la Defensa de los Derechos Socioeconómicos (SUNDDE).

Ponente: Emilio Ramos González.

En efecto, para garantizar el derecho a la estabilidad con el que cuenta todo funcionario público de carrera al momento de proceder a su retiro por reducción de personal debido a supresión del órgano, se debe contar con la autorización por el Presidente de la República en Consejo de Ministros, siempre que el funcionario pertenezca a la administración pública centralizada. Se exige además a la administración no ocupar nuevamente dichos cargos hasta que finalice ese periodo fiscal. Asimismo, se establece el derecho a poder ser reubicados en otra unidad administrativa, para lo cual quedarán en un mes de disponibilidad.-

3. COMPATIBILIDAD EN EL EJERCICIO DE MÁS DE UN CARGO PÚBLICO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

5 de abril de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000449.

Sentencia Nro.: 2017-0312.

Caso: María Caripe vs. Gobernación del Estado Monagas.

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

Sin embargo, ello no es óbice para que la Administración haya procedido a retirarla del cargo de Docente Asistencial, mediante la Resolución N° 012/2014 de fecha 1° de octubre de 2014, toda vez que la referida ciudadana no incurrió en la denominada figura de cabalgamiento de horario, tal como lo dispuso el Juzgado de instancia, estaba exceptuada conforme al artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por cuanto en el caso de marras no existe la concurrencia de los horarios en los cuales labora la recurrente, es decir, en un plantel presta sus servicios de 7:00 a.m. a 12:00 p.m. y en el otro labora de 1:00 p.m. a 7:00 p.m. Aunado al hecho que no se desprende de los referidos elementos probatorios que la recurrente presta sus servicios a tiempo completo, como lo quiere hacer notar la Administración, por lo tanto debe desecharse el vicio de suposición falsa denunciado por la parte recurrida. Así se decide.

4. VÍAS DE HECHO EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

07 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000455.

Sentencia Nro.: 2017-0139.

Caso: Elizabeth Del Valle Ríos Rosas vs. Gobernación del Estado Anzoátegui.

Ponente: Emilio Ramos González.

De tal manera, la vía de hecho se tendría como materializada cuando la Administración ejecuta una actuación material que incide en la esfera jurídica

subjettiva de los administrados en forma negativa sin haber cumplido con los trámites administrativos procedimentales legalmente establecidos, acción ésta que ejecuta sin dictar acto alguno que contenga o sirva de base para esa actuación, es decir, que la Administración actúa materialmente en forma de manusmilitaris.

(...omissis...)

En complemento de lo anterior, la calificación de vía de hecho realizada por esta Instancia Judicial del actuar de la Administración, en el presente caso se configura en virtud de que se constató una acción directa de la Administración Pública, como lo fue la exclusión de la ciudadana querellante de la nómina de pago, prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, por otro lado, dicha actuación material se realizó en el marco de una actividad o función administrativa, que invadió la esfera jurídica de la ciudadana querellante, perturbando su situación de hecho, y finalmente, en virtud de que el debido proceso conjuntamente con el derecho a la defensa, constituyen garantías inherente a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos, no puede la Gobernación del estado Anzoátegui, en uso de su potestad sancionatoria, actuar con un carácter meramente discrecional, sin observar los procedimientos establecidos normativamente, razón por la cual este Órgano Jurisdiccional estima ilegal la actuación o conducta realizada por la Entidad recurrida. Así se declara.

5. DIRECCIÓN Y GESTIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

A. PODER JUDICIAL

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

09 de agosto de 2018.

Expediente Nro.: 2011-0149

Sentencia Nro.: 00952

Caso: Rebeca Cristina Manzanares Ramírez.

Ponente: María Carolina Ameliach Villaroel.

De acuerdo con lo anterior, debe indicarse que el Director Ejecutivo es el representante y máxima autoridad gerencial y directiva de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, por lo que existe una presunción de responsabilidad sobre las decisiones administrativas de las distintas Direcciones Administrativas Regionales que integran el referido órgano, según lo establecido en el artículo 15, numeral 9 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela de 2004, aplicable *rationetemporis*.

En cuanto al Presidente del Circuito Judicial Penal, cabe señalar que conforme a lo dispuesto en el artículo 532 del Código Orgánico Procesal Penal, la

dirección administrativa de cada Circuito Judicial Penal del país *“estará a cargo de un Juez Presidente o Jueza Presidenta designado por la Dirección Ejecutiva de la Magistratura”*, quien debe supervisar la administración del Circuito, proponer el nombramiento del personal auxiliar, dirigirse a los jueces o juezas del Circuito *“sólo a fines administrativos”*, supervisar el funcionamiento del sistema de distribución de causas, coordinar las relaciones del Circuito con la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y representar al mismo ante las instituciones públicas y privadas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 533 *eiusdem*.

6. RESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

09 de Mayo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-Y-2017-000028.

Sentencia Nro.: 2017-0389.

Caso: KarisRosalyn Prada Prado vs. Comisión Supresora del Ministerio del Poder Popular para Ecosocialismo, Hábitat y Vivienda, Hoy, Ministerio del Poder Popular para Ecosocialismoy Aguas.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

De tal modo la jurisprudencia ha interpretado y desarrollado la regulación del proceso administrativo de reestructuración, y ha permitido la mejor comprensión de este complejo proceso, que ha sido regulado a través de la derogada Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento General y la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública.

En consonancia con lo anterior, se reitera, que un proceso de reorganización no lleva implícito una reducción de personal, y de igual modo se debe observar que cuando la reducción de personal se debe a cambios en la organización administrativa –como es el caso de autos-, se requiere el cumplimiento de varias condiciones que, resumidas, comprenden lo siguiente: 1) Informe Técnico, realizado por una Comisión que diseñará el plan de reorganización, fase contemplada en el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, 2) La aprobación de la solicitud de reducción de personal, realizada por el Consejo de Ministros en caso de ser a nivel nacional, y por los Consejos Legislativos en el caso de los Estados, y 3) La remisión del listado individualizado de los funcionarios afectados por la medida de reducción.

7. EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

18 de Octubre de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000088.

Sentencia Nro.: 2017-0821.

Caso: Elías Celestino Alfaro Lares vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS).

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

Debe señalarse, que el precitado artículo 59 de la Ley del Estatuto de la Función Pública prevé que, la Oficina de Recursos Humanos conjuntamente con el Ministerio de Planificación establecerán los mecanismos de evaluación, respetando la objetividad, imparcialidad e integridad de la evaluación. Aunado a ello, establece el referido instrumento normativo, los requisitos que debe comportar la evaluación para tenerse como válida, indicando expresamente que la misma debe estar suscrita tanto por el funcionario evaluador como por el funcionario evaluado, el cual podrá realizar las observaciones que considere pertinente. Seguidamente, deberá notificarse al funcionario los resultados de su evaluación para ejercer su derecho a la defensa e interponer el recurso de reconsideración, -en caso que lo considere pertinente-, en un lapso de cinco (5) días hábiles, siguientes a la notificación practicada.

8. RECLASIFICACIÓN DE CARGOS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

18 de Octubre de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000088.

Sentencia Nro.: 2017-0821.

Caso: Elías Celestino Alfaro Lares vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS).

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

Por otra parte, es de indicar que la Administración para clasificar al administrado en un cargo distinto al que ostenta, debe constatar, en principio, la existencia del cargo aspirado o solicitado, la necesidad del mismo en el servicio de que se trate y las credenciales del aspirante, de lo cual se deduce que no se está en la obligación de crear un cargo para el cual no exista la disponibilidad presupuestaria, por el hecho de haber obtenido el querellante una profesión distinta a la cual inicialmente fue empleado, siendo relevante destacar que el organismo está en la obligación de respetar la condición de funcionario remuneraciones y beneficios de Ley inherentes al cargo que ostente.

9. PARALELISMO DE FORMAS EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

05 de octubre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2012-001169.

Sentencia Nro.: 2017-0700.

Caso: Joel Abraham Monjes vs. Defensa Pública del Área Metropolitana de Caracas.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

De la sentencia parcialmente transcrita, se evidencia que el a quo consideró que aun cuando la Ley Orgánica de la Defensa Pública, no señala expresamente la facultad para remover, resultaría ilógico interpretar lo contrario que señala la referida norma, esto es, afirmar que en el mencionado órgano no existe funcionario competente para remover, retirar y destituir a sus funcionarios.

No obstante, lo anterior se aplica en virtud del principio de paralelismo de las formas que aun cuando no está constitucionalmente preceptuado de forma expresa, es criterio de que toda materia que estuviese regulada por ley orgánica, pero sin que ello fuese una exigencia, podía ser modificada por una ley ordinaria (vid. Sentencia N° 1245/2003 de la Sala Constitucional, caso: Oscar Figuera y otros).

V. LAS SITUACIONES ACTIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. PERMISOS Y LICENCIAS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

28 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-N-2010-000635.

Sentencia Nro.: 2017-0255.

Caso: Carmen Josefina Reyes Ramos vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S).

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

Ahora bien, en cuanto a la oportunidad de presentar el justificativo correspondiente, esta Corte ha establecido que si bien no indica la norma el tiempo perentorio para presentar el justificativo de ausencia, el funcionario debe hacer del conocimiento de la Administración, a la brevedad posible el mismo, entendiendo que lo determinante para que configure la causal de destitución es que la ausencia no haya sido justificada y de considerar que no fue así, la Administración debe sustanciar un procedimiento a los fines de demostrar y verificar si un funcionario cometió la falta o no, por lo que no podría pretender la Administración que luego de realizado dicho procedimiento administrativo y que, del mismo se demuestre que existe una justificación a las faltas cometidas, pretender que dicha justificación no tenga validez por cuanto no fue consignada en la oportunidad que exige la Administración para su presentación, siendo este acto lesivo y contrario a la defensa del funcionario que justifica su falta y subsana la misma (Vid. Corte

Primera de lo Contencioso Administrativo, sentencia de fecha 9 de marzo de 2011, N° 2011-209, caso: Alcaldía del Municipio Baruta del estado Miranda).

De manera que, si bien la Ley del Estatuto de la Función Pública ni el Reglamento General de Carrera Administrativa disponen un lapso para informar de la causa justificada de inasistencia ni para presentar comprobantes que le respalden, limitándose la norma a indicar que el aviso ha de efectuarse a la brevedad posible, partiendo de la interpretación sistemática de las normas referidas en este fallo, entiende esta Corte que cuando la causa en base a la cual se pretenda justificar la ausencia sea la existencia de una incapacidad temporal, esto es, un accidente o padecimiento físico que impida acudir a las labores diarias, el lapso para informar y consignar los respaldos correspondientes ha de ser de tres (3) días hábiles, contados a partir del primer día de la falta.

En el entendido que si bien a efectos de la causal de destitución prevista en el artículo 86 numeral 9 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, lo determinante es que la falta sea injustificada, no debe olvidarse la importancia de la prestación efectiva del servicio de los funcionarios públicos para el correcto desarrollo de la actividad encomendada a los distintos órganos y entes de la Administración, por lo que en caso de ausencia de estos, deben informar de la causa que la origina dentro de la estricta brevedad posible teniendo en cuenta que en casos específicos de ausencia por incapacidad temporal, el lapso es de tres (3) días por aplicación del Reglamento General de la Ley del Seguro Social. Asimismo debe observarse el asunto bajo la óptica más favorable a la satisfacción y el cumplimiento de los principios, valores y derechos estimados por la sociedad, sea que se encuentren plasmados o no en la Constitución, apreciando más allá de las circunstancias inmediatas remontándose a aquellas que contextualizan el problema.

2. COMISIÓN DE SERVICIO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

21 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2013-000884.

Sentencia Nro.: 2017-0150.

Caso: Ángela Oviedo vs. Instituto Autónomo de Crédito Artesanal a la Micro, Pequeña y Mediana Empresa del Estado Apure (INCARPEM).

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

La comisión de servicio, tal y como lo establece la Ley del Estatuto de la Función Pública, así como el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, es una situación administrativa determinada por la posición de un funcionario activo dentro de la Administración, a quien se le ha encargado o encomendado la tarea, labor o misión de realizar funciones dentro de otra dependencia de la misma unidad organizativa, u otra de la

Administración Pública. La propia naturaleza de la comisión de servicio, induce a que la misma tenga un carácter temporal, toda vez que, la cesión del funcionario no implica un traspaso definitivo y absoluto, que lo desligue o libere abruptamente de la dependencia de origen, por el contrario, los mismos se entienden como una especie dentro de los pactos de cooperación verificados dentro de la Administración Pública.

Resulta oportuno destacar, que tanto la Ley del Estatuto de la Función Pública como el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa establecen un marco definitorio de la comisión de servicio, así como un conjunto de elementos que permitan su diferenciación con otras figuras o situaciones dentro de la Administración, en tal sentido, esta Corte en anteriores sentencias ha extraído las siguientes: (i) la misma es de obligatoria aceptación; (ii) debe ser ordenada por la máxima autoridad del organismo donde se preste servicios; (iii) debe ser temporal; (iv) la misma puede ser efectuada en otra dependencia del mismo organismo o en cualquier otra de la Administración Pública Nacional; (v) debe darse el cumplimiento con cada uno de los requisitos previstos en el artículo 75 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.

VI. LAS SITUACIONES PASIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. LA JUBILACIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

21 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-O-2016-000043.

Sentencia Nro.: 2017-0039.

