

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 dimanarían 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 3º 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 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 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