

Revista de Derecho Funcionario

ISSN: 2610-7880

Número 24

Mayo - Agosto 2018



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

**REVISTA DE DERECHO
FUNCIONARIAL**

Número 24
Mayo – agosto 2018

Caracas, 2019

© **REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL**
Número 24. Mayo – Agosto 2018

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

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

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

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

REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

Director

José Gregorio Silva Bocaney

Subdirector

Ramón Alfredo Aguilar

Director fundador: Manuel Rojas Pérez

Comité de Redacción

Rosibel Grisanti

José Ignacio Hernández G.

Jorge Kiriakidis

Belén Ramírez Landaeta

Antonio Silva Aranguren

Gabriel Sira Santana

Andrés Troconis Torres

Consejo Consultivo

Allan R. Brewer-Carías

Jesús Caballero Ortiz

Antonio De Pedro Fernández

Gustavo Urdaneta Troconis

Armida Quintana Matos

Armando Rodríguez

Jorge Luis Suárez

Daniela Urosa Maggi

NORMAS DE LA REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

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

ÍNDICE

La estabilidad del funcionario público de carrera en Venezuela. Particular referencia acerca de la estabilidad en el Ministerio Público, **JOSÉ GREGORIO SILVA BOCANEY** | [7](#)

El régimen especial del personal del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, **GABRIEL SIRA SANTANA** | [46](#)

Compilación jurisprudencial en materia de función pública. Mayo – agosto 2018, **IVÁN D. PAREDES CALDERÓN Y MILEIMI MORALES** | [70](#)

Normativa (mayo – agosto 2018) | [95](#)

LA ESTABILIDAD DEL FUNCIONARIO PÚBLICO DE CARRERA EN VENEZUELA. PARTICULAR REFERENCIA ACERCA DE LA ESTABILIDAD EN EL MINISTERIO PÚBLICO

José Gregorio Silva Bocaney*

Resumen: El presente trabajo aborda la figura de la estabilidad de los funcionarios de carrera en materia funcionarial, contrastándola con la inamovilidad laboral; la forma en que ha de garantizarse; los casos en que la estabilidad cede y cómo es tratada en estatutos especiales, con referencia particular al Ministerio Público en razón de una normativa recientemente dictada.

Palabras clave: Estabilidad; Inamovilidad; Carrera; Libre nombramiento y remoción

Summary: This paper studies the stability of career officials in public office, contrasting it with labor immobility; the way its guaranteed; the cases in which stability yields and how it is treated in special statutes, with particular reference to the Public Prosecutor's Office due to a recent regulation.

Key words: Stability; Immobility; Career; Free appointment and removal

A título de aclaratoria

El presente trabajo, concluido originalmente en el año 2006 y con algunas reformas y añadidos posteriores, se ha quedado en el tintero. Especialmente, por diversas amenazas que se han agudizado en los últimos cinco años y que pretenden acabar con la función pública y su absoluta laboralización.

Sin embargo, la aparente eliminación de la carrera en el Ministerio Público, auspiciada por el Fiscal General designado por la denominada Asamblea Nacional Constituyente¹, y con el contubernio de ésta última², me

* Especialista en Derecho Administrativo, Doctorando en Derecho y profesor ordinario de Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela. Profesor del postgrado en Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello. Vicepresidente de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario. Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Administrativo.

¹ Al respecto, véase la obra colectiva “Estudios Sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional Convocatoria en 2017”. Compiladores Allan Brewer Carías y Carlos García Soto. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas julio 2017.

² Véase “Venezuela. Del absolutismo plural a la tiranía colegiada”. Publicación electrónica disponible en <https://www.linkedin.com/in/jos%C3%A9-gregorio-silva-bocaney-1435065b/>

motivó a sacar este trabajo de ese limbo al que descuidadamente lo había apartado. De allí, que se haya añadido una última parte para revisar someramente la estabilidad en el Ministerio Público.

Introducción

Durante la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, se desarrolló un amplio bagaje jurisprudencial en general, en especial sobre la estabilidad del funcionario público y de quienes ejercen la función pública. Sin embargo, a partir de la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública³, ante la omisión de ciertos principios protectores de la estabilidad, pareciera que cambia el panorama. La situación se complica ante la ausencia de exposición de motivos de dicha Ley y la carencia de los debates en su discusión, condición que impide además, poder realizar el análisis de la intención del legislador.

De esta manera, la intención de este trabajo es poder analizar el principio y derecho a la estabilidad del funcionario público, como el derecho individual propio de los funcionarios de carrera de mayor trascendencia, así como las instituciones y principios que lo garantizan, comparando ésta con la estabilidad laboral y su supervivencia ante las omisiones de la Ley del Estatuto de la Función Pública, así como la relación de estabilidad en algunos otros estatutos funcionariales; debiendo aclarar que a la elaboración y conclusión de este trabajo y desde hace varios años se anuncia la reforma de la Ley del Estatuto de la Función Pública, a través de los poderes especiales solicitados por el Presidente de la República⁴.

1. La estabilidad del funcionario. Antecedentes

En todos los países en los cuales se encuentra instituido el sistema de “*carrera*”, la evolución del sistema de empleo público ha sido similar, partiendo de un “*sistema de botín*” en el cual privaban las relaciones personales o políticas a los fines de la designación de los cargos públicos, mientras que la permanencia del funcionario dependía exclusivamente de la estabilidad del jerarca o de los designios de éste.

En Venezuela, el concepto de empleo público ha tenido sus vaivenes en tanto y cuanto la relación de empleo público que privó en el momento dependía necesariamente del gobierno de turno, al punto que en 1842 se prevé la necesidad de otorgar cierta estabilidad al empleado público. De esta forma

³ Gaceta Oficial No. 37.482, de fecha 11 de julio de 2002, reimpressa por error material según Gaceta Oficial No. 37.522 de fecha 6 de septiembre de 2002.

⁴ Muchos proyectos no aprobados refieren a la eliminación de la función pública, y la unificación de las condiciones entre funcionario y el trabajador regido por la normativa laboral. Incluso nos encontramos con la tendencia de denominar a todos los servidores público dentro de la misma nomenclatura de “trabajadores”.

se dicta una Ley Sobre Jubilaciones de Empleados Públicos como un logro de la Oligarquía Conservadora, que, a decir de José Gil Fortoul, la misma "...pensó... que no era posible asegurar la competencia y estabilidad de la administración sin mantener a favor de los empleados públicos el aliciente y el derecho a la jubilación. Y lo reglamentó por Ley del 9 de mayo de 1842, según el cual, los empleados de hacienda, los del ramo judicial y los demás funcionarios con renta fija, tienen derecho a una pensión vitalicia...", estableciendo la jubilación como beneficio producto de la permanencia en el cargo, posteriormente derogada en el año 1847 y señalando en los considerando del Decreto derogatorio lo siguiente:

En un gobierno popular y alternativo no pueden los empleados ser diuturnos, sin que se mine por una parte la base del sistema, y por otra se cierren las puertas del mérito y derechos de los demás ciudadanos con grave perjuicio a la igualdad, de la justicia y de la moral política y civil; por consiguiente, en permitirse la prueba de una larga duración en los empleos, que es cabalmente la obligación que se impone a los que pretenden jubilarse, se ostenta un contraprinipio que refluye en deshonor del republicanismo venezolano.

Vale la pena traer a colación el comentario expuesto por GIL FORTOUL⁵, sobre la derogatoria de dicha Ley, en una interesante crítica a las falsas pretensiones del Congreso de esa época, en los cuales intentan sostener la vocación democrática y la alternabilidad impidiéndoles la permanencia a los funcionarios en sus cargos, pero sin establecer otros medios de verdaderas prácticas democráticas, señalando el historiador que:

De hecho, la alternabilidad que buscaba el Congreso se reducía a reemplazar todo funcionario independiente con personas adictas a la política personal de Monagas como sucedió enseguida. Conforme al principio de igualdad, invocado también en 1849, los ciudadanos pueden aspirar a todas las funciones públicas, siempre que tengan las cualidades indispensables para que esas funciones se ejerzan de una manera eficaz y beneficiosa, pero no reflexionó el Congreso, en su erróneo sistema, que ciertos ramos de administración requieren necesariamente en los empleados una especialidad técnica, tales la judicatura, la hacienda, la marina, el mando militar, la diplomacia. Que los empleados puramente políticos, los miembros del Poder Legislativo, los Ministros del Despacho, se cambien con frecuencia, exígelos sin duda el deber en que se encuentra el Gobierno de seguir paso a paso las corrientes de la opinión pública; que ningún empleo, ni aún el de Juez, sea vitalicio, es igualmente un sistema defendible en teoría, para impedir que la interpretación de las leyes se petrifique en fórmulas rutinarias o dogmáticas; más ¿qué administración de justicia sería eficaz allí donde los jueces no tuviesen ninguna preparación científica, y cuyos empleos dependiesen de las

⁵ GIL FORTOUL, José. "Historia constitucional de Venezuela". Tomo II. Tercera edición. Editorial Las Novedades, Caracas, 1942, páginas 34 y 35.

fluctuaciones de la política diaria?. Ni judicatura, ni diplomacia, ni carrera militar, ni administración de hacienda, ni instrucción pública son posibles cuando los empleados no cuentan con una suficiente preparación técnica, con la seguridad de la duración o el aliciente de la reelección, con el ascenso y por último con la pensión de retiro⁶.

Mientras en Estados Unidos se estableció el sistema de méritos con la Ley de Servicio Civil de 1883, a finales de la década de los cuarenta comienza en Europa la institucionalización de la carrera, previendo la estabilidad en los cargos, profesionalización y permanencia.

Esa tendencia europea de los años cuarenta resurge en Venezuela la década siguiente con el cambio de sistema político surgido a partir de 1958, siendo dictado el Reglamento de Administración de Personal para los servidores del Gobierno Nacional, recibiendo posteriormente cobertura constitucional y legal, estableciéndose –por lo menos teóricamente⁷– la carrera como sistema mixto de administración del personal que ejerce la función pública⁸.

Así, la Constitución de 1961, estableció la “carrera administrativa”, que en su artículo 122 la regulaba 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 es cierto, en dicha Constitución refería a la Administración Pública Nacional estaba regulada dentro del Capítulo I del Título IV, referido a las Disposiciones Generales del “Poder Público”; es decir, que el capítulo refería a todo el Poder Público y no se limitaba al ámbito nacional, de forma tal que si el constituyente quería limitarlo, debió colocarlo

⁶ Surge más preclaro, cuando tomamos en consideración que dicha obra de Historia Constitucional, comenzó en 1898.

⁷ Debo aclarar el eufemismo, ya que, si bien han pasado casi 50 años desde que comenzó a institucionalizarse la carrera administrativa, en muy pocos órganos y entes del Poder Público se aplica, siendo los designios del jerarca los que regulan aún los ingresos y egresos del personal.

⁸ Sin embargo, se encontraba establecida en Venezuela la carrera para ciertas categorías de funcionarios, tales como la militar, docente, diplomática, etc., muchos de los cuales devienen del siglo anterior.

en el capítulo correspondiente al Poder Público Nacional. No cabe duda que sea como fuere, se trató de un gazapo que conllevó a años de error. De allí que somos partidarios que debió aplicarse en su oportunidad a los Estados y Municipios; sin embargo, de una interpretación absolutamente literal de la norma se llegó a una conclusión generalizada donde el ámbito de aplicación y limitación se restringía a la “Administración Pública Nacional”. Pese a ello, la mayoría de los estados federados y los municipios, legislaron sobre la materia en términos análogos, –si no idénticos en algunos casos–, solucionando así el problema que se había generado.

2. Tratamiento normativo de la estabilidad

Debemos en primer lugar, establecer una noción diferenciada entre la estabilidad laboral, la inamovilidad laboral y la noción de estabilidad propia de la función pública.

El artículo 93 Constitucional establece que “la ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a este Constitución son nulos”. En ejecución del referido mandato tenemos entonces que conforme los términos de la Ley Orgánica del Trabajo derogada los despidos podían ser justificados o injustificados, y en tal sentido, en condiciones ordinarias, en el primero de los casos procedía el despido haciendo la respectiva participación y en el segundo caso –injustificado– procedería el mismo mediando una indemnización al trabajador al insistir en el despido; sin embargo, si el trabajador gozare de algún fuero, tal condición no le otorga una “patente de corso” en el sentido que resultara de forma absoluta, prohibido su despido independientemente de la conducta del trabajador, sino que en caso de existir alguna causa auspiciada por el trabajador que justifique el despido, debe tramitarse por ante autoridades públicas. Esta noción constituye el alcance general de la estabilidad en el derecho laboral, y a los fines de garantizar la institución de la familia y del derecho colectivo, se otorga especial protección a quienes gocen del fuero maternal y sindical. La vigente Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, modifica los términos del despido no justificado, indicando que será el trabajador quien dispone si ejerce la acción judicial de protección o le corresponde el pago doble de prestaciones sociales, conforme lo dispuesto en el artículo 82.

A su vez, por otra parte, surge la estabilidad propia del funcionario público de carrera que conjuntamente con el derecho al ascenso, constituyen dos de los pilares de la carrera en Venezuela, siendo considerada por la doctrina y la jurisprudencia como estabilidad absoluta, frente a la estabilidad relativa propia de la materia laboral.

La relatividad de la estabilidad en materia laboral viene dada toda vez que la estabilidad de los trabajadores que pregona la Constitución de

conformidad con la Ley, implica en primer lugar considerar dotada la relación laboral de un atributo de permanencia a favor del trabajador y, en tal sentido, la posibilidad de un despido injustificado con indemnización sustitutiva y la inamovilidad de que gozan ciertos trabajadores, ampara solo a algunos de ellos por un tiempo determinado.

Por otra parte, la regulación constitucional de la noción de funcionarios públicos en similares términos que la Constitución de 1961, la de 1999, mantiene igualmente el sistema de carrera; sin embargo, debe destacarse la diferencia que implica la ley regulatoria que la desarrollaría, pues conforme al mandato de la Constitución de 1961, la ley desplegaría lo concerniente a la carrera administrativa, sobre cuyo supuesto se promulgó la Ley de Carrera Administrativa⁹, lo que implicaba una evidente limitación en su ámbito a sólo un tipo específico de funcionarios¹⁰, mientras que la Constitución de 1999 refiere a la regulación de todos los funcionarios públicos, 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 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.

⁹ Publicada en la Gaceta Oficial N° 1.428, extraordinaria, de 4 de septiembre de 1970.

¹⁰ Sin embargo, no fue así, tal como lo observamos en el objeto de la Ley de Carrera Administrativa, que señaló en su artículo 1: “La presente Ley regula los derechos y deberes de los funcionarios públicos en sus relaciones con la Administración Pública Nacional mediante el establecimiento de un sistema de administración de personal que permita estructurar técnicamente y sobre la base de méritos, todas las normas y procedimientos relativos a las diversas situaciones jurídicas y administrativas de los funcionarios públicos, con exclusión de toda discriminación fundada en motivos de carácter político, social, religioso o de cualquiera otra índole”. Así, fuera de los límites que podrían derivarse de la denominación de la Ley, la misma reguló lo concerniente a las relaciones propias de la función pública frente a los funcionarios de carrera y los funcionarios de libre nombramiento y remoción, tal como sucede en la actual Ley del Estatuto de la Función Pública, que con mejor tino fue elegida su denominación.

El establecimiento del sistema de carrera supone la superación del *spoils system* o sistema de botín, beneficiando directamente a la administración, al funcionario y a la colectividad, pues busca en primer lugar la democratización de los cargos, en tanto y en cuanto, todas aquellas personas que aspiran a ingresar a la administración en determinados cargos para los cuales cumplan los requisitos, pueden someterse a concurso y competir, logrando con esto que la administración cuente con un mejor y más capacitado funcionario, que se preparó para el ejercicio de un cargo y sigue en su preparación durante la ejecución de éste, redundando en beneficio en el servicio.

Así, la estabilidad del funcionario público de carrera se considera absoluta, toda vez que se asimila a la inamovilidad del derecho laboral común, pero se alcanza y protege a todos los funcionarios –de carrera– de forma permanente y no atendiendo particularidades; en tal sentido no pueden ser retirados sino bajo los supuestos previstos en la Ley. No procede el despido de un funcionario, sino la destitución, en cuyo caso, no amerita la intervención de ningún otro órgano de la administración que califique o autorice su procedencia, sino que debe ser el resultado de un debido proceso (artículo 49 Constitucional) que otorgue las debidas garantías al expedientado, resaltando una noción más garantista a favor de quien ejerce la función en condición de funcionario de carrera.

Del mismo modo, dentro del marco de la estabilidad funcional, otra causa de retiro ajena a la voluntad del empleado, estaría constituida por la reducción de personal, en que la doctrina y la jurisprudencia han delineado sus requisitos a los fines de evitar en lo posible, que la misma se constituya como medio de burla al derecho de estabilidad y que exige del cumplimiento de una serie de requisitos para su procedencia, por lo que lejos de constituir una excepción a la estabilidad, se instituye como forma de protección de la misma. Es decir, para instituir la reducción de personal y retirar a un funcionario que goza de estabilidad, dada su condición de carrera, debe seguirse un procedimiento, donde el órgano legislativo acuerde la reducción de personal o la reestructuración administrativa –siempre sometido a un plazo de vigencia–, el órgano la aplique y se someta a un procedimiento donde se determine quienes serán sujetos y las causas frente a otros funcionarios, de su aplicación, siendo que tal procedimiento y los actos sobre los mismos dictados, están sujetos al control judicial contencioso administrativo.

El desarrollo de tal derecho, otorga al funcionario público de carrera una protección especialísima superior al de los trabajadores.

Así, cuando de cargos de carrera se refiere, superado el ingreso a la administración por concurso público¹¹ para el ejercicio de un cargo de carrera¹², –por mandato constitucional– y el periodo de prueba propio de la Ley de Carrera Administrativa en su oportunidad y ahora por la Ley del Estatuto de la Función Pública, la persona se encuentra dentro del sistema de la carrera, que tal como lo dice la Dra. RONDÓN DE SANSÓ¹³: “Cuando se ingresa a la Administración Pública, mediante el sistema de carrera no se está simplemente accediendo a un determinado cargo, sino que el acto de nombramiento es un acto de admisión a una institución que somete al sujeto a las modalidades de un ejercicio profesional que aspira a ser su actividad permanente y definitiva”.

De tal forma que ese ingreso al ejercicio de una determinada actividad, de forma permanente y definitiva, establece las líneas esenciales de los sistemas de carrera, que son el ingreso, la estabilidad en el cargo y la determinación de las causas de egreso, el sistema retributivo¹⁴ y de méritos, así como el ascenso.

De allí que la denominación de “carrera” para el funcionario, no hace más que recoger la esencia de lo que significa o ha de significar el ejercicio y desempeño de las funciones para el funcionario, en una aproximación de la 6ta y 7ma acepción que el Diccionario de la Real Academia Española¹⁵ recoge

¹¹ Vemos que en la práctica, fuera de la actividad docente, y algunas honrosas excepciones, no se encuentra establecido de forma efectiva, eficaz y verdadera, el sistema de concursos públicos, salvo en lo que respecta a la imposición –incumplida– de la norma, siendo sustituido por la designación, la provisoriedad, la temporalidad, o bajo el subterfugio de los concursos internos, concursos cerrados o regularización de titularidad, en una aberración más perversa que el propio sistema de botín, pues pretende otorgar estabilidad sólo a quienes comulguen con los mismos principios del jerarca.

¹² Vale la aclaratoria que no todos los concursos públicos para el ejercicio de un cargo, otorgaría la estabilidad de la carrera, pues si bien es cierto, dicho método (concurso) es el idóneo para la escogencia de la excelencia, además de democratizar los cargos, no es menos cierto que el mismo puede ser usado para la escogencia de cargos de alto nivel o cargos exceptuados de la carrera, buscando igualmente escoger los mejores, pero sin que dicho concurso le otorgue ningún tipo de estabilidad.

¹³ RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. “El sistema contencioso administrativo de la carrera administrativa”. Ediciones Magón, Caracas, 1974, páginas 53 y 54.

¹⁴ Ese sistema retributivo y de méritos, para el momento de culminación del presente trabajo, se encuentra altamente cuestionado, pues a raíz de la entrada en vigencia del salario mínimo acordado por el presidente de la República efectivo a partir de septiembre de 2018, los sueldos y salarios en el país, fueron unificados a un monto único, independientemente del cargo, jerarquía, las primas y bonos que le correspondiere al funcionario, empleado o trabajador, haciendo distinciones sólo a la función militar y algunos docentes.

¹⁵ Correspondiente a la vigesimotercera edición, publicada en octubre de 2014, revisada en la página electrónica <http://dle.rae.es>

para el término *carrera*, y sin lugar a dudas contenida en su novena acepción, que señalan: “6. f. Conjunto de estudios, generalmente universitarios, que habilitan para el ejercicio de una profesión. 7. f. Profesión o actividad que exige una formación académica previa y, generalmente, la superación de un concurso público para acceder a aquella. Siguió la carrera de las armas. Cubrieron su puesto con un diplomático de carrera. 9. f. Ejercicio de una profesión o actividad. Un médico con largos años de carrera”.

Si bien es cierto, a diferencia de otros países, en Venezuela no existe estudios para funcionarios públicos o para el ingreso a la función pública, sino que la persona entra a ella en razón de su condición mínima de bachiller, o en razón de sus estudios técnicos, universitarios o postuniversitarios, para ejercerlos y aplicarlos desde el sector público, y una buena administración recomienda la permanente preparación de la persona, para mejorar en el ejercicio de la función pública, que por una parte, permite o debe permitir que la persona se desarrolle y continúe en el ejercicio del cargo, de manera indefinida hasta su retiro (por jubilación la mayoría de las veces, en condiciones normales), mientras que representa una ventaja para la Administración, mantener en sus cuadros una persona que no sólo se encuentra preparada para ejercerla en atención a sus estudios previos, sino que una vez ingresó a la Administración, continuó preparándose para continuar en ella, en el ejercicio de cargos con la expectativa del ascenso.