Caso: Nelly Evelices Díaz Isea vs. Superintendente del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

Ello así, el derecho a la jubilación se erige como un deber del Estado de garantizar el disfrute de ese beneficio ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible al funcionario, que previa la constatación de ciertos requisitos, se ha hecho acreedor de un derecho para el sustento de su vejez, por la prestación del servicio de una función pública por un número considerable de años.

Concibiéndose entonces como el reconocimiento de los años de trabajo prestados por una persona, en este caso a un órgano del Estado, para garantizar que en los años en que declina su capacidad productiva, pueda seguir manteniendo una vida digna, al garantizársele los ingresos que le permitan sufragar sus gastos durante la vejez, luego de haber satisfecho el deber constitucional de trabajar y cuando el beneficiario de esos servicios ha sido el Estado, debe honrar con el derecho a la jubilación a los funcionarios

que hayan cumplido con los requisitos de edad y años de servicio público prestados, establecidos en la Ley.

Asimismo, tal institución es reconocida como un derecho social, estipulado por el constituyente de 1999 para consolidar las demandas sociales, jurídicas y económicas de la sociedad, considerando el sentido de progresividad de los derechos y definiendo una nueva relación de derechos y obligaciones entre sujetos que participan solidariamente en la construcción de una sociedad democrática, participativa y protagónica, lo cual requiere una interpretación acorde con su finalidad, no sujeta a formalismos jurídicos alejados de la realidad social.

En óptica a los argumentos antes expuestos se tiene que, el Derecho Constitucional a la Jubilación se encuentran desarrollado en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de Los Municipios (publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.165 del 19 de noviembre de 2014), en su defecto, el constituyente concibió este Derecho carente de complitud cuyo desarrollo (sin que esto signifique un estado de quiescencia normativa de la Constitución), a través de mecanismos legales es decir a través de los distintos tipos normativos contenidos no en la Constitución, sino en la Ley, producto de la impregnación del bloque constitucional en el ordenamiento jurídico del país (vid. PEÑA SOLIS. José. "Los tipos normativos en la Constitución de 1999". Colección de Estudio Jurídicos N° 14 del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela. 2005. Pág 33 y sig).

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.
14 de junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-001095.

Sentencia Nro.: 2017-0461.

Caso: Carlos Vicente Izquierdo Vargas vs. Concejo Municipal del Municipio Autónomo Zamora del Estado Bolivariano de Miranda.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

En este sentido, considera pertinente este Órgano Jurisdiccional destacar que la jubilación se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social que reconoce el artículo 86 del Texto Fundamental, destacándose en tal sentido su valor social y económico, toda vez que ella se obtiene luego que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador, y conjugado con la edad, la cual coincide con el declive de esa vida útil, configurándose el beneficio de la jubilación como un logro a la dedicación de un esfuerzo que se prestó durante años. Así, se ha entendido que el objetivo de la jubilación es que su titular que cesó en sus labores diarias de trabajo mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que ahora provienen de la

pensión de jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez cónsona con los principios de dignidad que se recogen en el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. [Vid. Sentencia N° 01533, de fecha 14 de junio de 2006, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia].

A. CONCEPTOS INTEGRANTES DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

05 de abril de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2014-001174.

Sentencia Nro.: 2017-0319.

Caso: Luis Gener vs. Superintendencia Nacional de Arrendamientos de Viviendas (SUNAVI).

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

Visto los criterios jurisprudenciales citados ut supra, así como los dispositivos legales consagrados en los artículos 7 y 8 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios y 15 del Reglamento de la Ley, se deduce que el sueldo mensual que deberá ser tomado para el cálculo de la pensión de jubilación, se compone básicamente del sueldo básico sumado a las compensaciones otorgadas al funcionario con base en la antigüedad y el servicio eficiente, mientras que los bonos y primas en los que soporta la pretensión la parte recurrida, tales como “Bono de Responsabilidad y Prima por Cargo o Jerarquía”, son ajenos y distintos, y no están contenidos dentro de los elementos a considerar para calcular el sueldo base que determina la Ley, por lo que cualquier incremento en las remuneraciones de los funcionarios, que no constituyan los conceptos de sueldo base, compensación por antigüedad y servicio eficiente, no podrán ser computados, ni para el cálculo de la pensión de jubilación, ni para su posterior homologación. Así se decide.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

20 de julio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000977.

Sentencia Nro.: 2017-0558.

Caso: Felicia Antonia Nicanor vs. Municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

Por otra parte, es igualmente importante, en este punto, traer a colación el criterio que sentó la Sala de Casación Social de nuestro Máximo Tribunal, en sentencia de fecha 20 de septiembre de 2006, respecto al salario base para fijar la pensión de jubilación, al determinar que el mismo debe ser el salario normal

devengado por el trabajador, con exclusión de la alícuota de utilidades y la del bono vacacional, sin embargo, cuando se trate de cálculo de pensiones de jubilación de empleados o funcionarios públicos, a ese salario base deberá sumarse todo lo que perciba el trabajador por concepto de compensaciones por antigüedad y servicio eficiente.

De conformidad con lo antes expuesto, queda plenamente determinado que la pensión de jubilación estará integrada por el salario base y por aquellas percepciones que lo integran (compensaciones de antigüedad y servicio eficiente), es por ello en lo que respecta al caso bajo estudio y en cuanto a la pretensión de la querellante de que sea ajustada la pensión de jubilación tomando en cuenta la compensación salarial "Félix Manuel Luces", se entiende que este concepto no puede ser incluido en el sueldo base para el cálculo de la pensión, ya que lo pagado a la querellante es un bono nocturno. Aunado a ello es preciso aclarar que existe una estipulación en el Contrato Colectivo de los Trabajadores de la Educación, -al cual se acoge el Municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda- la cual preceptúa que, el patrono conviene a mantener el pago del bono nocturno, equivalente al treinta por ciento (30%) del salario integral devengado en la jornada diurna, por cada hora laborada en jornada de trabajo nocturno. Por lo que, en modo alguno debe interpretarse en el sentido de que el porcentaje allí establecido deba ser sumado al sueldo básico de la querellante, sino simplemente que dicho bono nocturno estará comprendido por el treinta por ciento (30%) del sueldo integral percibido. En consecuencia, debe concluirse que la pensión de jubilación está integrada por el sueldo básico mensual, además de las compensaciones por antigüedad y servicio eficiente y las primas que respondan a estos conceptos.

B. AJUSTE DE JUBILACIÓN

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

22 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000701.

Sentencia Nro.: 2017-0256.

Caso: Maritza Gallardo vs. Procuraduría General de la República.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

Así las cosas, la Ley de Reforma Parcial de 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, en concordancia con los derechos y garantías fundamentales amparados por la Constitución, consagra la revisión del monto de las jubilaciones como garantía de la eficacia de las normas en cuestión y, en consecuencia, del logro de los fines sociales perseguidos por el legislador.

De lo anterior, resulta claro que dicha facultad, más que una posibilidad, ha de ser entendida como una obligación de la Administración Pública de proceder oportunamente a la revisión y ajuste de las pensiones de jubilación otorgadas a sus antiguos empleados en retribución de su edad y los años de servicio prestados, cada vez que se efectúen aumentos en los montos de los sueldos que percibe su personal activo, ello en virtud de que la justificación y razón de ser de las normas mencionadas reside en el deber de la Administración Pública de salvaguardar y proteger el nivel y calidad de vida de sus antiguos empleados, por medio de una retribución económica acorde con el sistema de remuneraciones vigentes para los funcionarios públicos activos que les permita lograr y mantener una óptima calidad de vida en la que puedan cubrir satisfactoriamente sus necesidades.

En efecto, el reajuste a la pensión de jubilación se constituye en un derecho social de rango constitucional y en consecuencia, el mismo procede siempre que se produzca un ajuste en la escala salarial de los funcionarios activos de un determinado Organismo...”

C. RESTITUCIÓN DEL PAGO DE LA PENSIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

27 de Junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-Y-2017-000046.

Sentencia Nro.: 2017-0567.

Caso: Célido Rafael Viña Segovia vs. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

De lo anterior, se constata que posterior al egreso del jubilado del cargo de libre nombramiento y remoción al cual reingresó, se le debe restituir el pago de su pensión “...en los mismos términos en que fue concedida inicialmente...”, siéndole aplicables únicamente ajustes al monto que devenga por el beneficio de jubilación; y visto que, en la presente causa el ciudadano Célido Rafael Viña Segovia, egresó de los cargos de libre nombramiento y remoción desempeñados, debía conforme a lo anterior restituírsele el pago de su pensión, en los mismos términos en que le fue otorgada, a saber el porcentaje, por cuanto quedan a salvo según lo precedente los ajustes que han de ser publicados en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y decretados por el Ejecutivo Nacional o por contratación colectiva del organismo, en ambos supuestos de ajustes, además se deben indicar que resultan aplicables también para sus jubilados.

D. RESERVA LEGAL DEL RÉGIMEN DE JUBILACIONES

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

13 de diciembre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000724.

Sentencia Nro.: 2017-0928.

Caso: Norka Elizabeth López Díaz vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S).

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

Ello así, constata este Órgano Jurisdiccional que la aplicación de la Convención Colectiva; la cual ostenta el rango de ley para los Trabajadores y el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales; al presente asunto, se encuentra sostenida por la Disposición Final Cuarta de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, que establece:

“Cuarta. Los regímenes de jubilaciones y pensiones establecidos a través de convenios o contratos colectivos seguirán en plena vigencia y en caso de que sus beneficios sean inferiores a los establecidos en esta Ley, se equiparán a la misma. Estos regímenes se harán contributivos en forma gradual y progresiva en los términos que establezca el Reglamento de esta ley, en la oportunidad en que se discutan los convenios o contratos colectivos. La ampliación futura de esos beneficios deberá ser autorizada por el Ejecutivo Nacional. Las jubilaciones y pensiones a que se refiere este artículo seguirán siendo pagadas por los respectivos organismos. Los beneficios salariales obtenidos a través de la contratación colectiva para los trabajadores activos y trabajadoras activas, se harán extensivos a los pensionados y pensionadas, o jubilados y jubiladas de los respectivos organismos”. (Resaltado y subrayado agregados).

De la cita anterior, esta Corte entiende que el Legislador dando cumplimiento al precepto establecido en el artículo 147 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la reserva legal nacional de los asuntos relacionados con el tema de la jubilación, estableció la indemnidad de los regímenes de jubilaciones pactados por la Administración y los trabajadores en convenciones colectivas antes de su entrada en vigencia.

E. PREVALENCIA DE LA JUBILACIÓN FRENTE AL RETIRO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

20 de julio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000958.

Sentencia Nro.: 2017-0548

Caso: Julio Enrique Hermes vs. Municipio Puerto Cabello del estado Carabobo.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

De la referida decisión se comprueba que el derecho a la jubilación debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro o destitución aún cuando estos sean en ejercicio de potestades disciplinarias, ya que es deber de

la administración proceder a verificar si el funcionario ha solicitado su derecho a la jubilación o éste cumpla con los requisitos para ser acreedor de aquel, razón por la cual, priva dicho derecho aún sobre los actos de retiro de la Administración Pública.

2. INCAPACIDAD

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

30 de noviembre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000071.

Sentencia Nro.: 2017-0906.

Caso: Makita Coromoto Hohep Noguera vs. Instituto Nacional de Canalizaciones.

Ponente: Emilio Ramos González.

Con respecto a las Pensiones de Invalidez, y según las disposiciones transcritas, podemos señalar que las mismas se otorgan a todos aquellos funcionarios que sufren de una incapacidad temporal o de larga duración, la señalada pensión será otorgada cuando la imposibilidad para el ejercicio de sus funciones supere los dos tercios (2/3) de la capacidad del sujeto, y la misma será pagada durante todo el tiempo que persista la referida discapacidad, es decir, puede que no sea vitalicia.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

22 de Junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000111.

Sentencia Nro.: 2017-0545.

Caso: Nicomedes María Bermúdez vs. Municipio García del estado Nueva Esparta.

Ponente: Emilio Ramos González.

Precisado lo anterior, circunscribiéndonos al caso de marras, observa esta Corte, que si bien es cierto que la potestad de legislar en materia de previsión y seguridad social es competencia del Poder Público Nacional, no es menos cierto que la ciudadana Nicomedes María Bermúdez, se encontraba realizando las gestiones necesaria para el otorgamiento de su pensión por incapacidad permanente (Vid folio 15 del expediente judicial), siendo obligación de la administración continuar con el procedimiento para el trámite necesario con el objeto de ejecutar los actos conducentes para el otorgamiento del beneficio social procedente, en este caso la pensión de invalidez, siendo deber de la Administración agilizar el trámite a fin de evaluar el estado de salud de la querellante, que como se observó en el informe médico (forma 15-30) y en la solicitud de evaluación de discapacidad (forma 14-08), tiene una discapacidad considerada por el médico solicitante como absoluta y permanente, siendo que en todo caso, de existir alguna inconformidad con dicho informe o de desconocerse su contenido por razones

fundadas, la Administración debió iniciar el procedimiento administrativo a fin de su verificación.

3. REMOCIÓN Y RETIRO

A. DIFERENCIA ENTRE REMOCIÓN Y RETIRO

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

04 de Mayo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000650.

Sentencia Nro.: 2017-0373.

Caso: José Alexander España Ramos vs. Alcaldía del Municipio Valencia del estado Carabobo.

Ponente: Emilio Ramos González.

Con relación a los mismos (remoción y retiro), esta Corte en reiteradas oportunidades, ha señalado que son dos actos totalmente diferentes y no un acto complejo. Asimismo, ha sostenido, que la remoción está dirigida a privar al funcionario de la titularidad del cargo que venía desempeñando, siendo una excepción al régimen de estabilidad que asiste a los funcionarios y por ser aplicable sólo en los supuestos señalados en la Ley.

Igualmente, ha sostenido, que la remoción no pone fin a la relación de empleo público, pues el funcionario puede ser reincorporado a un cargo de similar o mayor jerarquía y remuneración al que desempeñaba, siendo éste el objeto del período de disponibilidad al que es sometido el funcionario de carrera que se encontraba ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción o fue afectado por una medida de reducción de personal.

Por su parte, el retiro implica la culminación de la relación de empleo público y puede producirse sin que previamente haya un acto de remoción, como ocurre en los supuestos de renuncia, de jubilación, o por estar incurso en una causal de destitución; o también cuando sean infructuosas las gestiones reubicatoria del funcionario que haya sido removido del cargo de libre nombramiento y remoción o afectado por una medida de reducción de personal, tal como se establece en la normativa correspondiente.

En este orden de ideas, si bien hay ocasiones en las que ambos actos están vinculados en una relación de precedencia, esa relación procedimental no altera el hecho de que se trata de actos distintos y susceptibles de producir vicios diferentes a su destinatario.

Es por esta razón que la jurisprudencia de esta Corte admite que el acto de remoción puede ser válido, mientras que el de retiro puede ser nulo, puesto que los vicios que pueden afectar a uno y a otro son distintos; o puede ser que el querellante impugne el acto de retiro y no el de remoción, caso en el cual la decisión ha de recaer sólo sobre aquél; o que la apelación haya sido ejercida

respecto a la decisión tomada en primera instancia sobre el retiro, pero no respecto a la decisión referente a la remoción, caso en el cual esta Alzada ha de considerar firme a esta última y limitar su examen a la primera.

Por otra parte, puede, por ejemplo, haber operado la caducidad respecto a la remoción y no respecto al retiro, ya que al ser dictados en tiempos distintos el cálculo para determinar la caducidad de uno y otro es diferente. Todo ello no es más que la consecuencia lógica de la premisa conceptual conforme a la cual se insiste, la remoción y el retiro son actos diferentes (vid. sentencia dictada por esta Corte en el expediente AP42-R-2010-000970, caso: Ana María Medina Santos, contra la Junta Liquidadora del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines-FONDAFA).

VII. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

18 de Mayo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2010-000658.

Sentencia Nro.: 2017-0424.

Caso: MarveyZabeth Gómez Molina vs. Alcaldía del Municipio Sucre del estado Miranda.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

De las normas transcritas, se constata que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estableció un régimen de protección de los derechos de la familia, el cual comprende la asistencia integral a cada uno de sus miembros que la componen, considerando a la maternidad y a la paternidad bajo una posición preponderante, cuya defensa, y protección iusfundamental, dada la condición de derecho constitucional de las pretensiones a la protección por parte del Estado, se ha convertido en un objetivo compartido por los Órganos que ejercen el Poder Público, y uno de los fines del Estado Social de Derecho y de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

En este orden constitucional, puede advertirse que las previsiones establecidas ofrecen la tutela y protección de figuras como los permisos pre y post natal, así como la inamovilidad laboral prevista a partir del nacimiento del niño o niña, no tienen una naturaleza protectora de la trabajadora en sí misma, sino en calidad insustituible de la vida que se desarrolla dentro de su ser; siendo así la madre, como portadora de esa vida por nacer, a quien corresponde en primera y última instancia la protección que brinda el Estado, en todas las formas posibles desde la perspectiva de una interpretación progresiva de las normas legales que conforman el marco de referencia insustituible.

De lo anterior, se evidencia que cuando se pretenda desincorporar o desvincular del servicio a una funcionaria o funcionario que goce de fuero maternal o paternal, debe necesariamente sujetarse la decisión al vencimiento del período que falte del curso del embarazo y que se hayan extinguido el período postnatal de un (1) año (actualmente 2 años), de lo contrario, se estarían vulnerando los derechos constitucionales que se refieren a la protección de la maternidad aplicables igualmente a la paternidad.

1. INAMOBILIDAD ESPECIAL (HIJOS CON DISCAPACIDAD)

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

14 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000455.

Sentencia Nro.: 2017-0111.

Caso: Omarle Arias vs. Instituto Autónomo de Policía del Municipio El Hatillo. Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

En virtud de ello, concluye esta Alzada que la ciudadana Omarle Yen Arias Matos, es madre de un adolescente (nombre que se omite conforme a lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica de Protección de Niños Niñas y Adolescentes) en evidente condición de discapacidad y de conformidad con lo establecido en los artículos antes citados, goza de la inamovilidad por la protección especial de carácter permanente prevista en los artículos 347 y 420 de la Ley Orgánica del Trabajo, de las Trabajadoras y los Trabajadores, tal como fue considerado por el Juzgador de Instancia, por lo que se desestima el alegato planteado. Así se decide.

No obstante lo anterior y ante lo expuesto por parte del Juez A quo, en torno a declarar ajustado a derecho el acto destitutorio dictado contra la recurrente, a pesar que la misma se encontraba amparada por la inamovilidad antes referida, cabe traer a colación lo establecido por la Sala Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, mediante sentencia N° 964 de fecha 16 de julio de 2013, en la cual respecto al supuesto que el acto administrativo destitutorio debía ejecutarse una vez que cesara la protección acordada; estableció que "...el funcionario destituido gozaba de inamovilidad por fuero paternal, lo cual ameritaba un procedimiento de desafuero..." situación ésta suficiente a los fines de la declaratoria de nulidad del acto correspondiente.

2. FUERO MATERNAL EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

07 de diciembre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000558.

Sentencia Nro.: 2017-0925.

Caso: Vanessa de Jesús Cedeño Suarez vs. Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte (INSETRA).

Ponente: Víctor Martín Díaz.

Así las cosas, esta Corte estima pertinente aclarar que aun cuando se comprobó que el acto administrativo que destituyó a la querellante fue dictado mientras la misma se encontraba investida de la protección especial por fuero maternal, y que el mismo busca la protección del interés superior del niño este último constituye un principio de interpretación del Derecho de la niñez y adolescencia, estructurado bajo la forma de un concepto jurídico indeterminado que tiene por objetivo principal el que se proteja de forma integral al niño por su falta de madurez física y mental, pues requiere protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento y hasta que alcance la mayoría de edad.

No obstante, dicho principio interés superior (artículo 8 L.O.P.N.N.A) debe aplicarse en forma adecuada y razonable respetando el resto del sistema constitucional y legal, ya que no puede llevar a subvertir o derogar implícitamente las demás normas del ordenamiento jurídico.

3. PROTECCIÓN PATERNAL EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

04 de Julio de 2017.

Expediente Nro.: 2017-0172.

Sentencia Nro.: 00433.

Caso: Freddy Rafael Sarabia Cedeño vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

Ponente: Bárbara Gabriela César Siero.

Cabe destacar que dicha inamovilidad está orientada a garantizar la obligación por parte del Estado en brindar protección a los niños, niñas y a los y las adolescentes, incluyendo dentro de esta protección la seguridad socioeconómica para su desarrollo integral, en virtud del interés superior de dichos sujetos, de tal manera que resulta indiscutible que la pérdida del empleo del padre afectará el ingreso económico de la familia e incidirá en el cumplimiento del mencionado derecho de protección.

Es por tal razón que a través del fuero paternal lo que pretende el Estado es garantizar el sustento económico del niño, niña o adolescente por medio del sueldo o salario devengado por su progenitor y no la permanencia del funcionario en el cargo dentro de la institución, es decir, la protección del Estado derivada de dicho fuero va dirigida al niño, niña o adolescente y no a la estabilidad del funcionario en el puesto de trabajo.

A. EFECTOS DE LA DECLARATORIA DE NULIDAD DE ACTOS DICTADOS EN CONTRAVENCIÓN AL FUERO PATERNAL

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

14 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000315.

Sentencia Nro.: 2017-0126

Caso: Alberto Basanta vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Anzoátegui.

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

...se deduce que si la trabajadora o el trabajador se encontraba amparado por fuero maternal o paternal, el acto de su remoción o destitución resulta viciado y, por ende, mal podría tener una eficacia diferida hasta cuando hubiere cesado la inamovilidad por fuero y ello es así, por cuanto el referido acto contraría normas constitucionales (artículos 75 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y legales (artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo entonces vigente), y por tanto está viciado de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y al ser anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa, retrotrae la situación del administrado al momento previo de la emisión de dicho acto írrito, que en todo caso sería la reincorporación del cargo del cual fue separado y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir hasta la fecha de su efectiva reincorporación, caso contrario la remoción o destitución es ilegal e inconstitucional atentando contra el postulado de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

VIII. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. AUTONOMÍA DE LOS DISTINTOS TIPOS DE RESPONSABILIDADES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

14 de febrero de 2016.

Expediente Nro.: AP42-R-2009-000116.

Sentencia Nro.: 2017-0020.

Caso: David Carrero Parra vs. Alcaldía Bolivariana del Municipio Libertador del Distrito Capital.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

Así, la responsabilidad civil afecta el orden patrimonial de los funcionarios públicos, su esfera de bienes y derechos patrimoniales. Por su parte, la responsabilidad penal del funcionario, deriva de la comisión de un hecho

punible tipificado en el Código Penal o algún otro instrumento legal, contrarios al orden jurídico penal establecido. En este sentido, la acción penal puede estar directamente causada por un hecho ilícito contra el Estado o contra un tercero.

La determinación del hecho punible y sus consecuencias, será exigible en la medida en que intervengan los sujetos procesales establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el Código Orgánico Procesal Penal para la determinación de la responsabilidad penal del acusado.

Por su parte, la responsabilidad administrativa deriva del incumplimiento por parte del funcionario de los deberes formales que tiene legalmente asignados, la omisión de actuación administrativa o la actuación ilegal, sustanciada y determinada por la Contraloría General de la República.

Por último, la responsabilidad disciplinaria, que se verifica cuando el funcionario público incurre en alguno de los supuestos establecidos y tipificados actualmente en la Ley del Estatuto de la Función Pública (anteriormente, la Ley de Carrera Administrativa). De hecho, este instrumento legal contempla un cúmulo variado de sanciones que van desde la amonestación escrita hasta la destitución del funcionario.

Sobre este particular, es necesario puntualizar que cada una de los “tipos” o “dimensiones” de responsabilidad referidos, se determinan en función de la naturaleza de la acción u omisión llevada a cabo, para lo cual hace falta sustanciar procedimientos administrativos o jurisdiccionales diversos ante órganos distintos.

2. DESTITUCIÓN

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

08 de noviembre de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000728.

Sentencia Nro.: 2017-0822.

Caso: Gladys Herminia Carreño de Echezuria vs. Instituto Autónomo de Policía del estado Bolivariano de Miranda.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

Ahora bien, es importante señalar que la destitución es la sanción disciplinaria más severa de las establecidas en la ley, dado que implica una ruptura de la relación de empleo público, que presupone la comisión de una falta ocasionando el egreso del funcionario de la Administración por la comprobación de hechos de extrema gravedad que comprometen su responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, por lo cual es necesario analizar a fondo todo el proceso de destitución para verificar si el mismo se llevó a cabo correctamente, o se incurrió en los vicios denunciados por el querellante.

3. CAUSALES DE DESTITUCIÓN

A. FALTA DE PROBIDAD

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

14 de febrero de 2016.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000823.

Sentencia Nro.: 2017-0028.

Caso: Rosedg Yolimar Rodríguez González vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS).

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

En efecto, la probidad configura un deber, una obligación ineludible del funcionario público, la cual alude a la honradez, rectitud e integridad inherentes al cargo desempeñado, traducéndose la falta de probidad en una inobservancia de tales deberes mínimos de comportamiento, que sólo puede ser aprehendida mediante una valoración subjetiva de los elementos fácticos del caso concreto, y que, como causal de destitución persigue asegurar el ejercicio adecuado y confiable de la misión pública que la Constitución y las leyes le ha encomendado al funcionario.

En este sentido, la jurisprudencia venezolana ha estimado que la falta de probidad es la conducta contraria a los principios de bondad, rectitud de ánimo, integridad y honradez en el obrar, por tanto comprende todo incumplimiento de las obligaciones impuestas por la Ley. Sin embargo, la falta de probidad existirá cuando se hayan violentado normas no escritas, que toda la sociedad en su conjunto tenga como reprochables (vid. fallo N° 2016-0717 de fecha 20 de octubre de 2016, proferido este Órgano Jurisdiccional, caso: María Enriqueta Pérez Vs Instituto Venezolano de los Seguros Sociales).

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

12 de julio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000269.

Sentencia Nro.: 2017-0520.

Caso: Jorge Gregorio Guerra Borrego vs. Instituto Autónomo De Policía Municipal El Hatillo.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

Del dispositivo legal anteriormente transcrito, se desprende como causal de destitución la falta de probidad, entendida ésta como toda conducta contraria a los principios de bondad, rectitud de ánimo, integridad y honradez en el desempeño de las funciones inherentes al obrar del empleado público en detrimento del buen nombre e intereses de un órgano o ente de la Administración Pública.