Precisamente sobre este sistema de mérito¹⁶ (*merits system* en contraposición al *spoils system*), como paso a la profesionalización del servicio, conlleva a garantizar la permanencia del funcionario legitimando la estabilidad.

Debemos entonces distinguir la estabilidad que ampara al funcionario, como institución propia de la relación funcionarial, de la estabilidad laboral que consagra la Constitución y la inamovilidad¹⁷ que puede amparar a ciertos grupos en materia laboral.

¹⁶ Debemos igualmente recalcar que la denominada “meritocracia”, ha sido fuertemente atacada desde 1998, tildándola como segregacionista y discriminatoria, apoyando más bien una pretendida igualdad, cuyos efectos lo hemos observado en la sistemática destrucción del país. De allí, que ante el evidente prurito sembrado en contra de la meritocracia, no es de extrañar la sistemática destrucción del sistema de carrera, de su atributo de estabilidad y la designación de funcionarios que en su mayoría, solo sigan los designios del jerarca, politizando fuertemente la función pública aún en contra de los expresos postulados constitucionales.

¹⁷ Acerca del fuero sindical en la función pública, en el año 2005, culminamos un trabajo posteriormente publicado en la obra colectiva “Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 Autores en Homenaje al Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello”. Coordinador Víctor Hernández-Mendible. Tomo I. Editorial Paredes. Caracas,

La Constitución de la República, refiere a la estabilidad en el artículo 93, la cual estará determinada y desarrollada conforme a Ley (Ley Orgánica del Trabajo, y actualmente la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores), estableciendo que la misma dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Esta estabilidad laboral, que se entendía como relativa en la anterior ley, toda vez que la misma podía ser sustituida por la indemnización prevista en el artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, adquiere mayor firmeza en la vigente LOTTT, cuyo artículo 92 señala: “En caso de terminación de la relación de trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador o trabajadora, o en los casos de despido sin razones que lo justifiquen cuando el trabajador o la trabajadora manifestaran su voluntad de no interponer el procedimiento para solicitar el reenganche, el patrono o patrona deberá pagarle una indemnización equivalente al monto que le corresponde por las prestaciones sociales”.

Se sustituye entonces con el pago doble de prestaciones sociales.

También la Constitución vigente se refiere en forma expresa a la estabilidad y la carrera del personal docente (artículo 104) y la carrera y estabilidad de los fiscales del Ministerio Público¹⁸ (artículo 286), o la esperada estabilidad de los jueces¹⁹ (255 y 261).

De dichos sistemas de estabilidad previstos expresamente en el texto Constitucional, el único establecido como tal es el de la carrera docente, en el cual, el funcionario protegido no puede ser retirado unilateralmente por voluntad del patrono, salvo por causas justificadas y previa elaboración de un expediente, así como la estabilidad propia de la función pública general. Distinto es en materia laboral la figura del fuero como la garantía que tienen las personas protegidas, bien sea en razón de asuntos sindicales o por la protección a la maternidad, en virtud de la cual no pueden ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados en virtud de la inamovilidad de que gozan, salvo que haya sido autorizado para ello por una autoridad competente, por una justa causa y seguido un debido proceso a tales fines, protección que lo ampara durante el tiempo y en las condiciones

2007. Debe hacerse la salvedad que para el momento de culminación del referido trabajo, no se habían dictado ninguna de las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia; sin embargo, pese a dichas sentencias, mantengo el mismo criterio.

¹⁸ Pese a lo categórico del mandato constitucional y que en similares términos se encuentra recogido en la Ley Orgánica del Ministerio Público, en dicho órgano apenas se había empezado a tomar las medidas necesarias para su implementación; sin embargo, todo se derrumbó, conforme se desarrollará en el último capítulo del presente trabajo.

¹⁹ Habiendo efectuado concursos públicos de oposición para la selección de jueces, los mismos no se celebran desde el año 2002-2003, siendo sustituido por un parapeto jurídico con viso de legalidad, denominada “regularización” del cargo, que sencillamente burla al mandato constitucional y permite continuar eligiendo a los jueces a la libre disposición del TSJ.

que determine la Ley. En tal sentido se observa que la protección constitucional prevista como fuero no es absoluta, sino que se encuentra sometida a las disposiciones de Ley y ampara a cierto número de trabajadores durante cierto tiempo o momento.

Si bien es cierto que la Constitución no refiere de forma expresa a la estabilidad en la carrera administrativa o en el ejercicio de la función pública en general, establece que los cargos en la Administración Pública son de carrera, salvo sus excepciones contenidas en los cargos de libre nombramiento y remoción, contratados y obreros, siendo la estabilidad (conjuntamente con el ascenso y la disciplina) uno de los pilares fundamentales de la carrera, lo cual se afina en el artículo 144 al señalar que las leyes establecerán el estatuto de la función pública mediante normas sobre el retiro (entre otros).

De allí que, la estabilidad en la función pública no obtiene de forma directa cobertura constitucional al no estar expresamente regulada, si la obtiene por lo menos de forma indirecta, al establecer la carrera y disponer que el retiro de los funcionarios o empleados públicos se hará de conformidad con lo establecido en la Ley.

En este sentido, la Exposición de Motivos de la Constitución señala:

Se establece como principio general que los cargos de la Administración Pública son de carrera, salvo los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros, así como otros tipos que indique la Ley. Este aspecto del establecimiento de la carrera administrativa, constituye un pilar necesario para poder sustentar el edificio de una Administración Pública moderna, dinámica y eficiente. La depuración de la función pública, el rescate de la imagen del Estado, requiere de un compromiso ineludible con la satisfacción de esta exigencia que la sociedad ha expresado reiteradamente.

En este mismo contexto el ingreso a la carrera administrativa será exclusivamente por concurso público que garantice la selección de los mejores, tanto en el aspecto ético como en el de la preparación técnica y profesional. Por ello dicho concurso se sujeta a los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. En adelante, no se podrá acceder a la carrera administrativa por designaciones o contrataciones que obvien este mecanismo de selección objetivo, ni se podrá adquirir estabilidad por el transcurso del tiempo en el ejercicio de algún cargo de carrera. Sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y a la consecuente estabilidad del funcionario.

Igualmente, para el ascenso se someterá a un sistema de evaluación que reporte una calificación de méritos de los funcionarios públicos en forma periódica. Ello implica una evaluación objetiva de la gestión personal de los funcionarios y un programa de formación y capacitación al cual se deberán someter. De esta forma

el ascenso debe encontrarse vinculado a la eficiencia, disciplina y desarrollo de los conocimientos, destrezas y habilidades del funcionario.

De otra parte, la permanencia del funcionario en la carrera administrativa tiene que estar relacionada con un resultado positivo de la evaluación de su desempeño. Esta evaluación debe ser objetiva y periódica. De esta forma se potencia el esfuerzo del funcionario por mejorar su gestión, y en ese sentido gozará de estabilidad, ascenderá y obtendrá mayores beneficios laborales. Por el contrario, si el resultado de la evaluación del desempeño del funcionario es negativa, el funcionario será removido de la función pública.

Tales principios deben ser desarrollados por vía legal de manera de restringir la discrecionalidad en la toma de decisiones relacionadas con estos aspectos, estableciendo las exigencias para poder optar a dichos concursos y así poder ascender en la carrera administrativa. Correlativo a ello deberá avanzarse hacia la conformación de instancias estatales que contribuyan a la formación y actualización permanente del funcionario público²⁰.

A su vez, el artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública establece como derecho exclusivo de los funcionarios públicos de carrera, la estabilidad señalando expresamente: “Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera que ocupen cargos de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por las causales contempladas en la presente Ley.”

Del mismo modo, el Capítulo VIII de la misma Ley, refiere a las causales de retiro señalando:

El retiro de la Administración Pública procederá en los siguientes casos:

1. Por renuncia escrita del funcionario o funcionaria público debidamente aceptada.
2. Por pérdida de la nacionalidad.
3. Por interdicción civil.
4. Por jubilación y por invalidez de conformidad con la ley.
5. Por reducción de personal debido a limitaciones financieras, cambios en la organización administrativa, razones técnicas o la supresión de una dirección, división o unidad administrativa del órgano o ente. La reducción de personal será

²⁰ Dicha mención no puede tildarse menos que de “cándida” cuando vemos no sólo que se ha burlado el principio, sin llamar a concursos, o cuando los concursos son amañados, o la estabilidad que deriva del concurso es desconocida por jerarcas, cuando se remueve a funcionarios por el *grave delito* de manifestar su opinión política en procesos electorarios o de preparación de elecciones, y peor aún, cuando jueces, en sentencias complacientes, ratifican la remoción.

autorizada por el Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, por los consejos legislativos en los estados, o por los concejos municipales en los municipios.

6. Por estar incurso en causal de destitución.

7. Por cualquier otra causa prevista en la presente Ley.

Los cargos que quedaren vacantes conforme al numeral 5 de este artículo no podrán ser provistos durante el resto del ejercicio fiscal.

Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera que sean objeto de alguna medida de reducción de personal, conforme al numeral 5 de este artículo, antes de ser retirados podrán ser reubicados. A tal fin, gozarán de un mes de disponibilidad a los efectos de su reubicación. En caso de no ser ésta posible, el funcionario o funcionaria público será retirado e incorporado al registro de elegibles.

De forma tal, que la noción de estabilidad que protege a los funcionarios públicos de carrera, alcanza sin distinción a estos en el ejercicio de un cargo de carrera, no en forma temporal sino permanente, resaltando la protección garantista de la estabilidad en la función pública como *ratio* o esencia de ésta, que avala la protección del funcionario en el ejercicio de la función pública durante toda su vida laboral, sin que pueda ser retirado salvo por las causas y con las condiciones establecidas en la Ley y cuya protección subsiste aún luego del retiro con la eventual jubilación²¹.

Esa condición de funcionario público de carrera, ampara y protege al funcionario aún luego de su retiro, siendo que en su condición de actividad mantiene su *status* de funcionario de carrera. Así, que tanto la Ley de Carrera Administrativa en su oportunidad, como su reglamento aún vigente, establecieron una serie de instituciones tendentes a garantizar y hacer efectivo el derecho a la estabilidad del funcionario de carrera, de allí que aún el retiro de la administración fue concebido como medio de garantizar la estabilidad, situación ésta recogida igualmente en la Ley del Estatuto de la Función Pública en sus artículos 30, 44, 76 y 78, así como en los artículos 84, 85, 86, 137 y 213 y siguientes del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.

El artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, refiere al derecho general a la estabilidad en el desempeño de sus cargos para aquellos funcionarios públicos de carrera que ocupen cargos de carrera, y, en consecuencia, no podrán ser retirados del servicio sino por las causales

²¹ Si bien es cierto, jubilación y estabilidad son derechos autónomos e independientes que no pueden ser confundidos, toda vez que la jubilación deviene de la permanencia en el ejercicio de las funciones –por lo general–, ambos se encuentran enlazados.

contempladas en la Ley. Debe señalarse que si bien es cierto, a diferencia de la derogada Ley de Carrera Administrativa, la vigente prevé de forma categórica que el derecho a la estabilidad ampara a los funcionarios de carrera en el ejercicio de cargos de carrera²², no es menos cierto que la estabilidad es en la carrera de forma general. En tal sentido, el funcionario de carrera ejerciendo un cargo de carrera, tiene estabilidad con respecto a ese cargo, pero si se trata de un funcionario de carrera que no ejerce un cargo de la misma naturaleza, tiene derecho a ser reubicado, tal como veremos posteriormente.

El artículo 44 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, recoge lo que ha sido un elemento definido doctrinal y jurisprudencialmente, que establece que la condición de funcionario de carrera no se extingue ni aún con el retiro salvo que sea destituido. Así, el citado artículo reza: “Artículo 44. Una vez adquirida la condición jurídica de funcionario o funcionaria público de carrera, ésta no se extinguirá sino en el único caso en que el funcionario o funcionaria público sea destituido”.

Tal mención deviene directamente del principio de estabilidad que ampara al funcionario de carrera, de forma tal, que aun encontrándose fuera de la administración no pierde su condición, pudiendo reingresar a la carrera en los términos previstos en la Ley; aún en un cargo de libre nombramiento y remoción y conservar su condición o status de funcionario de carrera, tal como lo expresó la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 2 de julio de 1992, donde señaló: “El querellante no pierde su condición de funcionario de carrera y, al reingresar a la Administración Pública en un cargo de libre nombramiento y remoción, conserva su condición de funcionario de carrera, en un cargo de libre nombramiento y remoción”.

De forma tal que la condición de funcionario de carrera, sigue a la persona independientemente del cargo que desempeñe²³. Esta condición se encuentra ratificada en el artículo 76 de la misma Ley que establece que el funcionario de libre nombramiento y remoción, que sea nombrado para ejercer un cargo de alto nivel, tiene el derecho de ser reincorporado en un

²² El artículo 17 de la Ley de Carrera Administrativa señalaba: “Los funcionarios de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por los motivos contemplados en la presente Ley”.

²³ Durante la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa llegó a sostenerse que la condición de funcionario de carrera derivada del reconocimiento por parte del Estado, con el otorgamiento por parte de la oficina central de Personal del “certificado de carrera”. Afortunadamente la jurisprudencia del Tribunal de la Carrera Administrativa y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, aclararon que dicho certificado no era más que un elemento meramente formal, mientras que la condición de funcionario de carrera derivaba del cumplimiento objetivo de los requisitos, para ser considerado como tal.

cargo de carrera del mismo nivel al que tenía al momento de separarse del mismo, si el cargo estuviere vacante.

Dada la redacción del referido artículo, se ha sostenido en algunas oportunidades a través de una interpretación literal y restrictiva, que el único derecho a ser reubicado es si el funcionario de carrera ejerce un cargo de alto nivel o si es objeto de reducción de personal, más no así, si el cargo que ejercía era de confianza. Al respecto debemos indicar que, por tratarse la estabilidad de un derecho, el mismo debe ser objeto de interpretación extensiva; por tal, que independientemente de la naturaleza del cargo que ejerce, si se trata de un funcionario de carrera que ejerció un cargo de libre nombramiento y remoción, independientemente de si se trata de alto nivel o de confianza, debe ser tratado de reubicar, de manera tal que continúe en el ejercicio de cargos de carrera. Adicional a ello, si conforme a la L.E.F.P., en su artículo 44, la única forma de perder la condición de funcionario de carrera es con la destitución, mal podría entenderse que el ejercer un cargo de confianza, especialmente si esa condición resulta sobrevenida e impuesta unilateralmente por el jerarca –como sucedió en el Ministerio Público, que será tratado posteriormente– le haga perder la condición de funcionario de carrera y la estabilidad que de ella se deriva.

Del mismo modo, el citado artículo prevé la reincorporación al cargo, si estuviere vacante, más no menciona de qué forma se gestionaría o donde deben evacuarse las gestiones para determinar si existe una vacante en donde podría ser reincorporado y la misma se garantiza con las gestiones reubicatorias. Tal como lo ha sostenido la jurisprudencia patria, las gestiones reubicatorias y el periodo de disponibilidad son expresiones del principio de estabilidad; buscando preservar el mismo, procurando que el funcionario de carrera no sea retirado de la administración por haber aceptado ejercer un cargo de libre nombramiento y remoción, además, procurando que siga en los cuadros de la administración. En tal sentido, no existe argumento válido para sostener que el funcionario de carrera que acepte ejercer un cargo de alto nivel, tiene derecho a ser reubicado, no así al que se le asignen funciones de confianza.

Por su parte, en el artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se encuentra expresamente previsto el mes de disponibilidad para aquellos funcionarios de carrera que se vean afectados por una medida de reducción de personal debido a limitaciones financieras, cambios en la organización administrativa, razones técnicas o la supresión de una dirección, división o unidad administrativa del órgano o ente. En este caso, el legislador trató que cualquier causa que pudiera originar una reducción de personal, estuviere prevista en dicha norma; de allí, que cualquier otra causa o circunstancia para proceder a reducir personal, debe hacerse bajo las mismas premisas y condiciones que las expresamente previstas y así, debe otorgarse el período

de disponibilidad y agotar las gestiones reubicatorias antes de procederse al retiro del funcionario.

Aun cuando resulte paradójica, tanto la reducción de personal como la destitución, están concebidos como medios de protección al principio de estabilidad, de manera que la decisión de retirarlo no se base en el capricho, arbitrio o conveniencia del superior, sino que tenga una justificación objetiva con cobijo legal y cumpliendo los requisitos que la Ley impone. De allí, que los cumplimientos de dichos requisitos no pueden ser considerados como el mero cumplimiento de formas, sino la materialización del derecho al ejercicio del cargo, estabilidad y hasta del derecho a la defensa, por lo que debe ser aplicados cubriendo lo extremos de la norma, y revisado por los órganos judiciales con sumo celo.

A su vez, el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa desarrolla los principios establecidos en la Ley de Carrera Administrativa, que por lo general fueron recogidos igualmente en la Ley del Estatuto de la Función Pública, pero regula a su vez otros principios, de los que existe mera mención en la Ley, tal como sucede con el reingreso que tan solo se encuentra enunciado en la denominación del Capítulo VIII del Título V de la Ley, sin que en su articulado se haga ni tan siquiera mención.

Entre estas normas que desarrollan y garantizan el principio de estabilidad debemos mencionar los permisos obligatorios²⁴, como en el caso del servicio militar, lapso durante el cual se entiende el permiso; la disponibilidad, desarrollada a través de los artículos del 84 al 88 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa y que conforme al artículo 84 es la situación en que se encuentran los funcionarios de carrera afectados por una reducción de personal o que fueren removidos de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Durante esta situación administrativa, el funcionario se entiende como en servicio activo, y durante el mismo, debe procurarse reubicar, a los fines de garantizar de la forma más plena posible, que el principio a la estabilidad no es sencillamente letra muerta que cede ante el pago de un mes adicional, sino que las mismas son efectivas y garantistas; al extremo que conforme a ciertos criterios judiciales, si el funcionario logra demostrar la existencia de vacantes en la administración (especialmente en la misma administración a la cual presta sus servicios), el retiro se reputa ejercido en fraude a la ley y contraviniendo el principio de estabilidad y su esencia.

²⁴ Todo lo relativo a las situaciones administrativas lo tratamos con mayor profundidad en “Las situaciones administrativas en la función pública”. Editorial Jurídica Venezolana y CIDEP, Caracas, 2017.

Otra forma de garantizar el principio de estabilidad se encuentra a través de las listas de elegibles, que por lo general resultan absolutamente inexistentes, pero constituyen otra forma de manifestación del principio de estabilidad, en el que un funcionario de carrera que haya sido retirado de la administración –siempre que no sea por causas de destitución– tiene derecho a ser incorporado en una lista de personas pendientes para ingresos en la medida que se provean vacantes. Del mismo modo, tienen derecho a insertarse en la misma lista, todas aquellas personas que hayan aprobado el concurso y que sin embargo no fueron elegidas. Tan importantes son los registros de elegibles, que la provisión de cargos vacantes de carrera debe realizarse atendiendo las prioridades que el parágrafo único del artículo 45 de la Ley del Estatuto de la Función Pública establece, en el cual se cuenta como tercera opción, los candidatos del registro de elegibles para el ingreso.

Por último, el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa establece el reingreso, como figura en la cual aquel funcionario de carrera que haya egresado por cualquier causa distinta a la de la destitución, tiene derecho a reingresar sin mayores trámites, siempre que el reingreso suceda dentro de los diez años siguientes al retiro, para ocupar un cargo vacante de la misma clase al último de los ejercidos dentro de la carrera.

Si la separación ocurre luego de transcurridos diez años, deberá concursar nuevamente para su reingreso, así como si aspira a ingresar a un cargo de una serie distinta al que ocupaba.

De conformidad con el Reglamento puede procederse a reingresar a un funcionario que haya sido destituido, previo análisis de la situación; sin embargo, dicho criterio atentaría con el previsto en el artículo 44 de la Ley, que señala que adquirida la condición de funcionario de carrera, ésta no se extinguirá, sino en el caso que sea destituido. De esta forma que si el reingreso es garantía del principio de estabilidad en la carrera, es decir que no se pierde, en el caso que haya destitución al considerarse que perdió o se extinguió la carrera; no poseería derecho a reingreso, más aún valga la redundancia no tendría derecho a reingresar.

Es por ello que el último de los artículos previstos en la Ley, como de protección a la estabilidad, sea el procedimiento de destitución²⁵ y sus causales desarrollados en los capítulos II y III del Título VI, e incluso, debemos

²⁵ Debe aclararse que si bien, la destitución surge como forma de garantía a la estabilidad, está reservada en los casos que un funcionario, independientemente de su condición, cometa una falta que amerita la destitución. De allí, que un funcionario de libre remoción puede ser sujeto de destitución en caso que la conducta sea una falta, en cuyo caso debe igualmente seguirse el procedimiento establecido, siendo que la libre disponibilidad del cargo queda a criterio del jerarca, salvo en aquellos casos en que haya cometido una falta y sea ésta la causal o intención de retiro.

agregar el control contencioso funcional, toda vez que el funcionario de carrera permanece en su cargo, salvo las causas de retiro en el que se incluye la destitución ante la comisión de una falta prevista como tal, demostrada en el procedimiento disciplinario que necesariamente debe seguirse a los fines de imponer dicha sanción. Del mismo modo el control contencioso funcional surge como garantía de estabilidad, toda vez que entre las pretensiones que el interesado puede presentar al tribunal, se encuentra la del control de la legalidad de los actos que afectan la estabilidad, bien sea de un acto de destitución, libre remoción, reducción de personal o incluso cualquier otra manifestación como puede ser la vía de hecho o actuaciones materiales sin el soporte de un acto o procedimiento según corresponda.