En este sentido vale destacar que falta de probidad es un comportamiento incompatible con los principios morales y éticos previstos en la naturaleza

laboral del cargo ejercido por el funcionario público, los cuales están regulados por la normativa jurídica funcionarial o sus obligaciones contractuales de trabajo (Vid. Sentencias de esta Corte N° 2005-000210, de fecha 13 de junio de 2006 caso: Martín Eduardo Leal Chacoa contra El Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda y Sentencia N° 2007-710 de fecha 18 de abril de 2007, caso: Milagros del Valle Serrano Clavijo).

Cabe agregar en este sentido, lo citado por el doctrinario Santiago Barajas Montes de Oca refiriéndose al concepto de falta de probidad señalando que acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, la voz probidad como bondad personal, hombría de bien, rectitud de ánimo, integridad y honradez, igualmente agregó que de acuerdo con el Diccionario Jurídico Espasa – Calpe (1996) considera las voces probidad y honradez, definidas como la calidad moral que obliga a una persona al más severo cumplimiento de las obligaciones de sus deberes respecto a los demás. (Vid obra “La Falta de Probidad en el Derecho del Trabajo y el Derecho Penal” del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, BARAJAS, Santiago 1998: 96). (Negrillas de esta Corte).

Ahora bien, en el ámbito del derecho administrativo funcionarial, la Ley del Estatuto de la Función Pública señala en su artículo 33 cuáles son los deberes de los funcionarios y funcionarias públicas, estableciendo entre uno de ellos, el deber de cumplir con el horario establecido [Vid. ordinal 3°]. De igual forma agrega dicha norma, que los servidores públicos deben su ejercicio al cumplimiento fiel y obligatorio de la Constitución y las Leyes [Vid. ordinal 11°], las cuales deben “cumplir y hacer cumplir”, y sobre este punto cabe señalar, que los funcionarios le asiste en todo momento el deber de mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, todo ello bajo los principios de honestidad, honradez, lealtad, rectitud, ética e integridad en la labor prestada tanto a la ciudadanía, a la Administración Pública, como entre sus compañeros de trabajo. (Vid Sentencia N° 2010-829 emanada por esta Corte en fecha 22 de junio de 2011).

B. DESOBEDIENCIA A LAS ÓRDENES E INSTRUCCIONES DEL SUPERVISOR INMEDIATO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

09 de agosto de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000372.

Sentencia Nro.: 2017-0593.

Caso: Adriana Soley Calles Fermín vs. Municipio Naguanagua del estado Carabobo.

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

Dentro de este mismo contexto, debe advertir esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que aun confesando la querellante “que ella no

puede obedecer” ocurre que, para que la sedicente confesión alcance a sustanciar la causal de destitución adoptada, debe probarse que efectivamente la parte querellante, por lo menos en una oportunidad determinada, no obedeció las instrucciones a las cuales se encuentra en sujeción; sin embargo, no proporcionó la parte querellada en el texto del acto sancionatorio, el hecho que permite verificar que la recurrente incurrió en la violación del numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, violentando el principio de la carga de la prueba que asume la Administración Pública en el procedimiento sancionatorio, relativo a que es a ella a quien le toca demostrar la ocurrencia de la falta, y debe destacarse que del estudio efectuado a las actas correspondientes al expediente administrativo, no evidenció esta Corte de lo afirmado por la recurrente en el escrito de descargo ese animus indispensable para determinar que la funcionaria confesara que no respetaba a su supervisora; por lo que se desecha la denuncia en análisis. Así se decide.

C. INCUMPLIMIENTO REITERADO DE LOS DEBERES INHERENTES AL CARGO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

09 de agosto de 2018.

Expediente Nro.: AP42-Y-2017-000058.

Sentencia Nro.: 2017-0605.

Caso: Yober Antonio González Martínez vs. Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C.).

Es por ello, que es preciso señalar que los numerales 5 y 9 del artículo 91 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación, señalan lo siguiente:

(...omissis...)

De las normativas parcialmente transcritas, se evidencia en relación a la primera, que las faltas imputadas requieren responsabilidades subjetivas y objetivas del funcionario policial, es decir, implican un proceder por parte del funcionario investigado encaminado a eludir de una u otra forma el cumplimiento de los deberes inherentes al cargo que desempeña, tal como su incursión en cualquiera de las faltas lo cual además debe ser de forma reiterada, y en cuanto a la segunda, se requiera para que se configure la misma, que la violación de las normativas debe ser de forma deliberada y grave.

En ese sentido, es preciso señalar, que todo funcionario que actúe contrariamente a la normativa institucional del Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C.), se encontrará incurso en faltas susceptibles de destitución, tales como faltar a sus deberes inherentes al funcionario que sirve a una colectividad, el cual debe de servir de ejemplo en

su actuación tanto en su vida cotidiana como en el desempeño de sus labores, dado el grado de responsabilidad.

D. ABANDONO INJUSTIFICADO AL TRABAJO DURANTE TRES DÍAS HÁBILES DENTRO DEL LAPSO DE TREINTA DÍAS CONTINUOS

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

15 de noviembre de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000578.

Sentencia Nro.: 2017-0842.

Caso: Maigualida Márquez Caldera vs. Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (I.N.A.C.).

Ponente: Víctor Martín Díaz.

Ahora bien, visto lo anterior, si bien es cierto que la norma anteriormente citada no establece expresamente un lapso para que el funcionario presente los reposos en la dependencia pública para la cual trabaja, no deja de ser menos cierto, que el mismo a la brevedad posible debe dar aviso a su superior jerárquico de la situación que le impide cumplir con su obligación de apersonarse a realizar sus labores habituales, y una vez reincorporado, convalidar tal reposo.

El propósito de ello, es que el superior jerárquico tome las previsiones del caso, a los fines de que no se vea afectada la continuidad del servicio con la ausencia del funcionario, más en el caso como el de autos, que dicha ausencia sea prolongada en el tiempo, pues no puede pretenderse que una unidad administrativa se encuentre a la expectativa, durante más de treinta (30) días, en la espera del funcionario que no ha asistido, ni tampoco dado aviso por ningún medio, a los fines de que éste tenga a bien justificar sus inasistencias, máxima cuando existe una norma en la Ley del Estatuto de la Función Pública, que establece como causal de destitución el haber incurrido en ausencias injustificadas durante tres (3) días en el lapso de treinta (30) días continuos.

No puede pensarse, que bajo la premisa de que no existe un lapso perentorio para ello, el funcionario amparado en un reposo médico, y en conocimiento de que se va a ausentar de sus labores por más de tres (3) días hábiles en el periodo de treinta (30) días continuos, tenga el amplio margen de treinta (30) días o más para justificar su falta.

Conforme a lo anteriormente expuesto, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo es del criterio que tanto la falta de aviso, como la consignación tardía de un reposo médico deben ser considerados igualmente como abandono injustificado al trabajo durante tres (3) días hábiles en el lapso de treinta (30) días continuos.

Entiende esta Corte entonces que, la causal de abandono injustificado, se soporta en el hecho de que el funcionario, se ausenta de sus labores sin que medie una causa material y objetiva que la apoye, respalde, excuse o bien que acredite la misma. Por tal motivo, el funcionario deberá demostrar, respaldar o documentar las razones de su ausencia y de ese modo, disipar las consecuencias que se exponen de las faltas injustificadas del trabajo. De acuerdo con lo anterior, si al funcionario se le imposibilita solicitar el permiso, éste deberá: (i) informar a su superior inmediato de las razones de su ausencia; y (ii) demostrar o justificar con los instrumentos probatorios correspondientes, que la información o aviso que previamente dio es conteste o corresponde con la realidad o razones de su inasistencia.

4. PRESCRIPCIÓN DE LAS FALTAS ADMINISTRATIVAS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

28 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2013-000395.

Sentencia Nro.: 2017-0242.

Caso: Norma Del Carmen Miquilena Castellano vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

De otra parte, debe dejarse claro que la prescripción se erige como una garantía que otorga la Ley al administrado, a fin de evitar la perpetuación en el tiempo de la responsabilidad por las faltas en las cuales puedan incurrir los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, la cual se encuentra sometida al transcurso del lapso de ocho (8) meses que preceptúa el artículo 88 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, contados "...a partir del momento en que el funcionario o funcionaria público de mayor jerarquía dentro de la respectiva unidad tuvo conocimiento...", sin que hubiere solicitado la apertura de la averiguación administrativa ha lugar.

Como contrapartida, ésta se muestra ante la Administración como una sanción del Legislador, ante la inactividad de perseguir las presuntas faltas cometidas por los funcionarios al servicio de la Función Pública, habiéndose tenido conocimiento de las mismas, que opera cuando se han incumplido los deberes formales por parte del funcionario de mayor jerarquía (solicitud de apertura del procedimiento administrativo correspondiente).

Ahora bien, el lapso que prevé la ley especial para que la Administración dicte el acto administrativo que materialice su voluntad (ex artículo artículo 89.8 ejusdem), no constriñe de forma alguna las potestades disciplinarias de la Administración, toda vez que, la factibilidad de la prescripción de éstas para perseguir las faltas presuntamente cometidas por los funcionarios merecedores de la sanción de destitución, se computa desde la fecha del

conocimiento de la presunta falta por parte del máximo funcionario del órgano a la fecha de instrucción del procedimiento (ex artículo 88 ejusdem).

5. REGÍMENES ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

A. SOBRE LOS JUECES

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

07 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: 2010-0262.

Sentencia Nro.: 00131.

Caso: Del Valle Margarita Cerrone Morales.

Ponente: María Carolina Ameliach Villarroel.

En este contexto, resulta pertinente indicar que dada la naturaleza de las funciones del Juez, su idoneidad para el ejercicio del cargo no solo tiene que ver con la irreprochable actuación en el cumplimiento de los deberes y funciones jurisdiccionales referidas al manejo de determinados códigos de ética vinculados necesariamente a su ámbito personal, sino además, implica necesariamente el manejo y conocimientos sobre derecho y la adecuada aplicación de normas de carácter procesales, de modo que de verificar el órgano administrativo de control, en este caso la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, una falta disciplinaria derivada de una falla de este tipo, las competencias a esta atribuidas como órgano disciplinario podrían sustentar el inicio de una averiguación administrativa solo en la medida en que tales actuaciones jurisdiccionales puedan ser vinculadas directamente con el catálogo de sanciones establecidas en la Ley. (Vid. sentencias de esta Sala Nros. 401, 954, 00504, 00876 de fechas 18 de marzo de 2003, 12 de junio de 2007, 30 de abril de 2008, 22 de julio de 2015, respectivamente).

Asimismo, ha sostenido la Sala que "...el examen de la disciplina de los jueces incluye la revisión de aspectos jurisdiccionales, aun cuando vinculando este examen a la idoneidad del funcionario para continuar en el ejercicio de su cargo, dada la responsabilidad que supone la función de juzgar. (Sentencia N° 000401 de fecha 18 de marzo de 2003, caso: Inspectoría General de Tribunales).

Conforme a lo antes expuesto, la Comisión de Reestructuración del Sistema Judicial no se encuentra impedida al ejercer su potestad disciplinaria, de realizar el análisis de determinadas decisiones judiciales, siempre que el mismo esté enfocado en la capacidad e idoneidad del Juez de la causa, tanto en cuanto se refiere al ámbito moral como al profesional, sin embargo el límite entre el ejercicio de la competencia disciplinaria y la invasión a la esfera de las funciones jurisdiccionales del Juez y en consecuencia de su autonomía, es muy estrecho, por lo que desde el mismo momento en que una decisión de la

referida Comisión efectúa una “revisión” de una sentencia interpretando o cuestionando el criterio jurídico que fundamentó el fallo como si se tratara de un Juez de alzada, desde ese momento el órgano administrativo traspasa los límites de las competencias disciplinarias legalmente atribuidas.

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

30 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: 2010-0705.

Sentencia Nro.: 00281.

Caso: Iginia del Valle Dellán Marín.

Ponente: María Carolina Ameliach Villarroel.

De la norma parcialmente transcrita se desprende que el legislador reunió, en un solo numeral, cuatro (4) supuestos que acarrearán la sanción de destitución de los jueces, esto es, cuando sus actuaciones: i) atenten contra la respetabilidad del Poder Judicial; ii) violen el Código de Ética Judicial; iii) comprometan la dignidad del cargo; y iv) se hagan desmerecer en el concepto público. (Vid. sentencias de esta Sala Nros. 00785 y 01852 de fechas 3 de junio y 16 de diciembre de 2009, respectivamente).

En el caso específico del supuesto referido a la respetabilidad del Poder Judicial, la Sala ha manifestado que ésta viene dada en función de la ética, el honor, la dignidad, la probidad y la actuación de los jueces en el resguardo del orden y las buenas costumbres en sus actividades judiciales y en el respeto hacia los demás y hacia sí mismos; supuestos estos íntimamente ligados a la condición humana (vid., sentencias Nos. 01458 del 12 de noviembre de 2008, 00785 del 3 de junio de 2009 y 00508 del 26 de abril de 2011, entre otras).

IX. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

26 de octubre de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2013-001060.

Sentencia Nro.: 2017-0734.

Caso: Miguel Ángel Salazar Herrera vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

De las normas anteriormente transcritas, se desprenden las distintas fases que requiere el procedimiento disciplinario de destitución para ser jurídicamente válido y atender a las garantías constitucionales del derecho a la defensa y debido proceso; en primer lugar, deben ejecutarse los actos que marcan el inicio del procedimiento, esto es, la solicitud de averiguación, la creación del respectivo expediente disciplinario, la formulación de cargos, realizar notificación al funcionario el cual tendrá la oportunidad de contestar a los cargos que le han sido formulados; posteriormente, se encuentra la fase de

sustanciación del expediente en la cual se realizarán la promoción y evacuación de pruebas; seguido de lo cual se debe remitir el expediente a la Consultoría Jurídica de la Institución para que dé su opinión en cuanto a la procedencia de la destitución; y la fase final, dónde el órgano o el ente toma la decisión definitiva sobre si destituir o no al funcionario. (Vid. Artículos 86 y 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.
26 de octubre de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000645.

Sentencia Nro.: 2017-0759.

Caso: Williams Alfredo Betancourt Carmona vs. Cuerpo de Policía del estado Carabobo.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

En este orden de ideas, estima pertinente este Órgano Jurisdiccional precisar que en la mayoría de los procedimientos sancionatorios, el acto de apertura es un acta suscrita por un funcionario, en la cual se hacen constar ciertos hechos. Iniciado así de oficio el procedimiento, se abre la correspondiente articulación probatoria, y aquél culmina con una resolución mediante la cual el funcionario competente impone al infractor la correspondiente sanción. El cumplimiento de estas formalidades es esencial para el normal desarrollo del procedimiento y las mismas constituyen garantías del derecho a la defensa de los particulares.

1. EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.
17 de enero de 2017.

Expediente AP42-R-2014-001049.

Sentencia Nro.: 2017-0003.

Caso: Marco Antonio Gonzales vs. Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN).

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

“...considera esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que la inexistencia en autos del expediente administrativo en cuestión, obra en contra de las defensas o excepciones del Órgano administrativo, por cuanto, no puede esta Instancia Jurisdiccional determinar los hechos acontecidos y afirmados con base en las actas procedimentales, lo cual, en concreto, funda una presunción favorable a favor de la pretensión del recurrente, que necesariamente conllevaría a la declaratoria de procedencia de la vía de hecho denunciada, tomando en cuenta tal como fue dispuesto en líneas anteriores, que no consta documento alguno del cual se desprenda la supuesta intervención en la Notaría Segunda del Municipio Maturín del estado

Monagas, por parte de la Fiscalía del Ministerio Público y de la Guardia Nacional Bolivariana..”

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

19 de julio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000323.

Sentencia Nro.: 2017-0540.

Caso: Ángel Villamizar Martínez vs. Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores, Justicia y Paz.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

Del criterio expresado por la sala, nos establece que el expediente administrativo constituye un elemento de importancia cardinal para la resolución de la controversia y una carga procesal para la Administración acreditarlo en juicio, asimismo que dentro del Contencioso Administrativo de anulación se erige como requisito fundamental para la búsqueda de la verdad material, por lo que constituye una prueba de importancia medular para que el Juez Contencioso Administrativo pueda formarse convicción sobre los hechos, en consecuencia, la no remisión del expediente administrativo acarrea una presunción favorable sobre la procedencia de la pretensión de la parte accionante.

En el caso que nos ocupa, esta Alzada considera que ante la ausencia del expediente administrativo, siendo que constituye un elemento fundamental para encontrar la verdad material y la resolución de la controversia, por lo que resulta forzoso para esta Corte verificar si la administración cumplió con el procedimiento administrativo de destitución, en el cual se le haya garantizado al recurrente el derecho a la defensa y el debido proceso, resultando una presunción favorable al querellante sus afirmaciones expuestas en el marco del recurso contencioso administrativo funcional interpuesto.

2. LA NOTIFICACIÓN A FUNCIONARIOS DE REPOSO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

29 de junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000572.

Sentencia Nro.: 2017-0296

Caso: Bremer Martínez vs. Dirección General del Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN).

Ponente: Víctor Martín Díaz.

Así, vale decir que un acto administrativo existe cuando aparece en el mundo jurídico, sin embargo sus efectos –por más válido que sea el acto- no podrán desplegarse hasta que no haya sido debidamente notificado, ello quiere decir que la falta de notificación demorará el comienzo de los efectos, más no incide

en su existencia, se reitera que la notificación del acto administrativo no añade nada al acto administrativo como tal, simplemente, determina el momento en que habrá de comenzar a surtir efectos. Partiendo de lo anterior, tenemos que, aún cuando el acto administrativo, haya sido dictado estando de reposo el funcionario, tal situación no vicia el acto, pues, si se cumple con los requisitos no podría declararse que adolece de algún vicio, lo que si debe hacer la Administración, es esperar que culmine el referido reposo a los fines de notificar el acto, ya que lo contrario, acarrearía la ineficacia del mismo, más no su invalidez. Aplicando las anteriores consideraciones al presente caso, esta Corte observa que efectivamente para el momento en que fue notificado el acto de remoción N° DG-010-2015 (21 de abril de 2015), el querellante se encontraba de reposo, de tal manera que el mismo no podía adquirir plena eficacia, hasta tanto fuera culminado el estado de reposo de dicho funcionario y así poder notificarlo debidamente, tal y como se explicó en líneas anteriores.

3. DEBIDO PROCEDIMIENTO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

14 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-Y-2016-000133.

Sentencia Nro.: 2017-0203.

Caso: Nancy Aranguren vs. Instituto Autónomo de la Salud del Estado Yaracuy

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

Así pues, el derecho al debido proceso conjuntamente con el derecho a la defensa, constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos, por ello, no puede la Administración, en uso de su potestad sancionatoria, actuar con carácter meramente discrecional, sin observar los procedimientos establecidos normativamente. En otras palabras, no puede actuar sin la necesaria observancia de los principios constitucionales relacionados al debido proceso y a la defensa, pues ello implicaría un total menoscabo a dichos derechos, y una contravención a los postulados y principios del Estado Social de Derecho y de Justicia, propugnado por el Constituyente Venezolano.

En efecto, la Ley le confiere a la Administración la potestad para imponer sanciones, pero para ello, tal como se señaló, la Constitución vigente consagra el derecho al debido proceso tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, máxime si éstas son expresiones del ejercicio de la potestad sancionatoria, siendo el procedimiento una condición de suma importancia a los fines de imponer sanciones disciplinarias.

Es por ello, que el procedimiento sancionatorio constituye una verdadera garantía para el pleno ejercicio del derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución vigente, pues implica la participación efectiva

de los interesados en la defensa de sus derechos, la cual encuentra concreción en la estructura misma del procedimiento, es decir, en sus fases de acceso al expediente, alegatos, pruebas e informes.

4. DERECHO A LA DEFENSA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

23 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2010-000136.

Sentencia Nro.: 2017-0075.

Caso: Antonia Gisela Dordelly Pineda vs. Alcaldía del Municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

Al respecto, observa este Órgano Jurisdiccional que, el derecho a la defensa constituye un derecho fundamental que posee consagración constitucional, el cual ha sido objeto de amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial, por parte de los Tribunales patrios.

Previsto en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el derecho a la defensa estatuye la facultad que ha de asegurarse a todos los ciudadanos de realizar alegatos, promover, evacuar y controlar pruebas, presentar conclusiones y en definitiva, ser escuchado y ejercer cualquier acción tendente a exteriorizar una defensa técnica, en el curso del proceso, así como de cualquier procedimiento llevado por la Administración.

En tal sentido, se admite que el derecho a la defensa tenga un número abierto de manifestaciones y se inscriba a su vez dentro del derecho al debido proceso, a partir del cual, "...toda decisión –judicial o administrativa- debe estar precedida de las razones de hecho y derecho, debidamente constatables en su procedimiento correspondiente, que permitan conocer las causas que dieron origen al acto administrativo o a la conclusión arrojada en la sentencia judicial..." (vid. Sentencia N° 1.316 de fecha 8 de octubre de 2013, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, caso: "Osmar Buitrago Rodríguez y Clemente José Quintero Rojo").

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

03 de Agosto de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000156.

Sentencia Nro.: 2017-0608.

Caso: Alonso Javier Padrón Luque vs. Universidad Central de Venezuela (UCV).

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

En relación a lo establecido por el Iudex A quo, aprecia este Órgano Jurisdiccional que el acto que dio como ganador del concurso para el cargo de Ingeniero I al ciudadano Alonso Javier Padrón Luque, generó derechos

subjetivos al mismo, razón por la cual, la Administración en caso de presumir que dicho acto se encontraba viciado de nulidad absoluta, tenía la obligación de realizar la apertura del procedimiento administrativo de nulidad, a los fines de garantizar el derecho a la defensa del destinatario, por cuanto, de los elementos cursantes en autos, se observa que el hoy recurrente se encontraba notificado del acto que lo daba como ganador del cargo por el cual había concursado, incluso que él mismo había ciertamente cumplido con las directrices que le habían sido impartidas; presentándose el día 22 de junio de 2015 a la Facultad de Ciencias, no permitiéndole realizar las labores correspondientes a su nuevo cargo, debido a que el Supervisor tenía inconformidad con su designación.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

09 de agosto de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000696.

Sentencia Nro.: 2017-0601.

Caso: Luis León Guerra vs. Municipio Valencia del estado Carabobo.

En virtud de lo expuesto, este Órgano Jurisdiccional concluye, tal como determinó el Juez de la causa, las circunstancias descritas denotan cómo el transcurso del tiempo imposibilitó al hoy recurrente, el control de las pruebas en las que se fundamentó la decisión administrativa cuya nulidad se declaró a través del fallo apelado, y siendo que según se evidenció de la información y elementos probatorios contenidos en el expediente de la presente causa, los hechos objeto de la sanción administrativa anulada fueron determinados principalmente a través de las aludidas pruebas testimoniales evacuadas durante la fase inicial del procedimiento y mediante la evacuación de las testimoniales efectuadas durante el año 2008, verificándose que en las referidas oportunidades, el querellante no se encontraba impuesto formalmente de la existencia del procedimiento disciplinario en su contra; motivo por el cual, efectivamente se configuró la trasgresión del derecho a la defensa y al debido procedimiento denunciadas por el recurrente, declarada mediante el fallo hoy apelado y así fue corroborado por esta Corte, por lo que se desestima el argumento bajo estudio. Así se decide.

A. DERECHO A LA DEFENSA Y REVOCATORIA DE NOMBRAMIENTOS

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

14 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000283.

Sentencia Nro.: 2017-0195.

Caso: Jesús Arrijoja vs. Municipio Guanta del Estado Anzoátegui.

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

Partiendo de ello y al haberse constatado que el Alcalde del Municipio Guanta del estado Anzoátegui dictó el acto administrativo contenido en la Resolución N° 073/2009 de fecha 26 de febrero de 2009, mediante el cual revocó la designación del ciudadano Jesús Heriberto Arrijoja Villafranca del cargo de Ingeniero I, sin iniciar un procedimiento previo que le garantizara el ejercicio de su derecho a la defensa, en virtud de haber generado derechos subjetivos o expectativas de derecho en su favor, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo declara la NULIDAD ABSOLUTA de la Resolución anteriormente identificada y en consecuencia, ORDENA la reincorporación del recurrente al cargo de Ingeniero I o a otro de igual o similar jerarquía.

5. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

16 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2010-001072.

Sentencia Nro.: 2017-0169.

Caso: Jesús Enrique Quijada Quijada vs. Instituto Neoespartano de Policía (INEPOL).

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

En tal sentido, acota esta Corte, que la garantía de la presunción de inocencia de la persona investigada abarca cualquier etapa del procedimiento de naturaleza sancionatoria, tanto en el orden administrativo como judicial, dado que si bien el contenido de la presunción de inocencia se refiere primordialmente a la prueba y a la carga probatoria, también se extiende al tratamiento general que debe darse al investigado a lo largo de todo proceso.

De allí, se destaca que la violación de la presunción de inocencia derive no sólo de todo acto del cual se desprenda una conducta que juzgue o precalifique al investigado de estar incurso en irregularidades, sin que para llegar a esta conclusión, sea necesario que se le prueben los hechos que se le imputen y que se le dé la oportunidad de desvirtuar, a través de la apertura de un contradictorio, dichos hechos, y así permitirle la oportunidad de utilizar todos los medios probatorios que respalden las defensas que considere pertinente esgrimir, sino además que se trate al investigado como no culpable hasta que ella haya sido legalmente declarada.

6. PRINCIPIO DE NO PRECLUSIVIDAD O FLEXIBILIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

28 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2013-000395.

Sentencia Nro.: 2017-0242.

Caso: Norma Del Carmen Miquilena Castellano vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

Por otro lado, si bien es cierto que, conforme a las disposiciones de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el procedimiento disciplinario de destitución está integrado por una serie de fases y lapsos expresamente establecidos, específicamente en la redacción del artículo 88 *ibidem*, lo cual implica que, la Administración, así como el resto de los Poderes Públicos, está igualmente sometida al cumplimiento de la legalidad, no puede dejarse de observar que, a diferencia de los procedimientos judiciales, aquellos instruidos por la Administración, no están sometidos al rigor de la actuación formal.