Sin embargo, analizado desde otro punto de vista, impedir de forma absoluta y permanente que una persona que haya sido destituida pueda ingresar nuevamente a la administración, sería el equivalente de otorgar efectos perpetuos a la sanción. La diferencia estriba en que el reingreso es el derecho del funcionario de carrera de volver a ingresar a la administración sin mayores trámites, mientras que en el caso de un funcionario destituido, para conseguir su ingreso, debe realizar nuevamente todos los trámites incluido el concurso.

3. La estabilidad en la carrera

Como vimos anteriormente, la Constitución de 1961 en su artículo 122, refería categóricamente a que La ley establecerá la carrera administrativa para regular lo pertinente a la Administración Pública Nacional. Pese a lo limitado de la regulación, ya señalamos que por estar contenido en las disposiciones generales del poder público, a nuestro criterio, dicha norma era aplicable a cualquiera de los entes territoriales.

Del mismo modo, la citada Constitución refería en el Capítulo I del Título VII, lo correspondiente a la carrera judicial para asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces y establecer las normas relativas a la competencia, organización y funcionamiento de los Tribunales.

En este orden de ideas, la vigente constitución refiere a las carreras docente, del defensor y del fiscal en sus artículos 104, 268 y 286 respectivamente, y a la carrera judicial en su artículo 255, amplía el postulado de la Constitución de 1961 sin alterarlo en su esencia.

Sin embargo, podemos hablar de un sistema de carrera en general toda vez que existe un gran cúmulo de órganos del Poder Público, que a través de sus propios estatutos han establecido la carrera aun cuando desde la Constitución de 1961, se refiere a los funcionarios de la administración, bien nacional o indistintamente a los funcionarios de la Administración Pública, incluso cuando se encuentra inserta en el Capítulo de Disposiciones

Fundamentales del Título referido al Poder Público. De allí que solo por Ley Nacional o por distintas disposiciones normativas puede regularse lo relativo a la función pública

Del mismo modo, la Ley se ha dado a la tarea de la creación de un importante número de funciones o cargos públicos bajo la figura de la carrera, tales como la judicial, servicio exterior, militar, asistencial, investigador, estadística entre otras, así como la de carrera policial.

Pese a ello, observamos en la práctica que muchas de esas carreras establecidas por mandato constitucional o legal no son más que una mera intención, sin que en la práctica se hayan establecido e instituido como tal, salvo la militar, docente y diplomática, cuyas bases se encuentran cimentadas firmemente desde principios del siglo pasado, aun cuando en la Administración ha conseguido medios para burlarlo, obteniendo a su vez el plázet de los órganos judiciales.

Así, entre los cargos de carrera que establece la Constitución en materia docente, el artículo 76 de la Ley Orgánica de Educación establece que el ejercicio de la profesión docente estará fundamentado en un sistema de normas y procedimientos relativos a ingresos, reingresos, traslados, promociones, ascensos, estabilidad, remuneración, previsión social, jubilaciones y pensiones, sanciones y demás aspectos relacionados con la prestación de servicios profesionales docentes, todo lo cual se regirá por las disposiciones de dicha ley, de las leyes especiales y de los reglamentos que al efecto se dicten, tal como sucede con la “Ley de Universidades”, el “Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente”, y el “Régimen Complementario para el Ingreso y Ascenso del Personal Docente de los Institutos y Colegios Universitarios entre otros”.

A su vez, en materia judicial se dictó en 1988, la Ley de Carrera Judicial, con la finalidad de asegurar la idoneidad, estabilidad e independencia de los jueces y regular las condiciones para su ingreso, permanencia y terminación en el ejercicio de la Judicatura, así como determinar la responsabilidad disciplinaria en que incurran los jueces en el ejercicio de sus funciones. Si bien es cierto que los Órganos y los Poderes Constitucionales sufrieron grandes cambios con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, no es menos cierto que en materia de ingreso, estabilidad y régimen de concursos para los jueces, lo referido en la Ley de Carrera Judicial no contradice –de forma general– lo establecido en el artículo 255 Constitucional, por lo que su contenido se pudo seguir aplicando²⁶ en el nombramiento posterior de jueces

²⁶ Cabe señalar que dichos postulados de concursos públicos de oposición se aplicaron hasta mediados del año 2004, cambiando el sistema para el año 2005 en que se implementó un

titulares, siendo posteriormente paralizado de manera absoluta, lo cual no hace más que apuntalar la provisionalidad de los jueces, en un caldo de cultivo propicio para quienes detentan tan delicados cargos, se sometan –salvo honrosas excepciones– a los designios de los jefarcas²⁷.

Entre otras actividades con régimen de carrera se encuentra la militar, regulada en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional, en cuya disposición transitoria primera establece que continuarán vigentes las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales publicada en la Gaceta Oficial N° 4.860 Extraordinario, de fecha 22-02-1995, en tanto no contradiga la vigente Ley, hasta tanto se promulguen: La Ley de Carrera Militar, la Ley de Disciplina Militar²⁸ y la Ley de Educación Militar.

Igualmente, en materia diplomática, la Ley del Servicio Exterior, que en su artículo 26 proclama que los funcionarios diplomáticos de carrera gozarán de estabilidad y no podrán ser separados del cargo que desempeñan sino por las causas establecidas en esa Ley siguiendo el procedimiento previsto en ella y en su reglamento. Esa Ley, garantiza de forma más clara y efectiva la carrera del funcionario, pues su artículo 27 establece que, en caso de ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, al cesar en él, debe ser designado en un cargo acorde con el que le otorgó la estabilidad, valga la redundancia, y en ningún caso se interrumpirá la carrera. De tal forma que mientras en la carrera administrativa, el funcionario es colocado en disponibilidad a los fines de tratar de ser reubicado, en la carrera diplomática es categórica la ley al establecer que será designado en un cargo acorde.

programa de regularización de la titularidad de aquellos jueces que ejercen sus funciones de manera provisorias.

²⁷ Sobre el tema existe extensa bibliografía, entre los que podemos citar los trabajos de Brewer-Carías, tanto en números anteriores de la Revista (<https://www.cidep.com.ve/>) como en su página web (<https://www.allanbrewercarias.com/>), las investigaciones realizadas por la ONG Acceso a la Justicia (<https://www.accesoalajusticia.org/>), así como los trabajos de Rafael Chavero Gazdik (La justicia revolucionaria. Una década de Reestructuración (o involución) Judicial en Venezuela. Editorial Aequitas, Caracas 2011), Carlos Ayala Corao y Rafael J. Chavero Gazdik. (EL libro negro del TSJ de VENEZUELA: Del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2017), Francisco Delgado (Chavismo y Derecho. Editorial Galipán, Caracas 2017), o, Antonio Canova González, Luis A. Herrera Orellana, Rosa E. Rodríguez Ortega. (El TSJ al servicio de la revolución. Editorial Galipán, Caracas 2014), por citar sólo algunos.

²⁸ Nótese que la disciplina militar estuvo regulada a través de un Reglamento (autónomo) de Castigos Disciplinarios, cuya posibilidad de aplicación se encontró en entredicho desde la publicación de la Constitución de 1961.

Por su parte, en materia policial, la Ley del Estatuto de la Función Policial, la ley del Estatuto de la Función de la Policía de Investigación y la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional, regulan ampliamente la estabilidad del funcionario policial.

Del mismo modo, el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Ciencia, Tecnología e Innovación, ordena que el Ministerio de Ciencia y Tecnología impulse la *Carrera Nacional del Investigador*, para lo cual se promoverán los instrumentos legales necesarios para su aplicación. Sin embargo, debemos esperar a que dicho mandato sea cumplido a los fines de determinar si dicha carrera se registrará por las normas de la Ley del Estatuto de la Función Pública o tendrá alguna especialidad en sus estatutos propios. Igualmente el proyecto de Ley de Policía Nacional, actualmente en discusión, prevé la creación de la carrera policial²⁹.

Como hemos dicho anteriormente, la estabilidad, el ascenso y la disciplina constituyen los pilares del sistema de carrera; sin embargo, de lo anteriormente expuesto se desprende que cuando nos referimos a la carrera reseñamos un sistema, más no ateniéndonos a un determinado ente, pues es de la esencia del Poder Público, que sus funcionarios atiendan las necesidades del Estado a través del ejercicio de lo que han adoptado como su profesión. De allí que observamos que diferentes leyes han creado distintas “carreras”, todas ellas con la noción de estabilidad o permanencia como elemento común.

Sin embargo, y pese a que la Constitución ha establecido la carrera como regla, siendo la excepción los funcionarios de libre nombramiento y remoción, los de elección popular, contratados y obreros, podemos observar como en la práctica, de forma exponencialmente creciente, pretende subvertirse la noción de carrera, creando más condiciones para ser considerado como de libre nombramiento y remoción, lo que nos lleva al otro punto a tratar.

4. De la excepción a la estabilidad

Señalado como ha sido que la carrera o estabilidad constituye la regla, debemos referirnos a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, como excepción al principio de estabilidad, en el sentido de cómo puede afectar el ejercicio de un cargo o la asignación de funciones determinadas la estabilidad del funcionario de carrera.

²⁹ Cabe destacar que en algunos municipios cercanos a la Capital de la República, la función policial es ejercida por personal contratado, mientras que en otros casos, pretende aplicarse el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y, en consecuencia, subsumirlos en la condición de funcionarios de libre nombramiento y remoción, al considerarlos como personal de confianza por ejercer funciones de seguridad de Estado, sin entender la diferencia existente entre seguridad de Estado y seguridad ciudadana, por lo que salvo excepciones (SEBIN, DGCIM), el personal policial no ejerce funciones de seguridad de Estado.

Como regla general, la Ley del Estatuto de la Función Pública, refiere en sus artículos 19, 20 y 21, el atinente a los cargos de libre nombramiento y remoción, señalando:

Artículo 19: Los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública serán de carrera o de libre nombramiento y remoción.

Serán funcionarios o funcionarias de carrera, quienes, habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerados con carácter permanente.

Serán funcionarios de libre nombramiento y remoción aquellos que son nombrados y removidos libremente de sus cargos sin otras limitaciones que las establecidas en esta Ley.

Artículo 20: Los funcionarios y funcionarias públicos de libre nombramiento y remoción podrán ocupar cargos de alto nivel o de confianza. Los cargos de alto nivel son los siguientes:

- 1.- El Vicepresidente o Vicepresidenta Ejecutivo.
- 2.- Los ministros o ministras.
- 3.- Los jefes o jefas de las oficinas nacionales o sus equivalentes.
- 4.- Los comisionados o comisionadas presidenciales.
- 5.- Los viceministros o viceministras.
- 6.- Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía al servicio de la Presidencia de la república, Vicepresidencia Ejecutiva y Ministerios.
- 7.- Los miembros de las juntas directivas de los institutos autónomos nacionales.
- 8.- Los directores o directoras generales, directores o directoras y demás funcionarios o funcionarias de similar jerarquía en los institutos autónomos.
- 9.- Los registradores o registradoras y notarios o notarias públicos.
10. El Secretario o Secretaria General de Gobierno de los estados.
- 11.- Los directores generales sectoriales de las gobernaciones, los directores de las alcaldías y otros cargos de la misma jerarquía.
- 12.- Las máximas autoridades de los institutos autónomos estatales y municipales, así como sus directores o directoras y funcionarios o funcionarias de similar jerarquía.

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 aquéllos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad de estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley.

Es así como la misma Ley distingue a los funcionarios de libre nombramiento y remoción en funcionarios de alto nivel y funcionarios de confianza. Pero para poder analizarlo debe diferenciarse a los funcionarios públicos del cargo, pues el cargo se refiere o se relaciona con el órgano institución, en tanto que el funcionario refiere al órgano persona o individuo. Mientras el funcionario es la persona legalmente investida de un cargo público, el cargo público es el creado por la regla de derecho a través del cual el Estado cumple parte de su actividad función. Conforme a la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cargo es la unidad básica que expresa la división del trabajo en cada unidad organizativa que comprende las atribuciones, actividades, funciones, responsabilidades y obligaciones específicas, con una interrelación tal, que pueda ser cumplida por una persona en una jornada de trabajo.

Aun cuando ambas categorías (alto nivel o confianza) pertenecen a un mismo género en tanto y en cuanto existe libertad para su designación y especialmente para su remoción del cargo, pertenecen a distintas especies, siendo los primeros determinados taxativamente en la norma que otorga la condición de libre remoción en razón de la jerarquía y estrechamente vinculado con el cargo y su ubicación dentro de los cuadros de la administración; mientras los segundos (confianza), atiende a las funciones que desempeña de forma principal o la cercanía a los funcionarios que ejercen funciones de poder y toma de decisiones³⁰.

De allí que la determinación de unos y otros son absolutamente distintas, pues mientras que en los de alto nivel, debe determinarse que el cargo ejercido es el previsto en la norma como tal, independientemente de la denominación (que variará de acuerdo a su organización interna), mientras que en los de confianza, debe verificarse que funciones ejerce efectivamente el funcionario y si las funciones que lo catalogan como de confianza son las que ejerce principalmente. Así, en los cargos de confianza, la mera denominación del cargo no determina su condición de libre remoción.

³⁰ Hay que distinguir entre el deber de confidencialidad que debe todo funcionario público, previsto en el artículo 33.6 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, y que el funcionario ejerza funciones que requieran “alto grado de confidencialidad” de los funcionarios de alto nivel.

De tal forma que el Legislador quiso ser selectivo en cuales cargos o cuales funciones son las de libre nombramiento y remoción, lo cual, al afectar el derecho a la estabilidad propio de la carrera, debe ser observado bajo tamices muy finos y con carácter restrictivo, a los fines de evitar que, lo que ha de considerarse como excepción, termine siendo la regla, toda vez que el hecho que la consideración de libre remoción sea precisamente excepcional, se convierte en una garantía para la estabilidad; sin embargo, lamentable es de observar, como en ciertos órganos o entes han pretendido enervar la carrera pretendiendo que todos los funcionarios deben ser considerados como de libre remoción, o en otros casos, pretendiendo que todos los funcionarios profesionales o que ejercen cargos exclusivos para profesionales o técnicos, deban ser considerados como de libre remoción.

Así que considerar a la carrera como regla, y los funcionarios de libre remoción como excepción, garantiza la estabilidad y por ende la carrera de forma tal que todas aquellas personas que han cumplido con los requisitos para ingresar a la carrera y que ejercen cargos de tal naturaleza, no pueden ser considerados por capricho como de libre remoción, so pena de lesionar derechos de los funcionarios.

Considero importante rescatar la redacción constitucional y sus efectos:

Indica el artículo 146 que: “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”

Al respecto señala la exposición de motivos que: “En adelante, no se podrá acceder a la carrera administrativa por designaciones o contrataciones que obvien este mecanismo de selección objetivo, ni se podrá adquirir estabilidad por el transcurso del tiempo en el ejercicio de algún cargo de carrera. Sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y a la consecuente estabilidad del funcionario”.

Debe destacarse que, en cuanto al cargo, el que no sea de libre nombramiento y remoción será de carrera.

Debe entenderse que la carrera corresponde al “cargo”, no a la persona o al funcionario en específico, quien posteriormente gozará de los beneficios que el ejercer un cargo de carrera, en condición de funcionario de carrera le otorga. De allí, que el primer deber del juez será determinar si el cargo es de carrera o de libre remoción, pues de ser de carrera, no tiene cabida la remoción. Ha sido costumbre de la Administración, remover a funcionarios que, bien ejerciendo cargos considerados como de carrera, son separados del cargo por el hecho de no haber ingresado mediante concurso, lo cual ha sido

aupado por órganos judiciales a todos los niveles. Es el caso, que el hecho de no haber ingresado previo concurso no convierte al funcionario como de libre remoción, pues eso está determinado por el cargo mismo y no atendiendo a particularidades sobre la persona. Debe destacarse que, por no ingresar mediante concurso, no permite considerarlo como funcionario de carrera, pero el cargo que ejerce tampoco es de libre remoción.

Ha sido práctica inveterada, contratar a personas para ejercer funciones propias de un cargo de carrera, así como ingresar a la persona sin concurso, cuando el cargo es de carrera. La condición de libre remoción está dada en atención al cargo. Así, el ejercicio de un cargo de carrera, por una persona que no es funcionario de carrera, no lo convierte en un funcionario de libre remoción.

Para cubrir el mandato constitucional, debe considerarse solo de libre nombramiento y por ende de libre remoción, aquellos que en razón del *cargo* se considera como de alto nivel, o que en razón de sus *funciones* se considera como de confianza. Mientras los primeros dependen de su ubicación en la estructura organizativa referidos de forma expresa y taxativa en el artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el elemento que califica a un cargo como de confianza son las funciones que ejerce el funcionario que ostenta el cargo conforme al artículo 21 *eiusdem*.

no basta así, que un cargo determinado sea catalogado como de “alto nivel” o de “confianza”, sino que el mismo debe referirse a cargos cuyo nivel de jerarquía y su ubicación jerárquica dentro de la organización administrativa o cuyas funciones según sea el caso, determinen que al cargo se le pueda atribuir dicha naturaleza de libertad de remoción, de manera de demostrar objetivamente tal condición, pues no es suficiente para clasificar un cargo como de Alto Nivel o de Confianza, la sola calificación como tal, bien en normativa interna³¹, en el clasificador de cargos o en el acto que separa al funcionario del ejercicio del cargo, ni que sea considerado como de “grado 99”³², toda vez que dicha mención no determina que sea efectivamente de libre nombramiento y remoción, sino que se trata de una calificación de la Administración.

Siendo entonces que, los cargos de libre nombramiento y remoción constituyen una excepción a la consideración constitucional de que los cargos son principalmente de carrera, no puede aplicarse sobre los mismos interpretación extensiva alguna, sino al contrario, la interpretación debe ser restrictiva o en el mejor de los casos, taxativa y en tal sentido, debe

³¹ Tal como sucedió de manera absolutamente irregular, en el Ministerio Público.

³² Cabe destacar que la legislación no menciona ese término, que dentro de la jeringonza burocrática venezolana es de uso frecuente por parte de la Administración.

determinarse a ciencia cierta, la tipicidad del cargo que se ejerce en la norma que lo considera como de libre nombramiento y remoción.

En este sentido, el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública señala que serán considerados cargos de confianza:

...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.

Como se observa, la redacción del artículo 21 de la referida ley, a diferencia del artículo 20, constituye una enunciación de las funciones que debe desempeñar el funcionario para que el cargo que ocupe sea considerado como de confianza, en cuyo caso, aparte del desarrollo reglamentario, requiere igualmente que dichas funciones sean comprobadas en cada caso particular, dado que, cuando se refiere a cargos de confianza por tratarse de una limitación al derecho a la estabilidad, la Administración debe determinar de forma específica, clara y precisa todas las funciones que realiza quien detente dicho cargo, debiendo demostrar la Administración que efectivamente las funciones ejercidas por el funcionario afectado por la calificación de su cargo como de confianza, requieren un alto grado de confidencialidad, o se encuentran dentro de las especificadas en la norma que le sirvió de fundamento para dictar el acto. No basta entonces señalar de manera genérica que el funcionario ejercía funciones consideradas por la Administración como de confianza, sin establecer en que consiste tal confianza enmarcado en las exigencias de la ley.

Por tanto, corresponde a la Administración, definir y demostrar la actividad del funcionario, de forma concreta, específica o individualizada, siendo el Registro de Información del Cargo (R.I.C) el medio idóneo para demostrar las funciones que el querellante cumplía y que permitan determinar el grado de confianza necesario a los fines de la aplicación de la norma en referencia.

El Registro de Información del Cargo (R.I.C), ha de constar la determinación de las funciones y su porcentaje de influencia en la actividad del funcionario, a los fines de comprobar si el cargo era o no de confianza. Es labor de información que corresponde levantarse antes de dictar el acto administrativo, toda vez que el resultado de dicho levantamiento de información, constituirá la debida motivación del acto.

Cuando la motivación de los actos administrativos de remoción, obedece a la calificación hecha por parte de la Administración de cualquier cargo existente dentro de la estructura organizativa de ésta como de libre nombramiento y remoción, debe tenerse, de acuerdo a la presunción o regla establecida en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que el cargo ostentado por el querellante se presume como de carrera, quedando en consecuencia, a cuenta de quien alega lo contrario, en este caso, de la Administración, la carga procesal de probar la procedencia de la excepción, es decir, que el cargo es de libre nombramiento y remoción. Es decir, que si no logra demostrarse en sede administrativa que se trata de un cargo de libre nombramiento y remoción, debe aplicarse el principio de presunción general y determinar que se trata de un cargo de carrera al que se le dio tratamiento de funcionario de libre nombramiento y remoción, cuando no lo era o que no fue demostrado que lo fuere.

De manera que de la sola denominación del cargo como de confianza efectuada por la Administración en algún instructivo o en el acto administrativo, principalmente los de remoción o del sólo señalamiento de el funcionario ejerce funciones con un alto grado de confidencialidad, no determina que se trate de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, el considerar un cargo como de carrera no implica necesariamente que quien lo ejerciera ostentara la condición de funcionario de carrera, sino que no puede ser simplemente dispuesto del cargo por la mera voluntad del jerarca.