Conforme a la ilación anterior, la doctrina ha conceptualizado el principio de no preclusividad o flexibilidad del procedimiento administrativo, a partir del cual, la Administración está en el deber de resolver todos los asuntos que son sometidos a su consideración, dentro del límite de sus competencia, tanto inicialmente como durante su tramitación, analizando todo el material probatorio que ha sido producido en autos, inclusive aquel que fuere incorporado de forma extemporánea al cuerpo del expediente administrativo (vid. fallo N° 2016-0594 de fecha 11 de agosto de 2016, dictada por esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, caso: "Inversiones Ramnelu, C.A., vs Instituto Socialista de la Pesca y Acuicultura").

En deferencia del principio esbozado, la inobservancia de la Administración de resolver o esgrimir la decisión de la averiguación administrativa, en el lapso previsto en la norma, no podría ser capaz de acarrear la perención del procedimiento, ni mucho menos la prescripción de la potestad disciplinaria de la Administración. Así se decide.

7. DEBER DE INHIBICIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

15 de noviembre de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000386.

Sentencia Nro.: 2017-0869.

Caso: Noel Daniel Álvarez Solís vs. Instituto Autónomo de Policía Municipio Los Salias del estado Bolivariano de Miranda.

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

A fin de resolver el alegato expuesto, esta Corte considera pertinente establecer que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativa, prevé en la redacción del artículo 36, en cuatro (4) supuestos fácticos, el deber de inhibición de los funcionarios administrativos para conocer de los asuntos cuya competencia se encuentra legalmente atribuida, destacándose, por

referencia del apelante los numerales 1. Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad tuvieren interés en el procedimiento, y 2. Cuando tuvieren amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.

En concordancia con la referida disposición, debe dejarse claro que en sede administrativa no resulta admisible la figura de la recusación, como sí ocurre en sede jurisdiccional, motivo por el cual nuestro más Alto Tribunal, en Sala Político Administrativa, entendió que "...se trata de un mecanismo procedimental que no es compatible con la dinámica de la actividad administrativa ni con los principios reguladores de sus competencias..." (vid. Decisión N° 1236 del 9 de octubre de 2002, caso: "Melinda Carolina Kancev de Landaeta").

La finalidad de este deber, es la de asegurar la imparcialidad y objetividad de los funcionarios cuando, incurso en alguno de los supuestos de hecho que refiere la norma, pudiera verse comprometida la transparencia de la actividad administrativa; cuya omisión prevé el ordenamiento jurídico, facultado a su superior jerárquico para lograr su exclusión del conocimiento del asunto de que se trate (ex artículo 39 *ibídem*), lo cual puede materializarse a través de un escrito de solicitud, dirigido no al funcionario actuante sino a la máxima autoridad del ente u órgano administrativo, como manifestación concreta del derecho de petición previsto constitucionalmente.

X. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

1. VICIOS

A. VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

08 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2015-000382.

Sentencia Nro.: 2017-0108.

Caso: Rosario Silva vs. Municipio Sucre del Estado Miranda.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

...en lo referente a la violación al principio de proporcionalidad de la sanción, este Sentenciador advierte, que dicho principio resulta aplicable en aquellos casos en los que la sanción quede a discrecionalidad de la Administración, en el caso concreto ciertamente al haberse advertido que los hechos no eran subsumibles en los supuestos inicialmente señalados, ha debido establecerse la improcedencia de la sanción de destitución y en su lugar la aplicación de la sanción de amonestación, por el incumplimiento de los deberes inherentes al cargo, establecida en el numeral 1° del artículo 83 de la Ley del Estatuto de la

Función Pública, razón por la cual indudablemente en el caso concreto se violó adicionalmente el principio de proporcionalidad de la sanción. Y así se declara.

B. FALSO SUPUESTO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

15 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000691.

Sentencia Nro.: 2017-0127

Caso: Yelika Matos vs. Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador del Distrito Capital.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

Así las cosas, esta Corte debe señalar que el vicio de falso supuesto se manifiesta cuando la Administración se fundamenta en hechos inexistentes o que ocurrieron de manera distinta a como fueron apreciados por ésta al dictar un acto administrativo o cuando la Administración se fundamenta en una norma jurídica que no es aplicable al caso concreto, cuyas modalidades son: 1) falso supuesto de hecho, el cual se produce durante la fase mediante la cual la operación intelectual de la Administración está dirigida al estudio de los hechos que se pretenden subsumir en la norma, siendo que el vicio puede ser el resultado de la inexistencia, calificación errónea o no comprobación de aquellos hechos que constituyen la causa del acto y, 2) falso supuesto de derecho, que se refiere a cualquier irregularidad que pueda producirse al momento de interpretar o aplicar la norma, es decir, cuando la base legal del acto administrativo es inexistente, calificada erróneamente aplicando una norma a unas circunstancias que no se corresponden con el supuesto de hecho abstracto que ésta regula por considerar que no tiene relación.

C. VICIO DE INCOMPETENCIA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

09 de agosto de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2005-001861.

Sentencia Nro.: 2017-0597.

Caso: Melania Coromoto Rojas de Millán vs. Consejo Nacional Electoral.

En virtud de lo señalado en la norma supra citada, entiende esta Corte que el vicio de incompetencia es uno de los vicios más graves que afecta la validez del acto administrativo, ya que implica que el acto ha sido dictado por funcionarios u órganos que no estaban debida y legalmente autorizados para dictarlo, sea en virtud de que se extralimitaron en el ejercicio de las competencias que tenían para otra actuación o simplemente actuaron en usurpación de autoridad o funciones.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara en su artículo 136 que cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias. Por su parte el artículo 137 determina que la Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el poder público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realice el Estado. Al respecto, debe destacarse igualmente que el artículo 141 eiusdem proclama que la Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (principio de legalidad).

Las normas anteriormente mencionadas contienen los principios fundamentales en que se fundamenta el ejercicio del poder público, siendo el más importante de todos ellos, el que consagra el pleno y absoluto sometimiento de la Administración a la ley y al derecho. De esta manera, los órganos miembros del poder público, sea cual fuere su naturaleza, no pueden actuar sino dentro de los límites fijados por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, toda actuación que trascienda el bloque de la legalidad, es contraria a derecho, y debe ser corregida por los mecanismos ideados por el propio ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, la competencia es, ciertamente, la medida de la potestad atribuida por la Ley a cada órgano, de modo, que no habrá competencia ni, desde luego, actuación administrativa válida, si no hay previamente el señalamiento, por norma legal expresa, de la atribución que se reconoce al órgano y de los límites que la condicionan. En este mismo orden de ideas, si hay inexistencia o falseamiento de los presupuestos fácticos, el órgano no podrá ejercitar el poder que el ordenamiento le ha atribuido y la actuación que cumpla estará viciada de ilegalidad y de nulidad absoluta, acorde con la previsión contenida en el citado numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Al ser la competencia resultado de una declaración normativa, el ejercicio de atribuciones en defecto de dicha declaración implica, por una parte, una acción administrativa de hecho; por la otra, una extralimitación de atribuciones o, la más grave, una usurpación de funciones.

2. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

21 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2014-000348.

Sentencia Nro.: 2017-0154.

Caso: Merilda Palomo vs. Municipio Montes del Estado Sucre.

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

Ahora bien, conforme a la disposición normativa anteriormente transcrita, cuando se suscitan algunos de los motivos merecedores de la sanción de destitución según lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública, la autoridad competente que es el superior jerárquico del funcionario-supuesto autor del hecho antijurídico-tiene hasta ocho (8) meses para iniciar el procedente respectivo, puesto que el artículo 88 ejusdem indica que las faltas, cuya comisión acarrearán destitución, prescriben en ese lapso, contados a partir del momento en que el funcionario de mayor jerarquía de la unidad a la cual pertenece el supuesto infractor, tenga conocimiento del hecho. De esta forma, la Administración podrá válidamente, desplegar su potestad sancionatoria respecto de esos hechos de los cuales tuvo conocimiento.

Mas sin embargo, no sólo la institución de la prescripción se materializa cuando no se solicita la correspondiente apertura de la averiguación disciplinaria dentro de los ocho (8) meses contados a partir de que la máxima autoridad de la unidad tiene conocimiento de la falta cometida por el funcionario, sino que ésta puede verificarse en el transcurso de la sustanciación del procedimiento disciplinario. Si bien es cierto que en materia administrativa la formalidad no tiene, en cuanto a la sustanciación, la misma rigurosidad que en sede judicial, ello no es óbice para que los procedimientos administrativos-disciplinarios se perpetúen en el tiempo en su sustanciación, es por ello que el legislador previó la institución de la prescripción, la cual tiene como uno de sus fines la seguridad jurídica, tan es así que en materia mucho más grave que una responsabilidad disciplinaria, como son los hechos delictuosos o criminales, ésta institución también está prevista.

De manera pues que la prescripción puede, como se dijo antes, verificarse durante el procedimiento si éste no es impulsado por actuaciones de parte del ente sustanciador, pues a diferencia de la caducidad, la prescripción sí admite interrupción, la cual ocurre cada vez que en el procedimiento administrativo disciplinario la administración realiza un acto de sustanciación, siempre y cuando entre cada uno de estos actos no haya transcurrido un lapso de ocho (8) meses.

3. LA NOTIFICACIÓN

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

22 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000725.

Sentencia Nro.: 2017- 0161.

Caso: José Medina vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Anzoátegui.

Ponente: Víctor Martín Díaz.

De lo anterior, se colige que, cuando se alegue la falta de notificación del acto impugnado o la notificación defectuosa del mismo, por no contener las especificaciones a que se refiere el artículo 73 de la Ley Orgánica de

Procedimientos Administrativos, dichos defectos quedarán subsanados si, de las actuaciones correspondientes, se constata que la parte recurrente interpuso los medios de impugnación pertinentes con el propósito de revertir los efectos del acto administrativo que posiblemente lesione sus derechos e intereses, para lo cual, sin embargo, deberá constatar que dichos recursos hayan sido interpuestos dentro del lapso legalmente establecido para ello, pues, de lo contrario se considerará que la notificación no ha surtido sus efectos y, como consecuencia, no podrá computarse en contra del recurrente los lapsos de caducidad previstos para interposición válidamente de los correspondientes recursos en sede jurisdiccional.

A. NOTIFICACIÓN DEFECTUOSA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

21 de Junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000625.

Sentencia Nro.: 2017-0527.

Caso: Saúl Miguel Suarez León vs. Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas (CICPC).

Ponente: Emilio Ramos González.

De la sentencia parcialmente transcrita, se observa la reiteración de la Sala al afirmar que todo acto administrativo de efectos particulares que afecten derechos subjetivos, intereses legítimos personales y directos, bien porque establezcan gravámenes, o cualquier otra forma de sanción, entre otras, deberán ser notificados, con el objeto de recubrir al acto de eficacia o de fuerza ejecutoria, considerando así, la notificación como requisito indispensable para dotar de eficacia el acto.

Por lo tanto, cuando se comprueba que el acto impugnado ha sido notificado de manera defectuosa, no debe computarse lapsos de caducidad, pues ello resulta lesivo de los derechos a la tutela judicial efectiva, acceso a la justicia, así como del principio pro actione, tal como fue señalado con anterioridad.

B. NOTIFICACIÓN EN CASOS DE PAGOS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

21 de Junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000183.

Sentencia Nro.: 2017-0521.

Caso: Brunilda Coromoto Rojas vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencia y Tecnología.

Ponente: Emilio Ramos González.

Si partimos de las anteriores fijaciones, esta Corte considera que el hecho generador se produjo el día 10 de diciembre de 2013, cuando la querellante se dio por notificada de ese finiquito de pago y no el 30 de enero de 2014 cuando

se hizo efectiva la transferencia bancaria, pues a partir de la notificación es cuando la recurrente supo cómo le pagarían y cuáles conceptos fueron reconocidos por la Administración. Si la querellante estaba inconforme con los conceptos o montos liquidados lo supo no con la transferencia efectiva en su cuenta, sino desde el momento en que firmó el comprobante de pago opuesto por la Administración.

Vale acotar que por regla general la Administración suele llamar a los funcionarios para que éstos se apersonen al retiro de su cheque de liquidación y a partir de la constancia que se haga de la recepción de ese título bancario, es cuando se fija el hecho generador, independientemente de cuándo la persona decida cobrarlo, porque se entiende que es a partir de entonces, cuando el funcionario conoce su situación jurídica subjetiva.

También es cierto, que suele tomarse el efectivo pago en la cuenta bancaria, pero por lo general la Administración no llama al funcionario anticipadamente –o no deja respaldo de ello- para ponerlo en conocimiento de su proceder –como sí ocurrió en la presente causa-, de modo tal, que si la Administración transfiere el pago adeudado de manera sorpresiva, debe tomarse la fecha del depósito como hecho generador, porque es a partir de ese momento en que el funcionario determina su inconformidad con el monto abonado, pues se entiende que hasta ese momento no sabe cuándo o cómo le serán pagadas sus prestaciones sociales.

4. POTESTAD DE AUTOTUTELA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

07 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2013-001094.

Sentencia Nro.: 2017-0142.

Caso: Yuleima Coromoto Espinoza Andrade vs. Alcaldía del Municipio Girardot del Estado Aragua.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

Por otra parte, en relación a la potestad de autotutela debe señalarse que el artículo 82 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos expresa que “los actos administrativos que no originen derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos para un particular, podrán ser revocados en cualquier momento, en todo o en parte, por la misma autoridad que los dictó, o por el respectivo superior jerárquico”. En consecuencia, se desprende del contenido de la norma citada, que la Administración no puede revocar de oficio un acto administrativo que ha creado derechos subjetivos o intereses legítimos, personales y directos a favor de un administrado.

(...omissis...)

Bajo este contexto, entonces, se advierte que la llamada potestad de “autotutela” de la Administración Pública, constituye una obligación de ésta de rectificar su actuación, cuando la misma esté viciada. La cual, en el caso particular de la potestad anulatoria, implica que los órganos competentes que la integran deben, de oficio o a solicitud de parte y, en cualquier momento, anular aquellos actos suyos contrarios a derecho y que se encuentran afectados de nulidad absoluta; sin perjuicio de que también puedan hacerlo con respecto a aquellos actos suyos viciados de nulidad relativa que no hayan dado lugar a derechos adquiridos. De allí que tal potestad sea un atributo inherente a la Administración y no un “sucedáneo” de la potestad jurisdiccional.

Por lo tanto, debe este Órgano Jurisdiccional señalar, que tal como fuere explanado ut supra, la potestad anulatoria permite a la Administración según lo previsto en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, anular en cualquier momento sus actos, pues conforme al principio de legalidad que informa la actividad administrativa, un acto que se encuentra viciado de nulidad absoluta, en modo alguno puede generar derechos a los particulares, razón por la que, a los fines de cumplir con el referido principio, la Administración puede en cualquier tiempo anularlo.

(...omissis...)

Así, considera esta Alzada que de acuerdo a la jurisprudencia transcrita la Administración a los fines de desarrollar el principio de autotutela administrativa mediante el cual tiene facultad para revisar y hasta anular sus propios actos, debe realizar previamente un procedimiento administrativo en el cual se respeten todas las garantías así como el derecho a la defensa y al debido proceso a los fines que el afectado pueda aportar alegatos y pruebas.

XI. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL

1. LA QUERELLA

A. LAPSO DE INTERPOSICIÓN DE LA QUERELLA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

21 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000433.

Sentencia Nro.: 2017-0114.

Caso: José Gregorio Figueredo Polanco vs. Alcaldía del Municipio Pedro Camejo del estado Apure.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

Ello así, se observa que el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece lo siguiente:

“Todo recurso con fundamento en esta Ley sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres meses contado a partir del día en que se produjo el hecho que dio lugar a él, o desde el día en que el interesado fue notificado del acto”.

Conforme a la norma transcrita, aplicable en casos de reclamaciones ejercidas por funcionarios públicos con motivo de la prestación de sus servicios, éstos disponen de un lapso de caducidad de tres (3) meses para interponer el recurso contencioso administrativo funcional desde el día en que se produjo el hecho que dio lugar al reclamo, o desde el día en que el interesado fue notificado del acto que afectó sus derechos subjetivos.

(...omissis...)

De lo expuesto, cabe destacar que la caducidad constituye un presupuesto procesal que puede ser revisado incluso de oficio por el Juez, en cualquier estado y grado de la causa, a los fines de la admisibilidad de cualquier acción o reclamación en materia funcional ante los órganos jurisdiccionales.

B. FALTA DE CONSIGNACIÓN DE DOCUMENTOS FUNDAMENTALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

23 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000575.

Sentencia Nro.: 2017-0092.

Caso: Carmen Beatriz Mindiola Borregales vs. Alcaldía del Municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda.

Ponente: Emilio Ramos González.

A tales fines, el ordinal 2, del artículo 95 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que a texto expreso establece las causales de inadmisibilidad de las solicitudes, demandas o recursos, señalando entre ellas la omisión de presentación de los documentos fundamentales, en los siguientes términos:

(...omissis...)

De la disposición transcrita, se colige que sobre la parte actora recae la carga de acompañar la demanda con los documentos o instrumentos necesarios, para que el Juez pueda verificar su admisibilidad determinando el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto por el Legislador.

De este modo, la interposición de la demanda hace surgir la obligación del Juez de proveer a la admisión o negación de la misma, es por ello que, a tales efectos, éste debe contar con elementos suficientes que le permitan emitir un pronunciamiento ajustado a derecho, entre ellos, el o los instrumentos de los que derive el derecho deducido en el juicio.

No obstante, dicho requerimiento debe ser interpretado en armonía con principios fundamentales como el acceso a la justicia, teniendo en cuenta que ésta no debe ser sacrificada en virtud de formalidades no esenciales, tal y como se encuentra estipulado en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Así, la exigencia de consignar los documentos fundamentales, debe ser interpretada de modo tal que no termine por convertirse en un obstáculo para que el accionante acceda a los órganos de justicia, circunscribiendo la inadmisión de la querrela por esa causa, a aquellos casos en los que se manifiesta verdadera imposibilidad para el juez de emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad con la información que posee en el expediente, teniendo en cuenta que, la admisión es de orden público, de modo que si en el transcurso de la querrela se incorporan al juicio elementos de los cuales sea ostensible la inadmisibilidad, el juez puede declararla en cualquier estado y grado de la causa.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.
27 de julio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2010-000652.

Sentencia Nro.: 2017-0563.

Caso: Amilkar José Tenías Velásquez vs. Fundación para el Desarrollo Deportivo del estado Sucre.

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

La disposición antes transcrita, establece un lapso de caducidad para el ejercicio de la acción, lo cual indica, que no admite paralización, detención, interrupción ni suspensión, sino que el mismo transcurre fatalmente, y su vencimiento, por tanto, ocasiona la extinción del derecho a la acción que ha de ser interpuesta antes de su vencimiento.

Dentro de ese marco, visto que el argumento principal en la presente causa se centra en un tema procesal de orden público, como lo es la caducidad, este Órgano Jurisdiccional estima necesario apuntar que los lapsos procesales que son establecidos legalmente y aplicados en los procesos jurisdiccionales, son elementos temporales ordenadores del proceso, esenciales al mismo y de eminente orden público, por lo que respecta a esa institución, debe señalar que la misma deviene en razón de haber transcurrido un lapso fijado por el legislador para hacer valer un derecho, lapso que transcurre fatalmente y no es susceptible de interrupción, ni de suspensión tal y como ya ha sido precisado.

En efecto, la finalidad del lapso de caducidad es la materialización de la seguridad jurídica y el aseguramiento que tras el transcurso del lapso que establece la ley, se extinga el derecho de toda persona al ejercicio de la acción que el ordenamiento jurídico le autorice ello, para evitar que acciones

judiciales puedan proponerse indefinidamente en el tiempo, lo cual, obviamente incidiría negativamente en la seguridad jurídica. Es por ello que el recurrente o justiciable, una vez habilitado para acudir al Órgano Jurisdiccional, deberá proponer su recurso judicial en tiempo hábil, esto es, antes de la consumación del lapso de caducidad que dispuso la Ley.

2. EXTENSIÓN DEL LAPSO DE CADUCIDAD A LA CONSULTA OBLIGATORIA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

17 de enero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-Y-2016-000134.

Sentencia Nro.: 2017-0002.

Caso: Nelly Romero vs Gobernación del Estado Bolívar.

Ponente: Eleazar Alberto Guevara Carrillo.

De la sentencia parcialmente trascrita se colige que ha sido el criterio asumido por la Sala Constitucional, considerar que por razones de seguridad jurídica y con el propósito de dar mayor rapidez a los procesos que se hallan en curso dentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en aquellos casos donde proceda el privilegio de la consulta y contra el fallo no se haya ejercido apelación, el Juez de Primera Instancia, como ordenador del proceso judicial, debe remitir de manera inmediata la causa respectiva al Tribunal Superior para el cumplimiento con la consulta, en aquellos casos que ésta proceda. Por otra parte, en el supuesto de que el Juez no cumpla a tiempo con su deber, la Administración -vencida en juicio- podrá pedir la remisión del fallo vía consulta, para lo cual contará con el lapso de seis (6) meses equiparado al lapso de caducidad de las demandas contencioso administrativas contra actos de efectos particulares, a que hace referencia el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, y siendo que en fecha 16 de junio de 2010, entró en vigencia la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en Gaceta Oficial N° 39.447 de la misma fecha, reimpresa por error material en la Gaceta Oficial N° 39.451 del 22 de junio de 2010, la cual en el numeral 1° del artículo 32, estableció el término de ciento ochenta (180) días continuos para las demandas de nulidad de los actos administrativos de efectos particulares, esta Corte considera prudente utilizar éste lapso de manera análoga en aquellos casos en donde proceda el privilegio procesal de la consulta, atendiendo al fallo supra citado.

Nota de los Compiladores: Se reitera el criterio sostenido en el año 2016, sobre la consulta obligatoria. Remitimos al lector a la revisión de la Sentencia de la Sala Constitucional Nro. 957 de fecha 16 de junio de 2008, caso: Asiclo Antonio Godoy Valera, (Sentencia "líder" sobre este criterio). Al tiempo que señalamos la Desnaturalización de la institución de la Consulta Obligatoria, la cual pasa

a tener rasgos similares a la apelación (impulso de parte) y las consecuencias propias de la impugnación judicial de actos administrativos de efectos particulares, establecidos en la LOJCA (lapso de caducidad de 180 días), caducidad que, dicho sea de paso, puede ser entendida en su sentido más amplio como una carga procesal de imposible aplicación analógica.

3. EFECTOS DE LA SENTENCIA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

14 de febrero de 2016.

Expediente Nro.: AP42-R-2016-000204.

Sentencia Nro.: 2017-0007.

Caso: Rossana Marilyn Blanco Colmenares vs. Instituto de Infraestructura del estado Apure (INFREA).

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

Siendo ello así, se evidencia que la sentencia de fecha 27 de enero de 2016 busca corregir un error que menoscabó el derecho a la defensa de la parte querellada y más aún violentó el procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Procuraduría General de la República, contentivo de la inclusión de los pagos en las respectivas partidas presupuestarias, el cual se encuentra determinado en el numeral 1 del artículo 100 del Decreto con Rango Valor y Fuerza de Ley de la Procuraduría General de la República, cuya prerrogativa se le aplica extensivamente a la entidad estatal, en virtud de lo establecido por el artículo 33 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público:

(...omissis...)

Del texto parcialmente citado, se desprende que cuando se trate de pagos de sumas de dinero adeudadas por la Administración, éstas deben ser incluidas en las partidas respectivas de los próximos dos ejercicios presupuestarios, es decir, las partidas presupuestarias de los dos próximos años, siendo ello así y dado que la sentencia de fecha 10 de abril de 2015, había erradamente ordenado incluir el pago del cincuenta por ciento (50%) de lo adeudado al querellante dentro del presupuesto del año dos mil quince (2015), siendo ese el año en curso y no los próximos ejercicios fiscales como lo dispone la Ley, esta Corte considera que de no haberse subsanado el error se habría violentando el derecho a la defensa de la parte querellada, así como el procedimiento legalmente establecido para la respectiva inclusión.

A. PAGO DE INTERESES MORATORIOS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

07 de marzo de 2017.

Expediente Nro.: AP42-Y-2017-000014.

Sentencia Nro.: 2017-0123.

Caso: Zenaida Mariela Farfán Navas vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

En ese sentido, resulta necesario apuntar, que conforme al artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, "(...) [e]l salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor (...)", concluyéndose en deferencia, que los intereses moratorios constituyen la consecuencia -o condena- por la falta de pago oportuno, generada por el retardo o demora en la cancelación de las prestaciones sociales, derecho éste que se hace exigible al momento de consumarse la culminación de la relación laboral, debido por la inacción del patrono de cancelar las prestaciones sociales en el tiempo oportuno (vid. sentencia N° 2013-0180 de fecha 7 de febrero de 2013, proferida por esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo).

B. DIFERENCIA ENTRE INDEXACIÓN Y PAGO DE INTERESES MORATORIOS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

21 de febrero de 2017.

Expediente Nro.: AP42-Y-2016-000035.

Sentencia Nro.: 2017-0041.

Caso: Carmelo Antonio Blanco Matute vs. Gobernación del estado Apure.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

Ahora bien, la mora y la indexación son conceptos diferentes, por cuanto la mora hace referencia al interés que se ha de pagar por no saldar oportunamente una deuda, y la indexación hace referencia a la actualización de la deuda a valores reales actuales, ya que el valor inicial de la deuda ha sido afectado por la pérdida del valor de la moneda como consecuencia de la inflación con el paso del tiempo, por lo que la mora supone la existencia de una obligación preexistente que en su momento no se satisface por el deudor.

Con la indexación, se pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que pierde su valor motivado a los índices inflacionarios, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro y, no puede pretenderse el cálculo de los intereses tomando como capital el valor indexado de la obligación principal, pues el monto que alcanzaría la deuda al momento de su cancelación resultaría imprevisible, en tanto que al momento de haberse perfeccionado la obligación, no podía saberse que habría retardo en su ejecución y, mucho menos, la oportunidad cuando la deuda se pagaría, luego de la ocurrencia del atraso,

Al respecto, considera esta Alzada que la base de cálculo de los intereses moratorios es el capital que constituya la deuda líquida y exigible al presentarse el recurso y que el poder adquisitivo de la moneda es una característica esencial e intrínseca a ella, el cual representa su valor, por lo que la indexación judicial nada tiene que ver con los intereses moratorios. En consecuencia, sólo la obligación principal es susceptible de indexación, y el monto resultante de la indexación no tiene ninguna influencia en la determinación de los intereses de mora que puedan atribuirse al retardo en el pago.