Si bien es cierto, sólo el concurso es capaz de otorgar la condición de funcionario de carrera, su omisión no modifica la naturaleza del cargo. Del mismo modo, si bien es cierto, por mandato legal, no podrá acordarse un contrato para el ejercicio de funciones en condiciones diferentes a las exigidas por la Ley del Estatuto de la Función Pública, ni el contrato se puede convertir en un medio sustitutivo de ingreso a la función pública, por mandato legal y tal como está previsto en la Exposición de Motivos de la Constitución, no puede obviarse que la Administración, en 15 años de vigencia de la Ley, poco ha hecho para proveer los cargos por concurso, toda vez que su omisión le otorga al jerarca la presión propia del sistema de botín.

Tal como lo aseguró WERNER WEBER³³:

Después de estas consideraciones generales, volviendo a la realidad actual del funcionariado alemán, la situación se presenta radicalmente dividida. Es innegable que el funcionariado alemán, a pesar de todo y en una gran medida,

³³ WEBER, Werner. "Presente y futuro del alto funcionariado en Alemania". Revista de Administración Pública (Madrid), 1962 SEP-DIC; XIII (39) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112655.pdf>

sigue realizando en la actualidad las funciones de encarnación estatal que más arriba se han indicado; pero, por otra parte, carece de rango, consideración y conciencia propia, y hay numerosos fenómenos de la vida política concreta en que se manifiestan tendencias contrarias tan reprensibles como dañosas. Es lógico que se piense inmediatamente en las posibilidades de remedio, lo que puede hacerse con la buena conciencia "del que sabe que aquí no se trata del funcionariado en cuanto a tal y de sus intereses particulares, sino que la cuestión fundamental es reparar un desorden, que afecta al Estado en su conjunto.

TH. ESCHENBURG ha caracterizado así esta función: «Si el funcionariado debe encontrarse de nuevo a sí mismo, es decir, actuar para todos con efectiva independencia conforme a la Ley y a la moral, tiene que ser restaurado en su carácter institucional, lo que significa que ha de estar separado de todos los intereses de partido, fracción y grupo, libre de condiciones y vinculado sólo a la Ley y a la jerarquía. Es necesario que el funcionariado vuelva a ser independiente de las organizaciones extraestatales, y que encuentre otra vez en su carácter institucional protección contra todas las influencias ajenas; carácter institucional que le permita actuar conforme a la Ley, el derecho y la moral, sin tener que pagarlo con otras desventajas».

A los fines de evitar convalidar la irregular práctica por parte de la Administración, y que burlando la Constitución se volviera a instituir el sistema de botín, permitiendo a la Administración designar personas para el ejercicio de cargos propios de la carrera, sin otorgar la debida estabilidad, siendo que su cargo solo se mantiene ante la demostración de lealtad absoluta a los designios del jerarca, quien aprovechándose de la necesidad de la persona a llevar sustentos dignos (en una época en que el sueldo del funcionario era considerado como tal), creó la figura de la estabilidad relativa o estabilidad temporal³⁴, que posteriormente fue acogido por la Corte Segunda en su sentencia del 14 de agosto de 2008³⁵.

Dicho criterio no le otorga a la persona la condición de funcionario, ni le otorga la estabilidad propia de la carrera, sino que compone la obligación a la

³⁴ Anteriormente, el Tribunal de la Carrera Administrativa y la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo consideraron la figura del funcionario de hecho, en dos acepciones, siendo las que nos interesa, aquella que la persona aun cuando no haya ingresado por concurso, al ejercer un cargo se convertía en funcionario, adquiriendo la estabilidad propia de la carrera. Vale acotar que esa estabilidad permanente y absoluta, contrariaba la exigencia del concurso a que refería la Ley de Carrera Administrativa.

³⁵ <http://jca.tsj.gob.ve/decisiones/2008/agosto/1478-14-AP42-R-2007-000731-2008-1596.html> Por su parte, si bien es cierto, esta decisión hace algún tipo de justicia, en tanto y cuanto, la administración es quien tiene la posibilidad y el deber constitucional y legal de llamar a concurso, otras sentencias dan al traste con este criterio, otorgando a la Administración la potestad más amplia y discrecional, para llamar a concurso (si lo considera prudente) y sin que se establezca ninguna temporalidad para el cumplimiento de dicha obligación.

Administración de llamar a un debido concurso para cubrir de cualquier forma el cargo que debe ser considerado como de carrera, de forma tal, que en si en fecha próxima la Administración llama a concurso, quien desempeña el cargo tiene derecho a participar en él, en igualdad de condiciones que cualquier persona³⁶ que cumpla los requisitos exigidos para el cargo y de resultar ganancioso, ocuparlo en condición de ganador del concurso con el beneficio de estabilidad, y en caso de resultar perdidoso, la Administración tiene el deber de otorgar el cargo al ganador y por ende, retirar al perdidoso.

5. La estabilidad y los órganos con autonomía

Sin embargo, toda vez que la Ley del Estatuto de la Función Pública rige las relaciones de empleo entre los funcionarios y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales, quedan expresamente fuera de su ámbito de aplicación, una serie de órganos, bien porque tienen su propio estatuto o Ley, o bien porque se tratan de órganos con autonomía especialmente normativa, tales como los del Poder Ciudadano³⁷. En este orden de ideas, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha señalado reiteradamente que *existe una potestad reglamentaria, atribuida directamente por la Constitución, a los órganos con autonomía funcional, para dictar sus propios reglamentos en materia de personal, sin embargo, debemos agregar que dicha autonomía no alcanza al extremo de que sea desconocido de forma absoluta, los principios que rigen la función pública, entre los cuales se resalta el de estabilidad.*

Debe señalarse que si bien es cierto, estos órganos constitucionales gozan de autonomía y que de conformidad con la Constitución y las leyes que le regulan, deben dictar sus propios estatutos de personal a los fines de regular la relación para con sus empleados y funcionarios, no es menos cierto que la Constitución preconiza la carrera –tal como señaláramos anteriormente– en el capítulo referido al Poder Público, es por ello entonces que debe entenderse que la función pública en todos los órganos del Estado debe partir del mismo principio.

³⁶ Debe insistirse que tal posibilidad constituye la verdadera democratización del cargo, independientemente de intereses partidistas.

³⁷ Artículo 273 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela: “El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano integrado por el Defensor o Defensora del Pueblo, el Fiscal o la Fiscal General y el Contralor o Contralora General de la República. // Los órganos del Poder Ciudadano son la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público y la Contraloría General de la República, uno o una de cuyos o cuyas titulares será designado o designada por el Consejo Moral Republicano como su Presidente o Presidenta por periodos de un año, pudiendo ser reelegido o reelegida. // El Poder Ciudadano es independiente y sus órganos gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. A tal efecto, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida anual variable. // Su organización y funcionamiento se establecerá en ley orgánica”.

En tal sentido, debemos traer a colación lo expuesto al respecto en la exposición de Motivos de la República Bolivariana de Venezuela, en el capítulo referido a la función pública; que si bien es cierto refiere a la Administración Pública, no es menos cierto que su sustento encuentra raíces en los principios y postulados previstos en el Preámbulo y en desarrollo mismo de la Constitución. En este sentido, el texto indicado expresa:

Los vicios más enraizados en el sistema político, como el clientelismo, que tanto daño ha causado al pueblo venezolano, están relacionados íntimamente con la falta de líneas claras en torno a lo que debe ser la función pública y a la creación de una política de recursos humanos cónsona con los ideales de la gerencia pública moderna. La gobernabilidad, entendida como la satisfacción plena de las demandas sociales, sólo puede alcanzarse en la medida que se adopten políticas orientadas en este sentido... El principal freno a las conductas contrarias a la legalidad y a la moral pública depende, en buena parte, de las políticas de ingreso, permanencia y ascenso en la carrera administrativa.

Contrario a los hábitos organizacionales generados por el clientelismo político, se establece el deber de los funcionarios o funcionarias públicas de servir al Estado, y por ende al ciudadano, y no a parcialidad alguna. Como complemento se establece que el nombramiento y remoción no podrán vincularse a la afiliación política. Tal aspecto se convierte en punto fundamental de este proceso de refundación del Estado, ya que el mismo depende de una voluntad política firme que convierta en realidad lo que hasta ahora ha sido una fantasía irrealizable. Evidentemente por vía legal y reglamentaria se deben afinar los mecanismos para garantizar el fiel cumplimiento de esta norma.

...Se establece como principio general que los cargos de la Administración Pública son de carrera, salvo los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros, así como otros tipos que indique la Ley. Este aspecto del establecimiento de la carrera administrativa, constituye un pilar necesario para poder sustentar el edificio de una Administración Pública moderna, dinámica y eficiente. La depuración de la función pública, el rescate de la imagen del Estado, requiere de un compromiso ineludible con la satisfacción de esta exigencia que la sociedad ha expresado reiteradamente.

En este mismo contexto el ingreso a la carrera administrativa será exclusivamente por concurso público que garantice la selección de los mejores, tanto en el aspecto ético como en el de la preparación técnica y profesional.

Por ello dicho concurso se sujeta a los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia. En adelante, no se podrá acceder a la carrera administrativa por designaciones o contrataciones que obvien este mecanismo de selección objetivo, ni se podrá adquirir estabilidad por el transcurso del tiempo en el ejercicio de

algún cargo de carrera. Sólo el concurso público dará acceso a la carrera administrativa y a la consecuente estabilidad del funcionario.

Igualmente, para el ascenso se someterá a un sistema de evaluación que reporte una calificación de méritos de los funcionarios públicos en forma periódica.

Ello implica una evaluación objetiva de la gestión personal de los funcionarios y un programa de formación y capacitación al cual se deberán someter. De esta forma el ascenso debe encontrarse vinculado a la eficiencia, disciplina y desarrollo de los conocimientos, destrezas y habilidades del funcionario³⁸.

De tal forma, que siendo que entre los principios que preconiza la Constitución para establecer la carrera en la Administración Pública son perfectamente aplicables a otros órganos del Poder Público, agregando el hecho que la propia Constitución refiere a la carrera del Fiscal del Ministerio Público y del Defensor, y así ha sido recogido por las leyes que regulan su actividad, deben los otros órganos del Poder Público implementar los concursos a que refiere la Constitución y otorgar estabilidad al funcionario, previendo la carrera como sistema de recursos humanos.

6. La estabilidad en el particular caso del Ministerio Público

El artículo 286 Constitucional señala que la Ley determinará lo relativo a la organización y funcionamiento del Ministerio Público, proveerá lo conducente para asegurar la idoneidad, probidad y estabilidad de los fiscales y "...establecerá las normas para garantizar un sistema de carrera para el ejercicio de la función", derogando el sistema anterior, mediante el cual el fiscal era designado para ejercer funciones por un periodo determinado; sin embargo la Ley que regula al órgano desde 1998 (Ley Orgánica del Ministerio Público), instituyó la Carrera Fiscal, siendo una de sus principales reformas que ameritó la inclusión de un Título (Título VI) referido a "la carrera de los fiscales y funcionarios del Ministerio Público", cuyo artículo 79 indicaba:

Se crea la Carrera de los Fiscales del Ministerio Público, la cual se regirá por las disposiciones del Estatuto de Personal que dicte el Fiscal General de la República, dentro de un plazo no mayor de noventa (90) días contados desde su entrada en vigencia.

Para ingresar a la carrera como fiscal se requiere aprobar un concurso de oposición con la mayor calificación, la cual deberá estar por sobre el setenta y cinco por ciento (75%) de la escala de puntuación establecida.

³⁸ Texto aprobado en Ciudad Bolívar, Estado Bolívar, en fecha 30 de enero de 2000 y publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453, en la publicación del texto refundido de la Constitución en fecha 24 de marzo de 2000.

Asimismo, a los fines de preservar cierta continuidad y preservar derechos de los funcionarios que ingresaron incluso antes de la promulgación de la Ley, y mientras se iniciaban los concursos para lo que la ley fijó un lapso de un año, de manera transitoria se estableció que los cargos de Fiscal del Ministerio Público saldrán a concurso de oposición en un plazo no mayor de un año a partir de la vigencia de esta Ley. Mientras ello ocurre, quienes estén ocupando tales posiciones continuarán en ellas. Si hubieren cumplido diez (10) años de servicios en el Ministerio Público, serían evaluados por una Comisión designada por el Fiscal General de la República. De aprobar dicha evaluación, estarían exceptuados del concurso de oposición (artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público derogada). Por su parte, el sistema regulado en la ley anterior (la de 1970), otorgaba al Fiscal estabilidad relativa por el periodo constitucional. De forma tal que aquel funcionario fiscal, que para la fecha tuviere por lo menos 10 años de servicio, no estaba sometido al concurso, sino a una evaluación. Si bien es cierto, desdice de la norma que exige el concurso y, por ende, de la democratización del cargo, establecía las condiciones para obtener la estabilidad en el cargo.

Pese a lo categórico de la norma, el entonces Fiscal General de la República, Isaías Rodríguez, siguió por años removiendo a los fiscales a su libre discreción, sin que hubiere implementado el concurso, considerando que al no haber obtenido estabilidad, todos los fiscales eran de libre remoción, lo cual fue ratificado por la Sala Constitucional, en su sentencia 660, del 30 de marzo de 2006.

Por su parte, la Ley publicada en el año 2007³⁹, vigente, señala:

Artículo 93. Se crea la carrera del funcionario o funcionaria del Ministerio Público, cuyas normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión, estabilidad y retiro, se regirán por las disposiciones de la presente Ley y del Estatuto de Personal del Ministerio Público.

Artículo 94. Para ingresar a la carrera se requiere aprobar un concurso público de credenciales y de oposición.

El Fiscal o la Fiscal General de la República, mediante resolución, establecerá las bases y requisitos del concurso, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley.

Dicha ley mantenía la obligación de celebrar el concurso para cubrir los cargos de Fiscal del Ministerio Público en un plazo no mayor de un año, contado a partir de la entrada en vigencia de dicha Ley, tal como lo prevé su disposición transitoria.

En la práctica fueron llamados dichos concursos, con un criterio selectivo por parte de la Fiscal General de la época Luisa Ortega Díaz, no dentro del

³⁹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.647 de 19 de marzo de 2007.

plazo ordenado en la misma Ley, sino bajo criterios meramente discrecionales, y que pese a la obligación categórica de celebrarlo en un plazo determinado, las diversas sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, impuso, con carácter vinculante, que mientras no se celebrara, ningún fiscal gozaba de estabilidad; es decir, que la imposición legal de llamar a concurso dentro del año, no era más que una norma programática que en definitiva no obligaba al titular del Ministerio Público. Sin embargo, se celebraron concursos donde participaron tanto funcionarios y fiscales del Ministerio Público, como profesionales ajenos a la Institución, cuyos ganadores, pasado el extenso periodo de prueba que fijó la normativa –inconstitucional a mi entender, pues no estaba previsto en Ley– actuaban bajo la convicción que habían obtenido la estabilidad en el cargo, que pregona la Constitución, que en el caso de fiscales y jueces cobra mayor relevancia, pues implica la libertad de actuación e independencia en su actuar que supone, para un funcionario, que el cargo no dependa de la voluntad del jerarca ni de intereses políticos partidistas propios del *spoils system*.

En este marco, en fecha 10 de noviembre de 2015, en la Gaceta Oficial 40.785, se publica el estatuto de Personal del Ministerio Público –que en los mismos términos anteriormente expuestos, viola expresamente la Constitución, al pretender regular materia de la función pública por instrumentos distintos a la ley–, cuyo artículo 3, establecía la carrera, indicando:

Artículo 3.- Funcionarios de carrera y de libre nombramiento y remoción. Son funcionarios y funcionarias de carrera, quienes ingresen al servicio del Ministerio Público en virtud de la aprobación de un concurso público de credenciales y de oposición, mediante nombramiento, siempre que desempeñen funciones de carácter permanente.

Se consideran cargos de libre nombramiento y remoción los cargos de alto nivel o de confianza que se determinen en el presente Estatuto de Personal.

Los cargos de alto nivel son los siguientes: Vicefiscal, Directores Generales, Directores de Línea, Subdirectores, Coordinadores, jefes de División, jefes de Departamento, jefes de Unidad y Fiscales Superiores.

Los cargos de confianza son los siguientes: Funcionarios y funcionarias que presten servicios directamente en la Dirección y Coordinación del Despacho del o la Fiscal General de la república, así como los funcionarios y funcionarias que presten servicios relacionados con la seguridad del o la Fiscal general de la república y de las dependencias del Ministerio Público, personal técnico que presten sus funciones en el área de Tecnología, Auditores, Registradores de Bienes y materiales, Almacenistas, Supervisores de Mantenimiento, Supervisor de Mensajeros, Supervisor de Seguridad Industrial, Supervisores de Reproducción y Comunicadores Sociales.

Se consideran también cargos de libre nombramiento y remoción aquellos que sean determinados como tales en el nombramiento del funcionario, en atención a la naturaleza de sus funciones.

Si bien es cierto, dicho estatuto prevé la carrera y por ende su protección y su derivado de la noción de estabilidad, injustificadamente excluye de la carrera a muchos funcionarios, a nuestro entender, de manera indebida, pues: (i) En cuanto a los funcionarios de alto nivel, incorporan a los subdirectores, cuyas funciones son propias de confianza, pues al existir un director, el subdirector no hace más que seguir los lineamientos del director, sin que le sea dable tomar decisiones propias o impartir políticas o lineamientos; mucho menos los jefes de división, departamento y unidad, calcando y extendiendo los considerados en el nefasto Decreto 211; (ii) Considera como de confianza a almacenistas, supervisores de mantenimiento, reproducción y de manera general a todos los comunicadores sociales del organismo, sin determinar las razones y sin que se pueda desprenderse de las funciones propias de dichos cargos; y (iii) Basta con emitir un nombramiento indicando que el cargo es de libre nombramiento y remoción, sin detenerse en si se trata de alto nivel o confianza, para, considerarlo como tal.

Sin embargo, se entiende que cualquier persona fuera de la extensa lista de exclusiones se considera como de carrera, incluyendo los fiscales.

Por su parte, en fecha 14 de septiembre de 2018⁴⁰, el fiscal –irregularmente– designado por la denominada asamblea nacional constituyente, tomando en consideración la emergencia decretada por dicha asamblea el 5 de agosto de 2017, modifica el artículo 3 del dicho estatuto, señalando:

Artículo 3.- Funcionarios de carrera y de libre nombramiento y remoción. Son funcionarios y funcionarias de carrera, quienes ingresen al servicio del Ministerio Público en virtud de la aprobación de un concurso público de credenciales y de oposición, mediante nombramiento, siempre que desempeñen funciones de carácter permanente.

Se consideran cargos de libre nombramiento y remoción los cargos de alto nivel o de confianza que se determinen en el presente Estatuto de Personal.

Los cargos de alto nivel son los siguientes: Vicefiscal, Directores Generales, Directores de Línea, Subdirectores, Coordinadores, jefes de División, jefes de Departamento, jefes de Unidad y Fiscales Superiores.

Los cargos de confianza son los siguientes: Funcionarios y funcionarias que presten servicios directamente en la Dirección y Coordinación del Despacho del

⁴⁰ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 41.482 de 14 de septiembre de 2018.

o la Fiscal General de la República, en las Direcciones Generales, en las Direcciones de Línea, en las Coordinaciones, en las Divisiones, en los Departamentos, en las Unidades, en las Fiscalías Nacionales, en las Fiscalías Superiores, en las Fiscalías Estadales, en las Fiscalías Municipales y en cualquier otra dependencia del Ministerio Público.

Cabe observar que cualquier persona que preste sus servicios, lo ha de prestar en una Dirección, Departamento, División o Unidad, pero por si queda poco claro, se incorporan los despachos de fiscales de cualquier tipo o naturaleza, y si queda algún despacho u oficina excluida, se incorpora el comodín de cualquier dependencia del Ministerio Público. Se tiene que en el encabezado del artículo reconoce la existencia de funcionarios de carrera, pero a renglón seguido, excluye *a todos los funcionarios del ministerio público de la carrera y los convierte en cargos de confianza*; es decir, cualquier funcionario es de confianza y por ende, no goza de la estabilidad de la carrera que el encabezado del mismo artículo pregona, pero no sólo ello, sino que la estabilidad que ordenó la Constitución y que bien o mal, se garantizaba a algunos en el propio estatuto de personal, desaparece de manera absoluta en la reforma.

La declaratoria de emergencia y reestructuración que se ordene sobre un órgano, lejos de atentar contra la estabilidad del funcionario le otorgaría garantías, pues se supone que, para ser separado de la Administración, ha de mediar un proceso de reestructuración, actos debidamente motivados y sometidos al control judicial posterior; sin embargo, la clasificación como funcionario de libre remoción excluye dicha posibilidad, bastando para ello la libre disposición por parte del máximo jerarca, sin procedimiento previo y sin mayor justificación, bastando la simple disposición del jerarca.

Sin embargo, como se dijera anteriormente la existencia de concursos y la entrada en vigencia del estatuto anterior, soportado en el basamento constitucional que habría de bastarse por sí solo, determina que muchos funcionarios, al ser considerados como de carrera, gozan de estabilidad. ¿Puede un estatuto sobrevenido modificar esa condición? ¿Puede ese estatuto desconocer la norma Constitucional que lo soporta?

La respuesta es NO. Tanto la reforma del estatuto como los actos dictados ante ella, nacen viciados de nulidad, especialmente al considerar a todos los funcionarios como de libre remoción, tal como con buen tino lo sostuvo la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del 10 de julio de 2007, caso Eduardo Parilli Wilhelm, donde señaló:

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).

...

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: ...

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 funcionarial 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.

Aun cuando la Sala Constitucional sostuvo el criterio anterior, en otros muchos ha dado indebidos espaldarazos a irregulares actos administrativos particulares o normativos, así como a estatutos claramente inconstitucionales, lo que se ahoga en la falta de independencia que se observa en muchos casos, por lo que hemos de esperar por las decisiones que sobre el punto en concreto se dicten, sin poner en ellas mayores esperanzas. La explicación de esta severa aseveración la encontramos en el excelente y recomendado libro del profesor Francisco Delgado (Chavismo y Derecho), en todo el capítulo referido a “reglas que no son reglas”, del cual quiero traer dos párrafos altamente explicativos:

Hemos dicho que al chavismo le resulta insoportable el hecho de que las reglas limiten sus posibilidades de acción. Si se ve obligado a aceptar su existencia las

subordinará a la conveniencia política cuando ésta exija una solución diferente a la que la norma prevé...

Con la idea de que en determinados casos la interpretación correcta es “la contraria a la disposición normativa” se llega al punto central de la cuestión. El chavismo ha adoptado la idea de que los valores, fines y principios son más importantes que las normas.

Veamos, la Constitución es clara cuando ordena la carrera, y particularmente en el Ministerio Público, exige la carrera fiscal. Bien o mal, fue obtenida, y generó derechos en cabeza de los particulares, bajo una norma que no hace más que cumplir con el mandato constitucional, y aun así, uno de los principales garantes de la vigencia y eficacia de la Constitución, en la modificación de un solo artículo, hecha por tierra todo lo relativo a la estabilidad.

Como le dijo el Quijote a su escudero: “*Cosas veredes, amigo Sancho*”.

Caracas, septiembre de 2018.

Bibliografía

A.A.V.V. “Estudios Sobre la Asamblea Nacional Constituyente y su Inconstitucional Convocatoria en 2017”. Compiladores Allan Brewer-Carías y Carlos García Soto. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

AYALA CORAO, Carlos y CHAVERO GAZDIK, Rafael. “El libro negro del TSJ de Venezuela: del secuestro de la democracia y la usurpación de la soberanía popular a la ruptura del orden constitucional (2015-2017)”. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017.

BREWER-CARÍAS, Allan. “Dictadura judicial y perversión del Estado de derecho. La Sala Constitucional y la destrucción de la democracia en Venezuela”. Editorial Jurídica Venezolana Internacional, New York-Caracas 2016.

_____. “El estatuto del funcionario público en la Ley de Carrera Administrativa”. Comisión de Administración Pública, Caracas, 1971.

_____. “Los jueces constitucionales. Controlando el poder o controlados por el poder. Algunos casos notorios y recientes (Estados Unidos, Reino Unido, Honduras, Venezuela, República Dominicana, Nicaragua, Paraguay, El Salvador, Suráfrica, Costa Rica, Chile, Brasil)”. Editorial Investigaciones Jurídicas S.A., San José Costa Rica, 2017.

CABALLERO ORTIZ, Jesús. “El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público”. Editorial Paredes, Caracas, 2006.

CANOVA GONZÁLEZ, Antonio; HERRERA ORELLANA, Luis; RODRÍGUEZ ORTEGA, Rosa. “El TSJ al servicio de la revolución”. Editorial Galipán, Caracas, 2014.

CHAVERO GAZDIK, Rafael. “La justicia revolucionaria. Una década de reestructuración (o involución) judicial en Venezuela”. Editorial Aequitas, Caracas, 2011.

DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio. “La Ley de Carrera Administrativa, (doctrina, legislación y jurisprudencia)”. Caracas, 1993.

DELGADO, Francisco. “Chavismo y derecho”. Editorial Galipán, Caracas, 2017.

FINAMORE, María Antonieta. “El ingreso por concurso a la carrera administrativa. Situación jurídica de los agentes que ingresan irregularmente a la Administración luego de la Constitución de 1999”. FUNEDA, Caracas, 2012.

GIL FORTOUL, José. “Historia constitucional de Venezuela”. Tercera edición. Editorial Las Novedades, Caracas, 1942.

LORENZO DE MEMBIELA, Juan. “Las situaciones administrativas de los funcionarios públicos”. Editorial Thomson Aranzadi, Madrid, 2004.

____. “Manual práctico de la función pública, volumen IV. Derechos fundamentales de los funcionarios en la Administración: nuevos retos en las organizaciones burocráticas”. Segunda Edición. Editorial Thomson Aranzadi, Madrid, 2010.

PARADA, Ramón. “Derecho del empleo público”. Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007.

RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard. “El sistema contencioso administrativo de la carrera administrativa”. Ediciones Magón, Caracas, 1974.

____. “El funcionario público y la Ley Orgánica del Trabajo”. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. “Derecho de la función pública”. Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

SILVA BOCANEY, José Gregorio. “De la función pública y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, en “La Actividad e inactividad administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa”. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2012.

____. “De los principios constitucionales del proceso contencioso funcional”, en “La justicia constitucional y la justicia administrativa como garante de los derechos humanos reconocidos en la Constitución”.

Universidad Monteavila, CEDEPCO, FUNEDA, CERECO y CEDP, Caracas 2013.

____. “El fuero sindical en la función pública”, en “Derecho Administrativo Iberoamericano, 100 Autores en Homenaje al Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello”. Coordinador Víctor Hernández-Mendible. Tomo I. Editorial Paredes. Caracas, 2007.

____. “Las situaciones administrativas en la función pública”. Editorial Jurídica Venezolana y CIDEP, Caracas, 2017.

____. “Venezuela. Del absolutismo plural a la tiranía colegiada”. <https://www.linkedin.com/in/jos%C3%A9-gregorio-silva-bocaney-1435065b/>

WEBER, Werner. “Presente y futuro del alto funcionariado en Alemania”. Revista de Administración Pública (Madrid), 1962 SEP-DIC; XIII (39) <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2112655.pdf>

EL RÉGIMEN ESPECIAL DEL PERSONAL DEL INSTITUTO NACIONAL DE AERONÁUTICA CIVIL

Gabriel Sira Santana*

Resumen: La colaboración compara el régimen especial del personal del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), previsto en la Providencia Administrativa N° CD-CJU-013-09 de dicho Instituto, con la Ley del Estatuto de la Función Pública a fin de determinar sus semejanzas y diferencias.

Palabras clave: Personal; Seguridad de Estado; Función pública

Summary: This paper compares the special regime of the personnel of the National Institute of Civil Aviation (INAC), foreseen in the Administrative Providence N° CD-CJU-013-09 from said Institute, with the Law of the Statute of the Public Function in order to determine its similarities and differences.

Key words: Personnel; State security; Public function

Una precisión necesaria

El Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (en lo sucesivo, INAC) es la “Autoridad Aeronáutica de la República” y se constituye, de acuerdo con el artículo 9 de la Ley de Aeronáutica Civil¹, como “un ente de seguridad de Estado, de naturaleza técnica, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente de la Hacienda Pública Nacional, con autonomía técnica, financiera, organizativa y administrativa”.

Esa mención a la *seguridad* la encontramos presente en otro artículo –no ya de la Ley de Aeronáutica Civil, sino de la Ley del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (en lo sucesivo, LINAC)²– que es del siguiente tenor:

Artículo 3. Régimen del Personal. El personal adscrito al Instituto Nacional de Aeronáutica Civil tiene el carácter de personal de seguridad de Estado, por lo cual tendrá un régimen especial propio relativo al ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, seguridad social, sueldo salarios y otras remuneraciones de sus trabajadores, así como las funciones y requisitos que deben cumplir para el

* Abogado mención *summa cum laude* y especialista en Derecho Administrativo, mención honorífica, por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Profesor de pregrado y de la Especialización en Derecho Administrativo de la UCV. Profesor de Teoría Política y Constitucional en la Universidad Monteávila. Investigador del Centro para la Integración y el Derecho Público (CIDEP). Ganador del Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales para Profesionales 2017-2018, Dr. Ángel Francisco Brice

¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.140 del 17-03-2009.

² Publicada en Gaceta Oficial N° 38.333 del 12-12-2005.

ejercicio de sus cargos conforme a su organización, de acuerdo con lo previsto en la normativa que se dicte al efecto.

Es decir, que al ser el INAC un “un ente de seguridad de Estado” los funcionarios que prestan servicios al mismo se consideran “personal de seguridad de Estado” y, por tal motivo, no les son aplicables las disposiciones de la Ley del Estatuto de la Función Pública³ (en lo sucesivo, LEFP) sino aquellas previstas en “la normativa que se dicte al efecto”.

Así, la primera pregunta que hemos de realizarnos es si el artículo que hemos citado –y la posibilidad en él prevista de que exista un régimen de personal especial para los funcionarios del INAC– es cónsono con el resto del ordenamiento jurídico.

La respuesta parece ser afirmativa una vez partimos de que la Constitución de la República⁴ (en lo sucesivo, CRBV) señala en su artículo 144 que “[l]a ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerá su incorporación a la seguridad social” y, adicionalmente, “determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos”. Preceptos estos que encuentran desarrollo en la LEFP que, de acuerdo con su artículo 1, “regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales”.

No obstante, si bien dicha ley constituye el *régimen general para la función pública*, ello no implica que no puedan existir *régimenes especiales*. Así lo prevé expresamente el único aparte del artículo 2 *ejusdem* según el cual “[s]ólo por leyes especiales podrán dictarse estatutos para determinadas categorías de funcionarios y funcionarias públicos o para aquéllos que presten servicio en determinados órganos o entes de la Administración Pública”.

En otras palabras, nada impide que existan estatutos particulares para determinados tipos de funcionarios⁵, siempre que tales estatutos se dicten por

³ Publicada en Gaceta Oficial N° 37.482 del 11-07-2002 y reimpressa en N° 37.522 del 06-09-2002.

⁴ Publicada en Gaceta Oficial N° 36.860 del 30-12-1999, reimpressa en N° 5.453 Extraordinario del 24-03-2000 y enmendada en N° 5.908 Extraordinario del 19-02-2009.

⁵ Ello a pesar de lo dicho por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (en lo sucesivo, SC/TSJ) al asentarse que “[e]s 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, así como la protección reforzada y uniforme de sus derechos como corresponde a un Estado social, de derecho y de justicia, ya que, tal como precisó esta Sala al admitir el presente recurso, el Constituyente de 1999 optó por la disposición de la existencia de un Estatuto de la Función Pública que regirá los aspectos principales del régimen aplicable a los funcionarios de la Administración Pública, sin

medio de “leyes especiales”. Y este último término es clave para el asunto que nos ocupa.

Si recordamos, por ley se entiende “el acto sancionado por la Asamblea Nacional como cuerpo legislador” (art. 202 CRBV), por lo que cuando el Constituyente o el legislador aluden a dicha norma, tal mención debe entenderse en su connotación formal –es decir, la que hemos citado– y no material, como cualquier instrumento capaz de prever derechos y obligaciones de forma general y abstracta.

Así lo ha reiterado la SC/TSJ en diversos fallos donde, al conocer de normativas municipales o estatales que regulaban aspectos de la función pública –como podría ser la calificación de un cargo como de libre nombramiento y remoción o el régimen de jubilaciones– expuso (i) que las normas constitucionales “establecen de forma indubitable que es el Poder Legislativo Nacional, quien tiene la potestad exclusiva de legislar sobre todos los aspectos relacionados con la materia laboral, de previsión y seguridad social, incluyendo dentro de éstos, los beneficios de la jubilación y la pensión de los empleados públicos”⁶; (ii) que cuando otra autoridad pretende “la regulación de aspectos referentes a una materia sometida al principio de reserva legal nacional” –como sería el derecho funcional según el mismo fallo– se genera como resultado “una invasión en el ámbito de competencias del Poder Legislativo Nacional, incurriendo así en una evidente usurpación de funciones, vicio que conlleva la nulidad absoluta de tal norma”⁷; (iii) que “la materia funcional es de la reserva legal por mandato expreso del artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, disposición fundamental que fue desarrollada por la Ley del Estatuto de la Función Pública, en cuyo alcance, se reguló el sistema estatutario, tanto estatal como municipal, con el objeto de crear uniformidad en el ordenamiento, evitando la pluralidad de instrumentos dictados por cada entidad territorial”⁸; o, simplemente, (iv) que “de conformidad con el criterio sentado por esta Sala, producto de una interpretación directa de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la legislación en

distinción alguna respecto del ámbito de la organización administrativa a la que éstos pertenezcan, esto es, sea nacional, estatal o municipal”. Véase fallo N° 7 del 29-01-2013 (caso: Jesús Caballero Ortiz), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/enero/07-29113-2013-05-1315.HTML>

⁶ Fallo N° 950 del 14-07-2009 (caso: Procurador General del Estado Mérida y otros), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/950-14709-2009-04-0198.HTML>

⁷ Fallo N° 597 del 26-04-2011 (caso: Alcaldía del municipio Maracaibo del estado Zulia), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/abril/597-26411-2011-03-2594.HTML>

⁸ Fallo N° 1684 del 29-11-2013 (caso: César Augusto Yustti), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/noviembre/159169-1684-291113-2013-12-0332.html>

materia de función pública es objeto de reserva del legislador nacional”⁹. Legislador que no es otro que la Asamblea Nacional a tenor de los artículos 186 y siguientes del texto constitucional.

A lo hasta aquí dicho se suma otro fallo de la misma Sala que es de especial interés para el tema que nos ocupa: el N° 2530 del 20-12-2006 (caso: Marcos José Chávez) según el cual, cuando la SC/TSJ se pronunció sobre el último aparte del artículo 2 de la LEFP citado *ut supra*, expuso que:

De la lectura concordada de ambas normas, se puede afirmar que la Ley del Estatuto de la Función Pública, si bien establece de forma general que las relaciones de empleo público entre los funcionarios y la Administración Pública Nacional, Estatal y Municipal, se rigen por lo en ella establecido, también dispone dos tipos de exclusiones respecto a dicho ámbito subjetivo de aplicación, a saber: una expresa, que es la contenida en el parágrafo único del artículo 1 *eiusdem*, que de manera taxativa señala los funcionarios a los que no les resulta aplicable la ley –entre los que no se señalan a los funcionarios de los cuerpos policiales y de seguridad del Estado–; y otra general, que es la contenida en el aparte único del artículo 2, conforme a la cual, mediante otras leyes, se pueden crear estatutos especiales de función pública.

Respecto a la excepción prevista en el mencionado aparte único de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se debe considerar que para que pueda dictarse un estatuto especial de función pública se requiere que las categorías de funcionarios que se someterán al estatuto especial se diferencian a tal punto de las categorías de funcionarios regidos por la prenombrada ley que surja la necesidad [de] una normativa distinta dada la dificultad o imposibilidad de aplicar las disposiciones de dicha ley; o bien, que el órgano o ente de la Administración Pública realice actividades a un nivel de especialidad que no sea asimilable al resto de los órganos o entes de la Administración, en cuanto a las normas de empleo público a ser aplicadas¹⁰.

De este fallo –junto con las ideas que le anteceden en esta colaboración– podemos extraer las siguientes conclusiones preliminares: (i) el régimen general de la función pública en Venezuela se encuentra previsto en la LEFP, que responde al mandato del artículo 144 de la CRBV; (ii) dicha ley reconoce la posibilidad de que existan regímenes especiales para determinados tipos de funcionarios, siempre que tales estatutos emanen de una ley formal; y (iii) ante la ausencia de una norma de derecho positivo que determine cuándo puede existir un régimen especial funcional, el Poder Judicial ha previsto como requisitos que el tipo de funcionario del que se trate imposibilite o

⁹ Fallo N° 843 del 16-07-2014 (caso: Alcaldía del municipio El Hatillo del estado Miranda), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/166893-843-16714-2014-14-0434.html>

¹⁰ Disponible en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/diciembre/2530-201206-03-2027.htm>

dificulte aplicar las disposiciones de la LEFP o que el órgano o ente de la Administración donde preste servicios dicho funcionario lleve a cabo actividades con un alto grado de especialidad que impida aplicar las normas de empleo público¹¹.

De este modo, vista la identificación del INAC como un “ente de seguridad de Estado”¹², pareciese haber un motivo para que existiese un régimen especial de personal tal como ocurre –por ejemplo– en la función policial¹³ o de servicio exterior¹⁴.

-
- ¹¹ Sobre este último punto la SC/TSJ ha agregado que la existencia de estos regímenes especiales no contraría el principio de igualdad en el entendido que “no cualquier trato desigual resulta discriminatorio, sino sólo el que no está basado en circunstancias objetivas y razonables y como quiera que existen relaciones funcionariales esencialmente distintas unas de otras (como ocurre con los legisladores y el personal de la Administración Pública o, como sucede, con los funcionarios de seguridad del Estado y los empleados de protección civil, entre otros), resultaría desajustado al derecho a la igualdad la unificación de un régimen de seguridad social que desatendiera las particularidades de cada sector de empleados públicos, que por circunstancias de ingreso, permanencia y función se diferencian entre sí. // De allí, que el legislador pueda introducir diferencias de trato cuando no sean arbitrarias, esto es, cuando estén justificadas por la situación real de los individuos o grupos, con lo cual la vigencia del principio de igualdad, no debe analizarse desde una visión puramente formalista”. Véase fallo N° 1342 del 16-10-2013 (caso: Nancy Carrillo de Guevara), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/157493-1342-161013-2013-10-0462.html>
- ¹² Calificativo que, vale decir, a simple vista solo encontramos en la referida ley y el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Contrataciones Públicas (publicado en Gaceta Oficial N° 6.154 Extraordinario del 19-11-2014) cuando prevé en su artículo 5 que “[q]uedan excluidos, sólo de la aplicación de las modalidades de selección de contratistas indicadas en el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, los contratos que tengan por objeto: (...) 13. La adquisición de bienes, la prestación de servicios y la ejecución de obras, destinados a la seguridad y defensa del Estado relacionados con las operaciones de inteligencia y contra inteligencia realizadas por los órganos y entes de seguridad del Estado, tanto en el país como en el exterior, así como para actividades de protección fronteriza y para movimiento de unidades militares en caso de preparación, entrenamiento o conflicto interno o externo”; a diferencia del apelativo “...de seguridad ciudadana” que hallamos en otras normas de rango legal como serían la Ley Orgánica del Servicio de Policía y del Cuerpo de Policía Nacional o el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Servicio de la Policía de Investigación, el Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas y el Instituto Nacional de Medicina y Ciencias Forenses, publicados en Gaceta Oficial N° 5.940 Extraordinario del 07-12-2009 y N° 6.079 Extraordinario del 15-06-2012, respectivamente.
- ¹³ Véase al respecto el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma de la Ley del Estatuto de la Función Policial, publicado en Gaceta Oficial N° 6.210 Extraordinario del 30-12-2015 y lo dicho en Iván D. Paredes Calderón, “La función policial: un régimen funcional sui generis”, *Revista de Derecho Funcionario*, N° 20-22, CIDEP y FUNEDA, Caracas, 2017, pp. 7-35.
- ¹⁴ Véase la Ley de Servicio Exterior, publicada en Gaceta Oficial N° 38.241 del 02-08-2005. Nótese que si bien esta ley fue derogada por la Ley Orgánica del Servicio Exterior publicada

Sin embargo, y a diferencia de los dos ejemplos traídos a colación, el régimen de personal del INAC no fue dictado a través de una ley formal (como ocurrió con los funcionarios del servicio exterior) o siquiera de un decreto con rango, valor y fuerza de ley (caso de los funcionarios policiales¹⁵), sino mediante una providencia administrativa que constituye a todas luces un acto de rango sublegal¹⁶ y –por ende– no podría abarcar materias de reserva legal, como sería el régimen funcional.

No obstante lo anterior, y a pesar de que lo narrado viciaría al régimen comentado de nulidad, no deja de ser cierto que el numeral 9 del artículo 12 de la LINAC previó como facultad del Consejo Directivo de dicho instituto el “[d]ictar el régimen del personal del Instituto, de conformidad con la ley”; lo que podría dar cabida al argumento de que el legislador *deslegalizó* la materia en pro de la colaboración reglamentaria en virtud de la autonomía organizativa que le concede al ente el artículo 9 de la Ley de Aeronáutica Civil y, entonces, no habría vicio alguno. ¿Es ello posible?

Pues de acuerdo con la SC/TSJ –y sin que esta sea la ocasión para profundizar al respecto– la respuesta es afirmativa.

Así lo ha sostenido la Sala en diversas causas sobre estatutos de personal dictados mediante actos de rango sublegal cuando “reconoce la existencia de una potestad reglamentaria, atribuida directamente por la Constitución, a los órganos con autonomía funcional, para dictar sus propios reglamentos en materia de previsión y seguridad social, sin que ello implique violación a la reserva legal”, visto que “la Constitución de 1999, en su artículo 147 no sometió expresamente a estos órganos a la ley nacional” y que “la posibilidad de establecer estas normativas especiales deviene de la imposibilidad de una

en Gaceta Oficial N° 40.217 del 30-07-2013, de acuerdo con la disposición derogatoria primera de esta última, “[h]asta tanto se dicte la Ley Especial del Estatuto del Personal del Servicio Exterior, quedan vigentes todos los artículos referidos a las competencias, funciones, jerarquía, ingreso, permanencia, capacitación, evaluación y régimen sancionatorio de los funcionarios y funcionarias del servicio exterior”. Consúltese adicionalmente sobre este supuesto Jorge C. Kiriakidis Longhi, “Notas sobre el régimen de función pública en el servicio exterior”, *Revista de Derecho Funcionario*, N° 1, FUNEDA, Caracas, 2010, pp. 21-52.

¹⁵ Si bien la diferencia entre unos y otros rebasa el objeto de esta colaboración, recomendamos la consulta de Antonio Moles Caubet, “El principio de legalidad y sus implicaciones”, *Estudios de Derecho Público*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1997, pp. 277-348 y, más recientemente, José Gregorio Silva Bocaney, “El debido proceso en el derecho sancionatorio”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, N° 7, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2016, pp. 797-798.