4. CARGA DE LA PRUEBA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

22 de Junio de 2017.

Expediente Nro.: AP42-R-2005-001394.

Sentencia Nro.: 2017-0536.

Caso: José Miquilena vs. Ministerio de Interior y Justicia, hoy Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz.

Ponente: María Elena Centeno Guzmán.

De igual forma, es menester destacar que ciertamente en los procedimientos contenciosos administrativos la carga de la prueba presenta algunos matices especiales pues se modifica en perjuicio del recurrente, ya que en función del principio de legalidad que reviste los actos administrativos es a éste último a quien le corresponde probar y desvirtuar la misma, de allí que, para debilitar sus efectos corresponderá al querellante promover la prueba en contrario de esa presunción y en el caso de marras, el querellante probó que se desempeñaba como Jefe del Departamento de Correspondencia y Archivo de la antigua Dirección General de Identificación y Extranjería tal como evidencia esta Alzada que el accionante consignó instrumentos probatorios cursantes a los folios 42, 43, 44, 45 y 46 del expediente judicial, que apuntan hacia la consideración que el recurrente cumplía funciones del cargo de Jefe del Departamento de Correspondencia y Archivo y dicho cargo es de carrera, y no de libre nombramiento y remoción.

5. COMPETENCIA

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

11 de mayo de 2017.

Expediente Nro.: 2017-0162.

Sentencia Nro.: 00531

Caso: Keila Margarita Matos Becerra.

Ponente: Inocencio Figueroa Arizaleta.

Lo anterior pone de relieve que lo realmente pretendido por la aludida ciudadana, es su "*reenganche*" o reincorporación al Instituto Nacional de

Investigaciones Agrícolas, es decir, que busca impugnar el acto administrativo a través del cual fue destituida, con lo cual queda evidenciado que la relación que la vinculaba con el prenombrado Instituto era funcional, regida por la Ley del Estatuto de la Función Pública, de allí que esta Sala forzosamente deba concluir que el conocimiento del fondo de este asunto corresponde a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por ser el Juez Natural para conocer de la causa, de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 25 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, resultando incompetente el Tribunal Primero de Juicio del Circuito Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa con sede en Acarigua, tal como éste lo estimó en su decisión del 19 de diciembre de 2016. **Así se establece.**

6. PRERROGATIVAS PROCESALES DE LA REPÚBLICA, ESTADOS Y MUNICIPIOS

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

25 de octubre de 2017.

Expediente Nro.: 09-1174

Sentencia Nro.: 735

Caso: Mercantil C.A., Banco Universal.

Ponente: Juan José Mendoza Jóver.

Ahora bien, resulta un hecho de carácter público, notorio y comunicacional que actualmente el Estado venezolano posee participación en un sinnúmero de empresas, tanto en carácter mayoritario como minoritario, es por ello que, conforme a la potestad conferida a esta Sala Constitucional en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se establece con carácter vinculante que las prerrogativas y privilegios procesales en los procesos donde funja como parte el Estado, deben ser extensibles a todas aquellas empresas donde el Estado venezolano, a nivel municipal, estatal y nacional, posea participación, es decir, se le aplicará a los procesos donde sea parte todas las prerrogativas legales a que haya lugar, e igualmente dichas prerrogativas y privilegios son extensibles a los municipios y estados, como entidades político territoriales locales. Y así se establece.

Nota de los compiladores: Si bien es cierto el presente asunto versa sobre la revisión por vía de apelación de una Acción de Amparo Constitucional interpuesta por ante los Tribunales Contencioso Tributario, el criterio fijado en esta decisión no fue circunscrito únicamente al ámbito Tributario como en otros casos había hecho la Sala Constitucional, sino que lo extendió a “los procesos” en general.

XII. EL AMPARO CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

1. TUTELA CAUTELAR EN FUNCIÓN PÚBLICA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

14 de febrero de 2016.

Expediente Nro.: AP42-O-2016-000046

Sentencia Nro.: 2017-0018.

Caso: Alejandra Irays Muñoz Guevara vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT).

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

Del criterio expuesto, se observa la exigencia de dos condiciones de procedencia en materia de amparo cautelar: la existencia del *fumusboni iuris*, y el *periculum in mora*; no obstante, si el Juez verifica el cumplimiento del primero, no necesitará entrar a conocer del segundo.

En cuanto al *fumusboni iuris* o presunción de buen derecho, es menester recordar que esta figura implica, en forma general, la carga del solicitante de alegar y probar que la actividad o inactividad administrativa de los órganos del Poder Público, constituye una aparente y grave contravención del ordenamiento jurídico que justifique la adopción de una tutela cautelar.

Ahora bien, a diferencia del resto del elenco cautelar en nuestro ordenamiento vigente, donde la posición jurídica tutelable (*fumusboni iuris*) puede estar referida a derechos de carácter legal, contractual o de cualquier otra índole, la tutela constitucional cautelar requiere y exige que los derechos e intereses jurídicos invocados como causa legitimadora de la cautela, tengan rango y fuente directa en la Constitución. En caso contrario, el solicitante deberá acudir a los medios ordinarios de tutela cautelar previstos en el ordenamiento jurídico.

Respecto del segundo requisito de procedencia, esto es, el *periculum in mora* o riesgo de inejecución del fallo, se puede definir como la probabilidad de perjuicio causado a las partes, tanto en sus derechos como en su patrimonio, a consecuencia del retardo judicial o de otras circunstancias que afecten de modo irremediable la eficacia del dispositivo de la decisión definitiva.

No obstante, es necesario que los aludidos requisitos se encuentren acreditados, respaldados o apoyados por un medio de prueba que los fundamente, por lo cual, corresponde al accionante en sede cautelar, presentar al Juez Constitucional todos los elementos que contribuyan a la demostración de tales presunciones, a fin que sea factible la procedencia de la protección cautelar solicitada.

NORMATIVA (ENERO – DICIEMBRE 2017)

ENERO

Gaceta Ordinaria Nro. 41.069 del 06 de enero de 2017.

Decreto Nro. 2.654, mediante el cual se dicta las Normas Básicas de Actuación de los Servidores y Servidoras Públicas en Materia de Derechos Humanos.

Decreto Nro. 2.656, mediante el cual se establece que los trabajadores y las trabajadoras del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores, podrán ser Jubilados y Jubiladas de manera excepcional, previa solicitud del interesado o interesada o aún de oficio, cuando cumplan los requisitos o condiciones que en él se mencionan.

Gaceta Ordinaria Nro. 41.078 del 19 de enero de 2017.

Resolución Nro. 007, mediante la cual se dictan las Normas sobre la Dotación y Uso de los Uniformes del Personal y Voluntariado de la Dirección Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres

Gaceta Ordinaria Nro. 41.080 del 20 de enero de 2017.

Resolución N° 160, mediante la cual se dictan las Normas Relativas a los Derechos de las Mujeres, a la Igualdad y la Equidad de Género en los Cuerpos de Policía en sus Distintos Ámbitos Político Territoriales, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas, y el Servicio Nacional de Medicina y Ciencias Forenses.

Gaceta Ordinaria Nro. 41.081 del 24 de enero de 2017.

Resolución N° 119 Normas del Concurso Público de Credenciales y de Oposición para el ingreso a la Carrera Fiscal.

Gaceta Ordinaria Nro. 41.086 del 31 de enero de 2017.

Decreto N° 2.711, mediante el cual se dicta el Reglamento de la Orden Militar “General en Jefe Rafael Urdaneta”.

FEBRERO

Gaceta Ordinaria Nro. 41.101 del 22 de febrero de 2017.

Decreto Nro. 2.728, mediante el cual se dicta el Reglamento del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial sobre el Régimen Disciplinario.

Decreto Nro. 2.729, mediante el cual se dicta el Reglamento del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Estatuto de la Función Policial en Materia de Administración de Personal y Desarrollo de la Carrera Policial.

MARZO**Gaceta Oficial Nro. 6290 Extraordinario del 21 de marzo de 2017.**

Decreto N° 2.765, mediante el cual se dicta el Reglamento General de la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional Bolivariana.

Gaceta Ordinaria Nro. 41.124 del 29 de marzo de 2017.

Resolución N° 052, mediante la cual se dictan las Normas para el ingreso y reintegro de los funcionarios y funcionarias policiales de investigación en el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Resolución Nro. 053, mediante la cual se dictan las Normas sobre la evaluación del desempeño de los funcionarios y funcionarias del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Resolución Nro. 054 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dictan las normas para los ascensos en la carrera policial de investigación.

Gaceta Ordinaria Nro. 41.126 del 31 de marzo de 2017.

Resolución Nro. 056, mediante la cual se dictan las Normas sobre la formación continua y el reentrenamiento de los funcionarios y funcionarias del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

ABRIL**Gaceta Ordinaria Nro. 41.127 del 03 de abril de 2017.**

Decreto Nro. 2.797, mediante el cual se dicta el Sistema de Viáticos para los Servidores y Servidoras Públicos al servicio de la Administración Pública.

Gaceta Ordinaria Nro. 41.132 del 17 de abril de 2017. (REIMPRESIONES)

Resolución N° 052, mediante la cual se dictan las Normas para el ingreso y reintegro de los funcionarios y funcionarias policiales de investigación en el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Resolución Nro. 053, mediante la cual se dictan las Normas sobre la evaluación del desempeño de los funcionarios y funcionarias del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Resolución Nro. 054 del Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores, Justicia y Paz, mediante la cual se dictan las normas para los ascensos en la carrera policial de investigación.

Gaceta Ordinaria Nro. 41.138 del 26 de abril de 2017.

Resolución Nro. 163, mediante la cual se dictan las Normas sobre el Registro Nacional e Historial Personal de los Funcionarios y Funcionarias del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Resolución Nro. DdP-2017-037, mediante la cual se dicta la Reforma Parcial del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Defensa Pública.

MAYO

Ninguna normativa relevante publicada en el mes sobre la materia.

JUNIO

Ninguna normativa relevante publicada en el mes sobre la materia.

JULIO

Gaceta Ordinaria Nro. 41.195 del 18 de julio de 2017.

Providencia Nro. 005, mediante la cual se implementa el Sistema de Pago de Indemnización Diaria a través de Orden de Pago, a los empleadores y empleadoras del sector público con el objeto de que éstas sean acreditadas a la Orden de Pago generada por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (IVSS), debiendo el empleador cancelarlas al asegurado.

AGOSTO

Gaceta Ordinaria Nro. 41.219 del 22 de agosto de 2017.

Decreto Nro. 3.030, mediante el cual se establece la Escala Especial de Sueldos Aplicable a los funcionarios y las funcionarias del Cuerpo Policía Nacional Bolivariana.

Decreto Nro. 3.031, mediante el cual se establece la Escala Especial de Sueldos Aplicable a los funcionarios y las funcionarias del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

Decreto Nro. 3.032, mediante el cual se establece la Escala Especial de Sueldos Aplicable a los funcionarios y las funcionarias Policiales de los Cuerpos de Policía Estadales y Municipales.

SEPTIEMBRE

Ninguna normativa relevante publicada en el mes sobre la materia.

OCTUBRE

Gaceta Ordinaria Nro. 41.254 del 10 de octubre de 2017.

Decreto Nro. 3.102, mediante el cual se regula y establece el Sistema de Remuneraciones Aplicables a las Funcionarias y Funcionarios de Protección Civil y Administración de Desastres en todo el País.

Decreto Nro. 3.103, mediante el cual se regula y establece el Sistema de Remuneraciones Aplicables a los Bomberos y Bomberas de los Cuerpos de Bomberos y Bomberas y Administración de Emergencia de Carácter Civil en sus diversas especialidades y ámbitos territoriales en todo el País.

Resolución Nro. 01-00-000497, mediante la cual se dicta la Reforma Parcial del Estatuto de Personal de la Contraloría General de la República.

NOVIEMBRE

Gaceta Ordinaria Nro. 41.274 del 08 de noviembre de 2017.

Resolución N° 328, mediante la cual se reforma parcialmente la Resolución N° 260, de fecha 30 de julio de 2013, contentiva de las Normas Sobre el Concurso de Buenas Prácticas Policiales.

Resolución N° 028/2017, mediante la cual se Reforma el Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones del Personal de la Procuraduría General de la República.

DICIEMBRE

Gaceta Ordinaria Nro. 41.294 del 06 de diciembre de 2017.

Resolución N° 113.17, mediante la cual se dicta el Código de Ética de los Trabajadores y Trabajadoras de la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario.

Decreto N° 3.233, mediante el cual se ajusta la base de cálculo para el pago del Cestaticket Socialista para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores público y privado, a sesenta y un Unidades Tributarias (61 U.T.) por día, a razón de treinta (30) días por mes, pudiendo percibir hasta un máximo del equivalente a mil ochocientos treinta Unidades Tributarias (1.830 U.T.) al mes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley del Cestaticket Socialista para los Trabajadores y Trabajadoras¹.

¹ Nota de los compiladores: Durante el año fueron publicados previamente los Decretos N° 2.833 (G.O N° 6.296 Extraordinario del 02/05/2017); N° 2.967 (G.O N° 6.313 Extraordinario del 02/07/2017); N° 3.069 (G.O N° 41.231 de fecha 07/09/2017) y el N° 3.139 (G.O N° 41.269 de

fecha 01/11/2017). No obstante fue tomado el reseñado para la compilación por cuanto fue el último vigente durante el período respectivo.