¹⁶ Al respecto basta citar el artículo 14 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, publicada en Gaceta Oficial N° 2.818 Extraordinario del 01-07-1981, según el cual “[l]os actos administrativos tienen la siguiente jerarquía: decretos, resoluciones, órdenes, providencias y otras decisiones dictadas por órganos y autoridades administrativas”.

norma constitucional de abarcar expresamente todos los supuestos sometidos a su ámbito de aplicación, debido a su vocación intemporal, general y condicionante del resto de la retícula normativa de un determinado sistema jurídico”¹⁷.

Lo anterior, a pesar de que el último aparte del artículo 147 de la CRBV citado por la Sala, cuando se refiere al régimen de jubilaciones y pensiones, únicamente alude a “los funcionarios públicos (...) nacionales, estatales y municipales” sin hacer distinciones entre la Administración central y descentralizada ni la división del Poder Público para determinar cuál sería la ley aplicable, por lo que –consideramos– encontraría aplicación la máxima de que donde no distinguió el legislador (en este caso, el Constituyente) tampoco ha de hacerlo el intérprete (ni siquiera si se trata de la SC/TSJ como “poder constituyente secundario”¹⁸).

En todo caso, en abstracción de esta observación, la SC/TSJ no duda en apuntar que “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 dentro de los parámetros y límites que determine la ley”, por lo que “es posible afirmar que no es necesario que los estatutos de personal estén contenidos en leyes, siempre que sea clara la voluntad del legislador de delegar ese poder o facultad para establecerlos”; y concluye –en consecuencia– que “[e]n principio, sólo la ley puede contener normas sobre los funcionarios públicos, pero el legislador puede encomendar a la Administración (Ejecutivo u órganos desconcentrados y entes descentralizados) la competencia para dictar el estatuto de personal, sin que puedan incluirse en esa delegación aspectos que escapen de la deslegalización, tales como los de contenido sancionatorio y los demás que se han dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”¹⁹.

Si ello es así, ¿dónde queda la reserva legal en general y en materia funcional en particular? La respuesta la da la propia SC/TSJ al asentar que:

(...) la reserva legal desconoce en nuestro país la inflexibilidad característica de otros tiempos y que persiste en algunos ordenamientos, con lo que se revela la importancia de la delegación, la cual, a su vez, puede revestir variadas formas, dependiendo de la voluntad constitucional: desde las habilitaciones para dictar

¹⁷ Fallo N° 165 del 02-03-2005 (caso: Julián Isaías Rodríguez Díaz), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/165-020305-05-0243.htm>

¹⁸ Véase al respecto Claudia Nikken, *Consideraciones sobre las fuentes del Derecho Constitucional y la interpretación de la Constitución*, CIDEP y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2018.

¹⁹ Fallo N° 253 del 09-03-2012 (caso: Contraloría del Estado Miranda), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/marzo/253-9312-2012-11-0732.html> El criterio se repite en el fallo N° 1412 del 10-07-2007 (caso: Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1412-100707-04-2469.htm>

actos de rango legal, con lo que el delegado se convierte en un auténtico legislador (caso de los decretos legislativos); o la habilitación desde la propia norma legal, para desarrollar materias reservadas a la ley por medio de actos de inferior jerarquía, siempre que se sujete a determinados parámetros (...).

De este modo, como lo indicó la Sala en la Sent. N° 1613/2004, la reserva de ley implica una intensidad normativa mínima sobre la materia que es indisponible para el propio legislador, pero al mismo tiempo permite que se recurra a normas de rango inferior para colaborar en la producción normativa más allá de ese contenido obligado. El significado esencial de la reserva legal es, entonces, obligar al legislador a disciplinar las concretas materias que la Constitución le ha reservado; sin embargo, dicha reserva no excluye la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas sublegales, siempre que tales remisiones no hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley²⁰.

El criterio traído a colación llama a la reflexión y fácilmente podría dar pie a deliberaciones sobre el verdadero sentido y alcance de la reserva legal, que parece ser desechado por la Sala. Sin embargo, no siendo ese el objeto de esta colaboración, nos limitaremos a destacar que de acuerdo con los razonamientos de la Sala sería entonces perfectamente conforme con derecho que el INAC haya procedido a dictar mediante Providencia Administrativa N° CD-CJU-013-09²¹ el régimen especial del personal que detallaremos a continuación y que –en teoría– constituiría una excepción a lo previsto en la LEFP en cuanto al ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, seguridad social, sueldo salarios y otras remuneraciones de sus trabajadores, así como las funciones y requisitos que deben cumplir para el ejercicio de sus cargos conforme a la organización del Instituto. Todo ello, insistimos, por vía sublegal.

1. La Providencia Administrativa N° CD-CJU-013-09

En fecha 10-02-2009 el Consejo Directivo del INAC dictó la Providencia Administrativa N° CD-CJU-013-09 sobre el “Régimen Especial del Personal del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC)” (en lo sucesivo, REPINAC), que vino a reformar la N° CD-CJU-108-08 del 10-09-2008 con el mismo nombre²².

²⁰ Fallo N° 1415 del 10-07-2007 (caso: Banco Central de Venezuela), en <http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/julio/1415-100707-07-0196.htm>

²¹ Publicada en Gaceta Oficial N° 39.206 del 23-06-2009.

²² Nótese que esta última providencia se publicó en dos oportunidades en la Gaceta Oficial (N° 39.070 del 01-12-2008 y N° 39.101 del 19-01-2009) sin anunciarse que el segundo caso se trataba de una reimpresión.

Este acto invocó como fundamento de derecho el artículo 3 y los numerales 3 y 9 del artículo 11 (*rectius* 12) de la LINAC²³ y el numeral 9 del artículo 6 del Reglamento Interno del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil²⁴, mientras que como fundamento de hecho adujo que el ministerio con competencia en materia de planificación aprobó la modificación de la estructura organizativa del INAC y, por ende, era “necesario reformar parcialmente el régimen Especial del personal del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil (INAC), a los nuevos lineamientos que rigen la organización y funcionamiento de esta Institución”.

En cuanto a su sistematización, el REPINAC posee 142 artículos divididos en nueve títulos. A saber: (i) Disposiciones generales, (ii) De los funcionarios, (iii) Del sistema de recursos humanos, (iv) De las situaciones administrativas, (v) De los derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades y responsabilidades del personal del INAC, (vi) Del retiro y reingreso, (vii) Del régimen disciplinario, procedimiento disciplinario de destitución, medidas cautelares administrativas y del contencioso administrativo funcional, (viii) Disposiciones transitorias, y (ix) Disposiciones finales.

De seguida pasaremos a efectuar algunos comentarios al respecto y compararemos lo previsto en esta providencia con la LEFP cuando corresponda, no sin antes precisar que de acuerdo con el artículo 1 del REPINAC, el régimen tiene por objeto “regular la relación de empleo público entre el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil y el personal que presta servicios en éste, lo que comprende el ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, seguridad social, sueldos, salarios y otras remuneraciones, así como las funciones y requisitos que deben cumplir para el ejercicio de sus cargos conforme a su organización”. Es decir, una reiteración de lo previsto en el artículo 3 de la LINAC, ya citado, teniendo la LEFP en consecuencia un rol supletorio (art. 7 y 140 REPINAC).

Asimismo, por lo que respecta a su ámbito de aplicación, el régimen regirá a los “funcionarios de carrera aeronáutica, personal técnico aeronáutico, inspectores aeronáuticos en sus diferentes denominaciones, así como otras categorías que ejerzan funciones relacionadas con la aeronáutica, y los de libre nombramiento y remoción” (art. 3 *ejusdem*), con exclusión, de acuerdo con el artículo 4, de (i) el Presidente y miembros principales y

²³ De ellos únicamente faltaría por citar en esta colaboración el numeral 3, que prevé como facultad del Consejo Directivo “[d]ictar el Reglamento Interno del Instituto y las normas necesarias para su funcionamiento”.

²⁴ Publicado en Gaceta Oficial N° 39.117 del 10-02-2009. El numeral indica que corresponde al Consejo Directivo “[d]ictar el Régimen de Personal del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil de conformidad con la Ley”.

suplentes del Consejo Directivo del INAC²⁵, (ii) el auditor interno en lo que se refiere a su designación y remoción²⁶, (iii) los obreros y personal contratado que se registrá por sus contratos y la legislación laboral y (iv) “[c]ualquier otra categoría de funcionario que ocupe cargo que se encuentre regulado por normativas especiales”.

2. Los funcionarios

De acuerdo con el artículo 5 del REPINAC, “[l]os funcionarios que prestan servicios al Instituto Nacional de Aeronáutica Civil son de carrera aeronáutica o de libre nombramiento y remoción”, entendiéndose por los primeros “quienes habiendo ganado el concurso público y superado el período de prueba, sean designados de manera definitiva para desempeñar funciones con carácter remunerado y permanente en el Instituto, ocupando los cargos de carrera aeronáutica que integran la estructura organizativa del Instituto” y, por los segundos, “aquéllos que ocupan cargos de alto nivel o de confianza dentro de la estructura organizativa del Instituto, los cuales serán nombrados y removidos libremente de sus cargos por el Presidente del Instituto, sin otras limitaciones que las establecidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública”. Disposición que en nada diferiría a lo dicho en el artículo

²⁵ La norma indica que ello es “conforme a lo dispuesto en el Artículo 9 de la Ley del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil” cuyo único aparte señala que “[l]a condición de miembro del Consejo no otorga el carácter de funcionario del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil”.

²⁶ En esta oportunidad, el régimen invoca el artículo 27 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal –publicada al momento en que se dictó el REPINAC en la Gaceta Oficial N° 37.347 del 17-12-2001 y hoy en la N° 6.013 Extraordinario del 23-12-2010. De acuerdo con este artículo, “[t]odos los titulares de los órganos de control fiscal de los entes y organismos señalados en el Artículo 9, numerales 1 al 11 de esta ley serán designados mediante concurso público, con excepción del Contralor General de la República. // Los titulares así designados no podrán ser removidos, ni destituidos del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto se le remitirá la información que éste requiera”– y el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público –en Gaceta Oficial N° 5.891 Extraordinario del 31-07-2008 cuando se dictó el régimen y hoy en la N° 6.210 Extraordinario del 30-12-2015– según el cual “[l]os titulares de los órganos de auditoría interna serán seleccionados mediante concurso, organizado y celebrado de conformidad con lo previsto en Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, con participación de un representante de la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna en el jurado calificador. // Una vez concluido el período para el cual fueron seleccionados, los titulares podrán participar en la selección para un nuevo período”. Nótese que la versión vigente de esta última ley, además de cambiar la numeración del artículo al 142, agrega un aparte según el cual “[l]a convocatoria al concurso será efectuada por la máxima autoridad jerárquica del órgano o ente, teniendo como lapso máximo seis (6) meses contados a partir de la falta absoluta del titular o de la designación del encargado o interino”.

19 de la LEFP que, con una redacción si se quiere más sencilla, prevé y define ambos tipos de funcionarios.

Donde sí *innova* el REPINAC es al precisar quiénes pueden ser catalogados como personal de alto nivel o de confianza del INAC, cuando incorpora en el primer grupo al vicepresidente, consultor jurídico, consultor jurídico adjunto, gerentes generales, gerentes de línea, auditor interno, registrador aeronáutico, gerentes generales de oficina, directores y coordinadores de áreas y, en el segundo, un extenso listado que incluye el “personal profesional y técnico que desempeña los cargos de Adjuntos al Despacho del Presidente” y aquellos “cuyas funciones sea de vigilancia de la seguridad operacional y aérea, por cuanto constituyen actividad de seguridad de Estado y garantizan el cumplimiento de los objetivos de la Institución²⁷.”

Al respecto, somos de la opinión que ello por sí solo no justificaría la necesidad de un régimen especial para estos funcionarios pues, si recordamos, el artículo 21 de la LEFP señala en su parte *in fine* que “se considerarán cargos de confianza aquéllos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad del estado [sic], de fiscalización e inspección (...)”. Supuesto que bien podría abarcar el personal enlistado por el INAC en el entendido que la LEFP sirve de parámetro general y correspondería a los reglamentos internos de cada institución proceder a precisar el rol de cada funcionario. De lo contrario, todos los órganos y entes del Estado habrían de contar con estatutos especiales, lo que escapa a toda lógica.

Y esta innecesariedad también la observamos en el artículo 8 del régimen cuando incorpora diferentes disposiciones sobre el personal contratado que no hacen sino repetir –como veremos ocurre con frecuencia– normas ya previstas en la LEFP.

Así, el REPINAC precisa que el INAC “sólo podrá contratar en aquellos casos en que se requiera personal calificado para realizar tareas o productos específicos y por tiempo determinado” y “[s]e prohíbe la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos de carrera aeronáutica o de libre nombramiento y remoción (normas previstas en el art. 37 LEFP), que “[e]l régimen aplicable al personal contratado será aquél

²⁷ A título enunciativo el artículo incluye a los controladores de tránsito aéreo; técnicos de radiocomunicaciones aeronáutica y en información aeronáutica; operadores de telecomunicaciones aeronáuticas; bomberos aeronáuticos; inspectores aeronáuticos, operacionales, de operaciones, de aeronavegabilidad, de certificación de centros de instrucción, de los servicios de navegación aérea, de certificación de los servicios a la navegación aérea, de ayuda a la navegación aérea, de infraestructura de aeropuertos y aeródromo, de operaciones de aeropuertos y aeródromos, y de seguridad; e ingenieros especialistas en el área aeronáutica.

previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral” (art. 38 *ejusdem*) y que “[e]n ningún caso el contrato constituirá una vía de ingreso a la carrera aeronáutica” (art. 39 *ejusdem*).

3. El sistema de recursos humanos

El REPINAC define el sistema de recursos humanos como “el conjunto de normas y políticas definidas por el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, orientadas a planificar, dirigir, coordinar y controlar los procesos contenidos en los subsistemas de dotación de personal, clasificación y valoración de cargos, remuneración, capacitación, desarrollo de la carrera aeronáutica, bienestar social, así como higiene, seguridad y salud ocupacional, bajo los principios de equidad y justicia” (art. 9), correspondiéndole a la Oficina de Recursos Humanos tal labor (art. 10) de acuerdo con el Plan de Recursos Humanos de la institución (art. 12 a 14).

Nuevamente, disposiciones que no hacen sino reiterar otras que pueden encontrarse en la LEFP que regula extensamente la actividad de estas oficinas y el contenido de estos planes, siendo lo único novedoso –si se quiere– el artículo 11 del régimen conforme con el cual “[l]os funcionarios que ejerzan cargos gerenciales y de supervisión serán responsables de la ejecución de las políticas, normas y procedimientos establecidos en este Estatuto y demás normas aplicables, atendiendo a los principios de economía, celeridad, simplicidad administrativa, eficacia, objetividad, imparcialidad, honestidad, transparencia, buena fe y confianza, dentro de parámetros de racionalidad técnica y jurídica”²⁸.

En todo caso, este sistema está conformado por los siguientes elementos (o subsistemas, como los identifica el régimen estudiado):

3.1. El ingreso de los funcionarios

Al igual que como ocurre con el régimen de los funcionarios públicos en general (art. 17 LEFP), el REPINAC enlista en su artículo 18 como requisitos para acceder a esta función el (i) ser venezolano, (ii) tener título de educación media diversificada, (iii) no estar inhabilitado para ejercer la función pública, (iv) reunir los requisitos del cargo, (v) presentar declaración jurada de bienes, (vi) ser seleccionado mediante concurso público y (vii) no gozar de jubilación o pensión otorgada por un organismo del Estado, salvo para ejercer cargos de alto nivel. A estos requisitos comunes a ambos textos el REPINAC agrega un

²⁸ Nótese que estos principios ya estaban previstos en el artículo 141 de la CRBV y a lo largo del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública (hoy publicado en Gaceta Oficial N° 6.147 Extraordinario del 17-11-2014, encontrándose vigente al momento de la providencia el publicado en la N° 5.890 del 31-07-2008), por lo que la novedad tampoco es tal.

octavo requisito –el no haber sido objeto de sanción administrativa– y suprime el “ser mayor de dieciocho años de edad” que sí encontramos en la LEFP aunque, visto el resto de los requerimientos que resultan concurrentes, poca incidencia práctica tendría la omisión comentada.

Asimismo, al contrario de la LEFP que parte de la selección de funcionarios, el REPINAC incorpora una etapa previa que denomina “*reclutamiento*” y define como “el conjunto de procedimientos orientados a captar candidatos que posean requisitos mínimos para ocupar determinado cargo de carrera aeronáutica dentro del Instituto” (art. 16).

Esta fase dará pie a la *selección* en la que, a través de un proceso de comparación y decisión entre las especificaciones del cargo y los perfiles de los aspirantes –o aptitudes, actitudes y competencias, en los términos del artículo 40 de la LEFP– se elige el aspirante idóneo entre varios oferentes (art. 17)²⁹.

Esta selección, como adelantábamos algunos párrafos más arriba, habrá de hacerse por concursos públicos o internos cuando verse sobre cargos de carrera y sus bases serán dictadas por el Presidente del INAC en atención al caso concreto, previéndose en el REPINAC mayor detalle que en la LEFP cuando se precisa –por ejemplo– que la convocatoria debe publicarse al menos cinco días hábiles antes de la apertura del lapso para la recepción de credenciales en el diario de mayor circulación nacional y la información que debe contener tal aviso (art. 20).

Una vez seleccionado el funcionario –sea de carrera o de libre nombramiento–, el Presidente del INAC procedería mediante providencia a efectuar el *nombramiento* respectivo (art. 21) y, de seguida, iniciaría un período de prueba que no puede superar los tres meses y condiciona el ingreso definitivo del aspirante al cargo según los resultados de su evaluación (art. 22 REPINAC y 43 LEFP). Al igual que en el caso del llamado al concurso, el régimen brinda mayor precisión sobre cómo debe darse esta evaluación indicándose que ella corresponde al supervisor inmediato con base en el

²⁹ Sobre esta selección de personal téngase presente, a su vez, la disposición final segunda de la LINAC según la cual “[p]ara la selección del personal que prestará servicios en el Instituto Nacional de Aeronáutica Civil se considerará que: 1. El Instituto Nacional de Aeronáutica Civil no debe asumir pasivos laborales de otros entes u órganos de la administración pública. 2. Para el ingreso se exigirán los requisitos mínimos establecidos para la función a cumplir dentro del Instituto. 3. Hasta terminar el proceso de selección, se procederá a ocupar las plazas con personal contratado o en comisión de servicio, considerando que este empleo temporal no consagra derecho alguno de preferencia de ingreso al Instituto. 4. El Instituto Nacional de Aeronáutica Civil, antes de iniciar la selección de personal, establecerá los beneficios laborales para todo su personal, el cual será informado a los interesados en ingresar y se aplicará sin discriminación alguna”.

Manual de Normas y Procedimientos del INAC y los lapsos para notificar al aspirante sobre sus resultados (art. 23 y 24).

Como novedad, el REPINAC prevé el supuesto de pasantías que no se encuentra regulado en la LEFP y, sobre él, destaca que “[e]l contrato de pasantías o capacitación profesional no constituye ingreso a la carrera aeronáutica”, por lo que una vez concluida esta el pasante, para continuar en el INAC, habría de presentarse al concurso respectivo sin que el tiempo de pasantía sea computable a fines de antigüedad (art. 25).

Finalmente, el régimen destaca que los nombramientos de funcionarios que hubieren ingresados al Instituto sin haber cumplido con los requisitos de ingreso establecido “[s]erán nulos y no generarán ningún derecho”, como también lo sostiene la LEFP aunque esta última se refiere únicamente a los funcionarios de carrera (art. 26 y 40, respectivamente).

Como hemos visto, nada de lo hasta aquí dicho ejemplifica por qué nos encontramos ante un tipo de funcionario cuyas particularidades impiden que su ingreso a la carrera administrativa se dé conforme con la LEFP; motivo por el cual tampoco es de extrañar que el REPINAC no prevea un régimen especial para ese ingreso, sino un mero parafraseo del estatuto ordinario.

3.2. La clasificación y la valoración de cargos

La regulación de los cargos –entendidos como “la unidad básica que expresa la división del trabajo en cada unidad organizativa” que comprende “las atribuciones, actividades, funciones, responsabilidades y obligaciones específicas con una interrelación tal, que puedan ser cumplidas por una persona en una jornada ordinaria de trabajo” (art. 46 LEFP)– no dista mucho entre el REPINAC y la ley en la materia, ya que las variaciones son más de forma que de fondo.

Así, por ejemplo, en vez de hablarse de clases o series de cargos cuando se agrupan varios (art. 47 y 48 LEFP), el REPINAC habla de áreas (art. 29), haciéndose depender todo ello –a fin de cuentas– del Manual Descriptivo de Cargos del Instituto que fijará los contenidos y exigencias de estos y las competencias genéricas y técnicas que deben poseer los funcionarios para su correcta ejecución y cuyo contenido se especifica en el artículo 30 como copia del 49 de la LEFP³⁰.

Por último el régimen se refiere a la valoración como el proceso para “establecer el valor cualitativo y cuantitativo de cada uno de los mismos,

³⁰ Nos referimos, con variaciones en la redacción, a la denominación del cargo y grado que corresponda, descripción de las funciones inherentes al cargo, indicación de los requisitos exigidos para desempeñarlo y cualesquiera otros que determinen las normas internas dictadas al efecto por la Oficina de Recursos Humanos.

resguardando el principio de equidad dentro del Instituto” cuyas pautas “están contenidas en el Manual Descriptivo de Cargos del Instituto” (art. 31 y 32), lo que constituiría otro supuesto ajeno a la LEFP pero que difícilmente justificaría la necesidad de un régimen especial de personal.

3.3. Las remuneraciones y la capacitación de personal

Quizás uno de los aspectos de la función pública donde encontramos mayores cambios entre lo dispuesto en la LEFP y el REPINAC es el referido a las remuneraciones. Pero estas variaciones no parecen responder a cambios de fondo ya que, al revisar lo que prevén ambas disposiciones, comparten principios que impiden arribar a conclusiones diferentes. Cuestión que resulta lógica si recordamos que uno de los principios básicos de la Administración Pública –independientemente de la materia en la que nos encontremos– es el de legalidad presupuestaria (art. 147 CRBV³¹), con las implicaciones que de ello derivan.

Así, el REPINAC establece que las remuneraciones responderán a una “estructura de sueldos dividida por niveles, grados y pasos, la cual será diseñada por la Oficina de Recursos Humanos y estará sujeta a la aprobación del Presidente del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil” y habrá de ser “justa y equitativa y (...) con fundamento en la valoración de cada cargo, las políticas que en materia de sueldos y salarios fije el Ejecutivo Nacional, la disponibilidad presupuestaria y el mercado de trabajo” (art. 34 y 35), incluyéndose dentro de estas remuneraciones “los sueldos, compensaciones, asignaciones y cualesquiera otras prestaciones pecuniarias o de otra índole que reciban los funcionarios del Instituto por sus servicios, así como todos los beneficios contemplados en la normativa vigente y aplicables en la Institución” (art. 33, que reitera lo previsto en el art. 54 LEFP con la excepción que este último incluye de forma expresa a los viáticos).

En tanto, por lo que respecta a la capacitación del personal, la redacción del REPINAC también se separa de la LEFP si bien la idea de este último permanece: la Administración (en este caso, el INAC) debe formar técnica y profesionalmente a sus funcionarios para la mejor prestación de sus servicios y el avance en la carrera administrativa (art. 63 de la ley y 36 del régimen).

Esta capacitación –continúa el REPINAC– es un proceso “proceso continuo y sistemático (...) que se planificará y programará anualmente” (art. 48) en el que, para poder participar, los funcionarios deben superar el período de prueba –o contar con al menos seis meses de antigüedad en el Instituto si

³¹ Indica el encabezado del artículo que “[p]ara la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente”, a lo que se agregan los artículos 311 y siguientes *eiusdem* sobre el régimen presupuestario del Estado.

ejercen labores en el exterior– y ser postulados por su supervisor con la aprobación del superior jerárquico; siendo el caso que si la capacitación ocurre fuera del territorio nacional, el funcionario a su regreso deberá permanecer en el INAC por lo menos el doble del tiempo que ella duró (art. 49).

Nuevamente, disposiciones que si bien no tienen equivalente en la LEFP, bien podrían haberse previsto en los manuales internos de la Institución sin que fuese necesario acudir a la excepción prevista en el artículo 2 de esta ley.

3.4. Las evaluaciones de desempeño y los ascensos

Las evaluaciones de desempeño –es decir, el “proceso que permite apreciar de manera sistemática, periódica y objetiva el desempeño de los funcionarios del Instituto en un cargo y en un período determinado” (art. 39 REPINAC)– son otro tema en el que el régimen especial presente amplias semejanzas con la LEFP. Entre ellas podemos destacar que las evaluaciones habrán de ocurrir al menos dos veces al año (art. 40 REPINAC y 58 LEFP), tienen por objetivo mejorar la planificación en materia de personal (art. 42 REPINAC y 57 y 61 LEFP), sus resultados deben notificarse al funcionario evaluado que podrá solicitar su reconsideración en los cinco días hábiles siguientes (art. 43 REPINAC y 62 LEFP)³², y que las normas específicas en la materia se dictarán en acto separado (art. 47 REPINAC y 59 LEFP).

La diferencia entre ambos estatutos lo encontramos en que el del INAC agrega como una obligación de la Oficina de Recursos Humanos el llevar un registro automatizado y actualizado sobre “las especialidades y potencialidades de todos y cada uno de los funcionarios” (art. 46). Sobre ello, resulta oportuno recordar que la LEFP prevé el llamado “Registro Nacional de Funcionarios y Funcionarias Públicos al Servicio de la Administración Pública Nacional”, por lo que la disposición tampoco sería algo novedoso o que hiciese imperativo la existencia de un régimen especial.

Consideraciones similares podemos hacer en materia de los ascensos ya que, si bien la LEFP solo dedica un artículo a esta materia –el 45, en el que precisa que “[e]l ascenso se hará con base en el sistema de méritos que contemple la trayectoria y conocimientos del funcionario o funcionaria público. Los reglamentos de la presente Ley desarrollarán las normas relativas a los ascensos”–, esa alusión a los reglamentos deja entrever que la amplitud con la que el REPINAC desarrolla el tema respondería más a un acto reglamentario –si se quiere, incluso asimilable al reglamento ejecutivo en el

³² Nótese que el REPINAC precisa que, de solicitarse tal reconsideración, la Oficina de Recursos Humanos habrá de conformar un “comité de calificación de servicios ad-hoc” integrado por el Jefe de la Oficina de Recursos Humanos, un representante de la Consultoría Jurídica y el supervisor inmediato del funcionario recurrente, previéndose a su vez las atribuciones de este comité que podrá ratificar, modificar o revisar el resultado de la evaluación (art. 44 y 45).

sentido que brinda mayor precisión sobre la norma legal sin alterar su espíritu, propósito y razón³³– que a un ordenamiento paralelo y especial, que es lo que se pretende con la providencia a la que dedicamos esta colaboración.

La afirmación anterior encuentra sustento adicional en el hecho que, al leer las previsiones del régimen sobre los ascensos, nada en ellas hace pensar en la necesidad de una regulación especial pues bien podrían servir a cualquier tipo de funcionario al decir –por ejemplo– que “[p]or ascenso se entiende la promoción del funcionario a un cargo de mayor rango, complejidad, responsabilidad y remuneración con fundamento en el desempeño, la estimación potencial y los méritos del funcionario” (art. 52) o que “[d]urante el proceso de selección de personal, la máxima autoridad de la unidad administrativa correspondiente, dará prioridad al personal activo interno del Instituto para el ascenso y la ocupación de los cargos vacantes dentro del mismo” (art. 53), así como los requisitos para el ascenso³⁴.

3.5. El bienestar social, el registro y la salud ocupacional

Los últimos tres subsistemas que conforman el sistema de recursos humanos del INAC se refieren al bienestar social, el registro y control, y la higiene, seguridad y salud ocupacional.

Ninguno de estos subsistemas tiene equivalente directo en la LEFP, pero tampoco consideramos que sirven de justificativo para dictar el régimen especial de personal dada su naturaleza meramente accesoria o complementaria al referirse el primero a la mejora de la calidad de vida del personal mediante actividades socioeconómicas y culturales (art. 55 y 56 REPINAC), el segundo al archivo de expedientes sobre los funcionarios y los movimientos de personal en general (art. 57 a 60) y el tercero a las condiciones del medio ambiente de trabajo y la prevención y control de riesgos ocupacionales (art. 61 a 65)³⁵.

3.6. El retiro y el reingreso

El retiro y el ingreso no se configuran en el régimen como una parte integrante del sistema de recursos humanos del INAC, aunque no queda

³³ Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria véase en general José Antonio Muci Borjas, *Potestad reglamentaria y reglamento*, Editorial Jurídica Venezolana y ACIENPOL, Caracas, 2017.

³⁴ Entre otros, el artículo 54 incluye que hayan transcurrido al menos tres años desde el ingreso o desde el último ascenso del funcionario y que este último haya obtenido resultados satisfactorios en sus dos últimas evaluaciones de desempeño y no haya sido objeto de sanciones administrativas o disciplinarias durante los dos últimos años.

³⁵ Sobre esto último téngase presente –a su vez– el contenido de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, publicada en Gaceta Oficial N° 38.236 del 26-07-2005.

duda que guardan estrecha relación con el mismo al versar sobre la extinción o reanudación de la relación de empleo público.

Así, sobre el primero interesa dejar constancia que el REPINAC repite en su artículo 132 los supuestos del 78 de la LEFP, agrega la muerte del funcionario, la pérdida de los requisitos y condiciones exigidos para el ingreso o a la libre remoción –de ser esta última procedente– y suprime la reducción de personal, aunque ella se incorporó luego en los artículos referidos a la disponibilidad, como se verá más adelante.

De igual modo destaca que, aun cuando la ley señala en ese mismo artículo que no podrán ser provistos durante el resto del ejercicio fiscal aquellos cargos que queden vacantes por reducciones, el REPINAC amplía esta disposición a todos los supuestos de retiro, lo cual podría considerarse un error de técnica legislativa –si cabe este último término– ya que el cargo todavía existiría (al contrario de lo que ocurre en la reducción) y, por ende, habría de nombrarse un funcionario que asuma las competencias respectivas.

Finalmente, el REPINAC dedica par de artículos a la renuncia del funcionario –al precisar ante quién debe presentarse, con cuántos días de anticipación y cuál es el plazo para notificar su aceptación (quince días continuos en ambos casos), según el artículo 133– y que, en materia de reingreso, este podrá solicitarse transcurridos seis meses desde la renuncia o dos años desde la destitución, no estableciéndose un momento en particular para las otras formas de egreso (art. 134 y 135).

4. Las situaciones administrativas

Las situaciones administrativas son definidas en el foro como “la posición en que se encuentra el funcionario frente a la Administración en cada momento de su servicio, aun cuando el funcionario, incluso activo, no se encuentre prestando efectivamente sus servicios a la Administración –bien sea en sentido general o a la Administración que corresponde o de adscripción en sentido particular–”³⁶. Estas situaciones son las siguientes según el REPINAC:

4.1. El servicio activo

La primera situación que encontramos en el REPINAC es el servicio activo que comprende –según el artículo 66– “al funcionario del Instituto que ejerza el cargo para el cual ha sido nombrado o se encuentre en comisión de servicio, traslado, suspensión con goce de sueldo, permiso, licencia o en período de disponibilidad” y, por ende, “disfrutará de todos los derechos y

³⁶ José Gregorio Silva Bocaney, *Las situaciones administrativas en la función pública*, CIDEP y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2017, p. 27. La obra resulta de utilidad para la comprensión de los diferentes supuestos desarrollados en este acápite.

tendrá los deberes y responsabilidades inherentes a su condición”. Disposición que como tantas otras de este régimen vendría a repetir lo dicho en la LEFP (específicamente, el art. 70 que únicamente excluiría el supuesto del “periodo de disponibilidad”).

Adicionalmente, en el capítulo del servicio activo el REPINAC precisa que “[l]os funcionarios de carrera aeronáutica que hayan sido designados para desempeñar un cargo de libre nombramiento y remoción dentro del Instituto o elegidos para cargos de representación popular, no pierden la condición de funcionarios de carrera aeronáutica” y “[l]os cargos de carrera aeronáutica, cuyos titulares sean designados en cargos de libre nombramiento y remoción en el Instituto, adoptan la condición de vacantes mientras dure tal designación” (art. 67 y 68), lo que podría considerarse el equivalente del artículo 44 y 76 de la LEFP según los cuales, “[u]na vez adquirida la condición jurídica de funcionario o funcionaria público de carrera, ésta no se extinguirá sino en el único caso en que el funcionario o funcionaria público sea destituido” y “[e]l funcionario o funcionaria público de carrera que sea nombrado para ocupar un cargo de alto nivel, tendrá el derecho a su reincorporación en un cargo de carrera del mismo nivel al que tenía en el momento de separarse del mismo, si el cargo estuviere vacante”, respectivamente.

4.2. Los traslados

Al regular el REPINAC los traslados, él indica que “[l]os funcionarios de carrera aeronáutica y los de confianza, podrán ser trasladados por razones de servicio debidamente justificadas a otra unidad administrativa del Instituto, para ejercer funciones de igual cargo, nivel y remuneración” (art. 69), reiterando así lo previsto en el artículo 73 de la LEFP que únicamente omite la mención a los funcionarios de confianza.

Si estos traslados son en otra localidad –es decir, es necesario el cambio de domicilio del funcionario– se requerirá el beneplácito de este último (art. 70 REPINAC y 73 LEFP) y habrá de mediar alguna de las razones enumeradas en el artículo 71 del régimen³⁷.

Como novedad, el REPINAC incorpora que los funcionarios podrán solicitar su traslado si han prestado servicios por al menos tres años en una misma localidad –en cuyo caso el INAC no correrá con los gastos que ello

³⁷ El artículo incluye: “1. Necesidad de cubrir una vacante que comprometa el funcionamiento del Instituto en determinada localidad. 2. Experiencia comprobada y condiciones profesionales especiales del funcionario que hagan necesaria la prestación de sus servicios en la localidad. 3. Inexistencia o insuficiencia de personal calificado en determinada área de conocimiento en la localidad respectiva. 4. Creación o traslado de dependencias administrativas”.

genere– y que, previo acuerdo de partes, los funcionarios podrán rotar dentro una misma unidad para mejorar su desarrollo profesional (art. 74 y 75).

Finalmente encontramos en el régimen una serie de artículos que copian disposiciones no ya de la LEFP, sino del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa³⁸ (en lo sucesivo, RGLCA) cuando indica que si es posible escoger entre varios funcionarios se deben considerar sus circunstancias familiares y personales (art. 72 REPINAC y 81 RGLCA) o que si hay cambio de localidad el INAC debe sufragar los gastos que ello genere (art. 73 REPINAC y 82 RGLCA).

4.3. Los permisos

El tercer supuesto que prevé el régimen especial es el de los permisos cuyo desarrollo se asemeja más al RGLCA que a la LEFP, que solo prevé en su artículo 77 que “[l]os funcionarios (...) públicos tendrán derechos a los permisos y licencias previstos en la presente Ley y sus reglamentos”.

En este sentido, el REPINAC parafrasea en su artículo 76 la definición de permiso que ofrece el 49 del RGLCA (“autorización que otorga la Administración Pública Nacional a sus funcionarios para no concurrir a sus labores por causa justificada y por tiempo determinado”) y que estos pueden ser obligatorios o potestativos y remunerados o no remunerados; su duración debe tomarse en cuenta para los cálculos de jubilaciones, prestaciones y vacaciones; deben solicitarse con la debida antelación por escrito y con los documentos que los justifiquen y la respuesta también se notificará de esta forma; el funcionario tiene el deber de justificar su ausencia al reintegrarse al cargo en caso que no haya podido solicitar el permiso de forma oportuna por circunstancias excepcionales, entre otros (art. 77-81 REPINAC y 50-54 RGLCA, respectivamente).

Por la otra cara de la moneda, encontramos variaciones en cuanto a la duración máxima de los permisos –a saber: un año prorrogable por seis meses adicionales en contraposición de los tres años que prevé el reglamento (art. 78 REPINAC)–, quién es competente para concederlo (art. 83 *ejusdem*³⁹), su duración (art. 84⁴⁰), los supuestos que se consideran obligatorios o

³⁸ Publicado en Gaceta Oficial N° 36.630 del 27-01-1999, y aún vigente. Nótese que el contenido de este reglamento resulta de interés para otros de los temas abordados en esta colaboración, ya que suelen haber semejanzas entre él y el régimen especial.

³⁹ A saber: el supervisor de la unidad si es por menos de cinco días, la Oficina de Recursos Humanos entre cinco y treinta días y el Presidente del INAC entre uno y tres meses previa opinión de Consultoría Jurídica.

⁴⁰ A modo de ejemplo, mientras el RGLCA concede cinco días hábiles por el matrimonio del funcionario el REPINAC lo extiende a ocho. Situación similar ocurre con el fallecimiento de ascendientes, descendientes y cónyuge donde los lapsos del régimen también resultan más

potestativos⁴¹ y la previsión de la lactancia materna en virtud del desarrollo legislativo que tuvo el tema⁴².

4.4. La comisión de servicios, la encargaduría y la disponibilidad

La comisión de servicios es definida por el REPINAC como “la situación administrativa de carácter temporal en que se encuentra el funcionario de carrera aeronáutica o de confianza, a quien se le ordena una misión en otra dependencia del Instituto o en cualquier otra de la Administración Pública, o aquella en que se encuentra un funcionario público de otro organismo de la Administración Pública que temporalmente desempeñe un cargo en el Instituto” (art. 89) y su régimen no varía en comparación con la LEFP –al regularse que el cargo debe ser de igual o superior nivel y que si devenga una remuneración mayor, el funcionario tiene derecho a percibirla (art. 90 REPINAC y 71 LEFP), o que la comisión no podrá ser superior a un año (art. 92 REPINAC y 72 LEFP)– y el RGLCA, cuando precisa el contenido de la decisión y que al finalizar la comisión debe realizarse una evaluación del desempeño del funcionario (art. 94 y 95 REPINAC y 75 y 77 RGLCA).

La encargaduría, por su parte, es regulada en el artículo 96 como “la situación administrativa especial en que se encuentra el funcionario de carrera aeronáutica a quien se le ordena suplir las faltas temporales del titular de un cargo de alto nivel del Instituto” –como podrían ser las derivadas de periodos vacacionales, enfermedades, accidentes o permisos similares (art. 97)– a la que resultan aplicables las disposiciones sobre la comisión de servicios (art. 99) y que, si bien no tiene equivalente directo en la LEFP, no resulta exclusiva del REPINAC y su utilidad como supuesto especial ha sido puesta en duda por el foro dada su similitud con la comisión de servicios⁴³.

beneficiosos que en el reglamento (tres en vez de dos días si es la misma localidad, ocho en vez de dos días si es en otra localidad, y quince en vez de siete días si es en el exterior), o el nacimiento de hijos que se ajusta a lo previsto en la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, publicada en Gaceta Oficial N° 38.773 del 20-09-2007.

⁴¹ Como ejemplo, mientras que en el RGLCA la enfermedad y accidentes graves de ascendientes, descendientes o cónyuge da lugar a permisos potestativos, en el REPINAC se consideran obligatorios aunque se reduce su duración de quince y veinte días hábiles si ocurre dentro o fuera del país a diez y quince días hábiles, respectivamente. Igual ocurre con los permisos de estudio que también pasan de potestativos a obligatorios pero, en vez de cinco horas semanales, a razón de una hora diaria no acumulable.

⁴² Al respecto téngase presente la Ley de Promoción y Protección de la Lactancia Materna, publicada en Gaceta Oficial N° 38.763 del 06-09-2007.

⁴³ Téngase como ejemplo el Estatuto de Personal del SENIAT, publicado en Gaceta Oficial N° 38.292 del 13-10-2005 respecto al cual SILVA BOCANEY apunta que “[p]ese a lo bien determinado que establece lo referente a la comisión de servicio, el estatuto contempla también lo referido a la ‘encargaduría’, sin que se consiga diferencia alguna con la comisión de servicios, ni en los supuestos de procedencia ni en sus efectos toda vez que el artículo 91

Finalmente entre las situaciones administrativas hallamos la disponibilidad o, lo que es lo mismo, “la situación (...) en que se encuentran los funcionarios de carrera administrativa afectados por una medida de remoción de un cargo de alto nivel del Instituto y los funcionarios de carrera aeronáutica afectados en su estabilidad por remoción del cargo o destitución, por reducción de personal debida a limitaciones financieras, cambios en la organización administrativa, razones técnicas o supresión de una unidad o dependencia administrativa del Instituto” (art. 100). Disposición esta que se compagina con el último aparte del artículo 78 de la LEFP según el cual, “[l]os funcionarios (...) públicos de carrera que sean objeto de alguna medida de reducción de personal (...) antes de ser retirados podrán ser reubicados. A tal fin, gozarán de un mes de disponibilidad a los efectos de su reubicación. En caso de no ser ésta posible, el funcionario o funcionaria público será retirado e incorporado al registro de elegibles”, y que encuentra desarrollo adicional en los artículos 84 a 89 del RGLCA que de una u otra forma copia el régimen del INAC.

Sobre este último supuesto (la disponibilidad) resulta conveniente hacer una precisión ya que, cuando el REPINAC lo regula, distingue en su artículo 102 entre los funcionarios “de carrera administrativa” y los funcionarios “de carrera aeronáutica” del INAC, sin precisar la diferencia entre unos y otros. Tema que, consideramos, podría ser clave al momento de definir por qué se requeriría un régimen especial para el tipo de personal que motiva estas líneas.

No obstante, al no haber ningún desarrollo de la idea en el régimen e imperar –como se vio– la reiteración de lo previsto en el estatuto legal y reglamentario común, con variaciones que difícilmente puede sostenerse atienden a la particularidad de los funcionarios que prestan servicios al INAC, no podemos sino recalcar lo poco que agrega el REPINAC al regular el ejercicio de la función pública en este Instituto cuyos funcionarios bien podrían regirse por la LEFP... como prácticamente ocurre por ser el régimen especial una reproducción de esta última, aunque sin la seguridad jurídica que ella ofrece como ley formal.

5. Los derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidades y responsabilidades del personal del INAC

Los derechos, deberes, prohibiciones, incompatibilidad y responsabilidades del personal del INAC es otro tema que presenta amplia similitudes con la LEFP y que hacen dudar sobre la necesidad del REPINAC.

del estatuto contempla que lo no regulado en lo referente a la encargaduría se suplirá con las disposiciones referentes a las comisiones de servicio”, tal como ocurre con el régimen que estudiamos. Véase J.G. Silva Bocaney, ob. cit., p. 69.

Así –en cuanto a los derechos– el régimen incluye que los funcionarios en general tienen derecho a (i) ser informados cuando se incorporan al cargo sobre el Instituto y cuáles serán sus responsabilidades (art. 108 REPINAC y 22 LEFP); (ii) gozar de vacaciones y bonos vacacionales (art. 110 REPINAC y 24 LEFP⁴⁴); (iii) recibir las remuneraciones correspondientes a su cargo y bonificaciones por fin de año (art. 118 y 120 REPINAC y 23 y 25 LEFP, respectivamente); y (iv) contar con un sistema de seguridad social y de prestaciones de antigüedad de acuerdo con la ley en la materia (art. 119 y 121 REPINAC y 27 y 28 LEFP, respectivamente).

En cuanto a los funcionarios de carrera aeronáutica, ellos gozarán de estabilidad y derecho al ascenso (art. 106 y 107 REPINAC y 30 y 31 LEFP), pero, a diferencia de lo previsto en el régimen general, “no podrán celebrar contratos colectivos de trabajo ni ejercer el derecho de huelga” (art. 109 REPINAC), en contraposición del artículo 32 de la LEFP según el cual “[l]os funcionarios o funcionarias públicos de carrera (...) tendrán el derecho a (...) la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública”.

Lo indicado *ut supra* nos lleva a realizarnos una pregunta: ¿es este artículo 109 el motivo por el cual se dictó el REPINAC?

Al partir del hecho que es la única disposición que pareciese atender a la naturaleza de los funcionarios –por aquello de los servicios de navegación aérea como servicio público esencial (art. 61 de la Ley de Aeronáutica Civil) y que el INAC y sus funcionarios cumplen funciones de seguridad de Estado–, podría pensarse que la respuesta es afirmativa. No obstante, visto que la LEFP indica en el artículo citado que estos derechos no son absolutos y pueden limitarse en virtud de los servicios que preste el funcionario (idea que también se encuentra presente en la legislación laboral común al regular el supuesto de huelga de los servicios esenciales), la necesidad del REPINAC estaría nuevamente en entredicho.

Y lo mismo podríamos decir en cuanto al artículo 122 del régimen que, al regular lo referido a las jubilaciones y pensiones –limitándose a decir que ellas ocurrirán según la legislación en la materia– precisa que “[l]os Controladores de Tránsito Aéreo se regirán por el Reglamento sobre Régimen de Jubilaciones, según Decreto N° 2.569 de fecha 7 de diciembre de 1988, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.109 de

⁴⁴ La regulación particular sobre el supuesto en el régimen (art. 111 a 117) responde en gran medida a lo previsto en el RGLCA (art. 16 a 25).

fecha 7 de diciembre de 1988”. Es decir, otro supuesto para el que tampoco se requería la providencia en cuestión.

En otro orden de ideas, por lo que respecta a los deberes –previstos en los artículos 124 del REPINAC y 33 de la LEFP– constatamos solo cambios en la redacción o la incorporación de deberes generales⁴⁵ siendo lo más interesante, quizá, que cuando el régimen enuncia el “[c]umplir las órdenes e instrucciones de su superior inmediato” agrega “salvo aquéllas que constituyan infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto constitucional o legal”; supuesto que vendría a relacionarse con lo que el foro denomina la improcedencia de la obediencia debida como eximente de responsabilidad, que encuentra sustento adicional en el artículo 25 de la CRBV⁴⁶.

Esta situación se reitera en materia de prohibiciones con la salvedad que el listado del artículo 125 del REPINAC es considerablemente más amplio que el 34 de la LEFP al incluir once supuestos adicionales a los cuatro que prevé la ley y entre los que se encuentra –por ejemplo– “[p]ermanecer en las dependencias del Instituto después de las horas de labor y/o durante los días feriados, sin la debida autorización de la máxima autoridad de la unidad administrativa correspondiente” o “[s]uministrar informaciones a los medios de comunicación social relacionados con el funcionamiento del Instituto o con asuntos que en esta Institución se ventilen, sin la previa autorización del Presidente del Instituto Nacional de Aeronáutica Civil”.

Finalmente, no encontramos diferencias a considerar en la regulación de incompatibilidades para el ejercicio de otras actividades salvo aquellas que sean docentes o accidentales (art. 126 y 127 REPINAC y 35 y 36 LEFP) ni de la responsabilidad penal, civil, administrativa y disciplinariamente por los delitos, hechos ilícitos, irregularidades administrativas, omisiones y faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones (art. 129 y 130 REPINAC y 79 y 80 LEFP), siendo prudente precisar que “[t]odo lo relacionado con el régimen disciplinario y sus procedimientos, medidas cautelares administrativas y el contencioso administrativo de los funcionarios del Instituto, se regirá por lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública y sus reglamentos” (art. 136 REPINAC).

⁴⁵ Entre ellos: rendir cuentas, abstenerse de recomendar a personas para que obtengan ventajas o beneficios en sus tramitaciones ante el Instituto y cumplir con las normas de seguridad, salud y medio ambiente de trabajo.

⁴⁶ El artículo reza “[t]odo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por esta Constitución y la ley es nulo, y los funcionarios públicos y funcionarias públicas que lo ordenen o ejecuten incurrir en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusa órdenes superiores”.

COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

Mayo – Agosto 2018

Iván D. Paredes Calderón y Mileimi Morales

SUMARIO

I. Funcionarios públicos. 1. Alcance.

II. Derechos de los funcionarios públicos. 1. Remuneración. 2. Derecho a la seguridad social. 3. Otros beneficios laborales. A. Indexación sobre prestaciones sociales. B. Prima por eficiencia. 4. Pago de prestaciones sociales.

III. El sistema de administración de personal. 1. Dirección y gestión del personal en el Poder Judicial.

IV. Las situaciones pasivas de los funcionarios públicos. 1. La jubilación. A. Régimen legal de jubilación. B. Ajuste de la pensión de jubilación. 2. Reducción de personal. A. Causales de retiro por reducción de personal. B. Consecuencias del procedimiento de reducción de personal.

V. Protección a la maternidad y paternidad en la función pública. 1. Contenido y alcance. A. Protección a la paternidad. B. Duración del fuero paternal.

VI. Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos. 1. Régimen de responsabilidad. A. Funcionarios policiales. 2. Destitución. 3. Causales de destitución. A. Falta de probidad.

VII. Procedimiento administrativo disciplinario. 1. Actividad probatoria en materia sancionatoria. 2. Procedimiento administrativo como garantía del derecho a la defensa. 3. La prescripción de la potestad disciplinaria. A. En el estatuto militar.

VIII. El acto administrativo en materia de función pública. 1. Vicios de los actos administrativos. A. Incompetencia. B. Desviación de poder. C. Abuso de poder.

IX. El contencioso administrativo funcional. 1. Competencia judicial. A. Competencia para el conocimiento de las querellas relativas a la nulidad de los actos administrativos dictados por la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia. B. Competencia para el conocimiento de la nulidad de actos administrativos de inhabilitación dictador por la Contraloría General de la República. 2. La querella. 3. La prueba en el contencioso administrativo funcional. A. La prueba documental y los mensajes telemáticos.

I. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. ALCANCE

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

30 de mayo de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000844.

Sentencia Nro.: 2018-0254.

Caso: Oscar Eduardo Mictil Medina vs. Instituto Nacional de Capacitación Educativa Socialista (INCES).

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

En tal sentido, esta Alzada considera pertinente traer a colación el contenido de los artículos 1, 3 y 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, los cuales señalan lo siguiente:

(...omissis...)

De las normas anteriormente transcritas se desprende, en primer lugar, que la Ley del Estatuto de la Función Pública rige las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales y, en segundo lugar, la conceptualización de lo que debe entenderse como funcionario público a los efectos del referido instrumento legal, a saber, i) toda persona natural, que ii) en virtud de un nombramiento expedido por la autoridad competente, iii) se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, de carácter permanente.

II. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. REMUNERACIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

13 de junio de 2018.

Expediente Nro.: AP42-Y-2018-000012.

Sentencia Nro.: 2018-0274.

Caso: Nilda Lucia Rodríguez Martínez vs. Ministerio del Poder Popular para el Transporte y Obras Públicas.

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

De los dispositivos legales transcritos, se deduce que el sueldo mensual de los funcionarios o empleados públicos, se compone del sueldo básico sumado a las compensaciones otorgadas al funcionario con base en la antigüedad y el servicio eficiente, que éste posea respecto de la Administración Pública.

Igualmente, previó el legislador, la exclusión de ciertos conceptos que, aún teniendo carácter permanente, no se fundan en los factores de antigüedad y servicio eficiente, tales como, los viáticos, primas por hijos, entre otros. En este sentido ya se ha pronunciado este Órgano Jurisdiccional (Vid. Sentencia N° 2006-2310 de fecha 18 de julio de 2006, caso: Gladys Renaud de Puerta vs. Ministerio de Finanzas).

2. DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

13 de junio de 2018.

Expediente Nro.: AP42-Y-2018-000012.

Sentencia Nro.: 2018-0274.

Caso: Nilda Lucia Rodríguez Martínez vs. Ministerio del Poder Popular para el Transporte y Obras Públicas.

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

Ahora bien, al respecto es necesario destacar que la pensión de jubilación se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social que reconoce el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, para aquellas personas que cumplan con los requisitos de edad y años de servicio, a los fines que sea beneficiaria de este privilegio de orden social, pues su espíritu es, precisamente, garantizar la calidad de vida del funcionario público o trabajador privado, una vez que es jubilado.

En este sentido, la seguridad social consagrada en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela debe ser entendida como un sistema que abarca toda una estructura que integra entes de derecho público, al igual que el régimen privado, cuyo objeto común es garantizar la obtención de los medios económicos suficientes para cubrir las necesidades básicas de los titulares del derecho a pensiones y jubilaciones y de obligatoria aplicación a los diferentes entes de derecho público o privado, distintos de la República, que hayan implementado mecanismos alternativos de pensiones y jubilaciones, por ser considerados como parte integrante del actual sistema de seguridad social, inclusive aquellos derivados de las contrataciones colectivas o laudos arbitrales, tal como lo señala la Carta Magna en su artículo 86 el cual expresa:

(...omissis...)

De la norma trascrita, se evidencia que el Legislador ha establecido constitucionalmente el derecho a la seguridad social, como servicio público no lucrativo, mediante un régimen de pensiones y jubilaciones, otorgados a

los funcionarios públicos y trabajadores privados, con el propósito de recompensarlos por el servicio prestado y garantizarles un sustento permanente que cubra sus necesidades elementales y básicas en una etapa tan delicada como la vejez, a los fines de mantener una calidad de vida digna y decorosa.

3. OTROS BENEFICIOS LABORALES

A. INDEXACIÓN SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

08 de mayo de 2018.

Expediente Nro.:AP42-Y-2017-000145.

Sentencia Nro.: 2018-0218.

Caso:Erick del Jesús Córdova Romero vs. Cuerpo de Policía Socialista del estado Monagas.

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

Concerniente a este punto y siendo que en la sentencia objeto de consulta acordó el pago de la corrección monetaria solicitada por la parte querellante; al respecto, vale acotar que la corrección monetaria constituye un componente del derecho de consagración constitucional a la tutela judicial efectiva, toda vez que su finalidad redundante en la actualización del poder adquisitivo de cantidades dinerarias (deudas de valor) reconocidas y ordenadas a pagar a las partes en el proceso judicial, el cual se vería mermado por el transcurso del tiempo que demora su trámite; cuya finalidad es totalmente distinta de la condena al pago por conceptos de intereses moratorios, cuya procedencia gira en torno al establecimiento legal o contractual de los daños y perjuicios que conlleva el pago extemporáneo por tardío de una obligación dineraria.

En efecto, la procedencia de dicho concepto en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fue marcada por la decisión N° 391 del 14 de mayo de 2014, (caso: Mayerling del Carmen Castellanos Zarraga), proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el cual puso fin al criterio jurisprudencial sostenido por los Juzgados Contencioso-Administrativos, a partir del cual, los conceptos de salario y prestaciones sociales derivados de una relación funcional ostentaban "carácter estatutario", el cual imposibilitaría la indexación de tales conceptos, en virtud de no existir una disposición legal que permitiese tal corrección monetaria; fallo que, vale indicar, fue reiterado en reciente decisión N° 809 de fecha 21 de septiembre de 2016.

Así las cosas, dispuso la Sala, como máximo intérprete de la Constitución, que la consagración de tales conceptos como deudas de valor y créditos de exigibilidad inmediata, cuyo retardo en el pago genera intereses, descansa en la redacción del artículo 92 eiusdem, por lo cual, al no mediar distinción del constituyente entre relaciones laborales privadas o funcionariales, tampoco habría de diferenciar el intérprete, disponiendo al efecto que la misma debe operar desde la fecha de la admisión de la demanda hasta la fecha de ejecución de la sentencia (pago efectivo), con exclusión del lapso en que el proceso haya estado suspendido por acuerdo de las partes o haya estado paralizado por motivos de caso fortuito o fuerza mayor, para lo cual el Tribunal de la causa deberá en la oportunidad de la ejecución, solicitar al Banco Central de Venezuela un informe sobre el índice inflacionario acaecido en el país entre dicho lapso, a fin aplicarlo al monto correspondiente.

B. PRIMA POR EFICIENCIA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

30 de mayo de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000569.

Sentencia Nro.: 2018-00235.

Caso: Carlos Sánchez Mora vs Cuerpo De Policía Nacional Bolivariana (CPNB).

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

Se observa según la sentencia anterior que la prima por eficiencia, es la recompensa a la responsabilidad demostrada por el trabajador, y puede llamarse de diferentes maneras, como 'bono o bonificación eficiente', la misma debe pagarse mensualmente por el trabajo que realiza el funcionario activo, y por eso es que se le toma en cuenta a los fines de calcular la pensión de jubilación de cualquier funcionario.

4. PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

17 de mayo de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2018-000011.

Sentencia Nro.: 2018-0241.

Caso: Julio Enrique Castellar Díaz vs. Dirección del Cuerpo de Policía Socialista del estado Monagas.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

Al respecto, esta Corte considera oportuno señalar que conforme al artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los

trabajadores y trabajadoras tienen el derecho a recibir las prestaciones sociales por antigüedad en el servicio, con el fin de honrar la labor prestada, de la cual se desprenden una serie de conceptos que deben ser cancelados al trabajador al finalizar el mismo, en virtud que el salario y las prestaciones sociales son créditos de exigibilidad inmediata, de conformidad con la norma mencionada.

De igual forma, esta Corte, en sentencia N° 2009-155 de fecha 15 de abril de 2009 (caso: Rodolfo Daniel Lárez Albornoz vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación), con relación a la obligatoriedad del pago de los intereses moratorios de las prestaciones sociales, señaló lo siguiente:

(...omissis...)

De la norma constitucional y la jurisprudencia anteriormente transcrita, se desprende claramente el reconocimiento del derecho a percibir las prestaciones sociales como un derecho social que corresponde a todo trabajador, sin distingo alguno, de forma inmediata al finalizar la relación laboral, cuya mora en el pago generará intereses.

III. EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

1. DIRECCIÓN Y GESTIÓN DEL PERSONAL EN EL PODER JUDICIAL

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

10 de mayo de 2018.

Expediente Nro.:2014-1253.

Sentencia Nro.: 00478.

Caso: Diego Antonio Araujo Aguilar vs. Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia.

Ponente: María Carolina Ameliach Villarroel.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela atribuye al Tribunal Supremo de Justicia, no sólo el ejercicio de la función jurisdiccional sino además otras funciones en la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los tribunales de la República, e incluso la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y la del resto del Poder Judicial.

En efecto, a través de la “Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial”, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 37.014 del 15 de agosto de 2000, el

Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Plena, le dio forma al órgano auxiliar denominado Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM), de rango constitucional, el cual cumple por delegación todas aquellas tareas que le sean asignadas por la Sala Plena (vid., sentencias Nros. 1.798, 1.225, 1.264, 689 y 00353 de fechas 19 de octubre de 2004, 27 de mayo de 2006, 22 de octubre, 18 de junio de 2008 y 18 de marzo de 2009, respectivamente), en lo relacionado con las funciones de dirección, gobierno y administración del Poder Judicial.

Asimismo, cabe referir que en el prenombrado instrumento normativo también fue creada la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, órgano integrado por un Magistrado o Magistrada de cada Sala y dependiente directamente del Máximo Tribunal. Este órgano actúa también por delegación, en todas aquellas funciones administrativas de control y supervisión conferidas por la Sala Plena, así como cualquier otra establecida en la Normativa antes señalada, lo que excluye, por supuesto, la función jurisdiccional, pues ésta corresponde de forma exclusiva al Tribunal Supremo de Justicia y al resto de los Tribunales de la República.

La Comisión Judicial nace así como un organismo auxiliar que participa mediante la figura de la delegación en la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial. Coexisten, dos órganos que cumplen funciones específicas en materia administrativa de acuerdo a la Normativa antes mencionada, conforme a lo previsto en el Reglamento Interno del Tribunal Supremo de Justicia, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 38.496 del 9 de agosto de 2006.

En definitiva y sin menoscabo de las atribuciones propias de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (DEM), no hay lugar a dudas acerca de la legitimidad de la Comisión Judicial para actuar por delegación en las labores asignadas por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, dentro del amplio espectro de tareas que conlleva la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial, entre las que se encuentra lo relativo al ingreso y permanencia de los Jueces dentro del Poder Judicial.

IV. LAS SITUACIONES PASIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. LA JUBILACIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.
13 de junio de 2018.
Expediente Nro.: AP42-Y-2018-000012.
Sentencia Nro.: 2018-0274.

Caso: Nilda Lucia Rodríguez Martínez vs. Ministerio del Poder Popular para el Transporte y Obras Públicas.

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

Así pues, siendo que la pensión de jubilación puede definirse como un derecho que se le otorga a un funcionario por la prestación efectiva de su servicio a la Administración Pública y cuando la persona ha cumplido con una serie de requisitos de Ley para aspirar a la misma, por tanto dicha pensión al igual que el sueldo que devengue un funcionario para el funcionario activo tiene carácter alimentario, toda vez que le permite al jubilado satisfacer sus necesidades básicas, de allí que ha sido criterio de esta Corte que el artículo 14 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados al Servicio de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, así como el artículo 16 del Reglamento de la referida Ley, establecen que la Administración “podrá” revisar el monto de las pensiones de jubilación, cuando se produzcan modificaciones en el régimen de remuneraciones de los funcionarios o empleados activos, tomando en cuenta para el momento de la revisión de la pensión de jubilación, el nivel de remuneración que tenga el cargo que desempeñó el funcionario jubilado.

A. RÉGIMEN LEGAL DE JUBILACIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

13 de junio de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000377.

Sentencia Nro.: 2018-0277.

Caso: Ysareli Del Carmen Rodríguez Blanco vs. Municipio Sucre del estado Miranda

Ponente: Emilio Ramos González.

Visto así, esta Corte considera importante indicar el criterio jurisprudencial sentado por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República en sentencias números 3347/2003, 3072/2003, 819/2002, 2724/2001, 835/2000 y 450/2000, en las que señalan que la competencia para legislar sobre el régimen de la seguridad social en general, sea o no funcional, corresponde en exclusiva al Poder Nacional, en atención a lo dispuesto en los artículos 86, 147, 156.22, 156.32, 187.1 del Texto Fundamental Vigente, con lo que resulta inconstitucional que los estados o municipios dicten leyes, ordenanzas o contratos colectivos en esa materia.

Justamente, las normas mencionadas disponen lo siguiente:

(...omissis...)

En efecto, se observa que con las referidas disposiciones, el constituyente de 1999 reafirma su intención de unificar un régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios y empleados públicos, no sólo al servicio de la Administración Pública Nacional, sino también de los Estados y de los Municipios.

Conforme al contenido de las disposiciones constitucionales parcialmente transcritas, es materia de reserva legal la legislación correspondiente al tema de la seguridad social de los trabajadores y, es a la Asamblea Nacional en representación del Poder Nacional, a quien le corresponde la potestad de legislar en materia de previsión y seguridad social, incluyendo dentro de tal potestad, el régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos.

B. AJUSTE DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

13 de junio de 2018.

Expediente Nro.: AP42-Y-2018-000012.

Sentencia Nro.: 2018-0274.

Caso: Nilda Lucia Rodríguez Martínez vs. Ministerio del Poder Popular para el Transporte y Obras Públicas.

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

En efecto, el derecho constitucional a la seguridad social incluye el derecho a disfrutar de la pensión de jubilación, razón por la cual el objetivo de la jubilación es que su beneficiario quien cesó en la prestación de servicio, mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que provengan de la pensión de jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez cónsona con los principios de dignidad que recoge el Texto Fundamental en su artículo 80 y el cual reza:

(...omissis...)

Del artículo transcrito, se interpreta que resulta obligatorio para la Administración Pública, el pago de una pensión de jubilación que sirva de sustento al funcionario que prestó sus servicios; aunado al hecho que el Legislador previó que las pensiones o jubilaciones otorgadas no podrán ser inferiores al salario mínimo urbano, confirmando de esta manera la necesidad del reajuste periódico de la pensión jubilatoria a los fines que la misma no resulte ilusoria e insuficiente para el sustento del funcionario jubilado frente a la inflación.

En este sentido, la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios en su artículo 14, señala:

(...omissis...)

Asimismo, el artículo 16 del Reglamento de la citada Ley establece:

(...omissis...)

De la anterior transcripción se colige, que efectivamente todo ajuste de pensión de jubilación debe hacerse con base en la remuneración del último cargo ejercido por el jubilado, para el momento de la revisión de la misma.

2. REDUCCIÓN DE PERSONAL

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

16 de mayo de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2012-000206.

Sentencia Nro.: 2018-00215.

Caso: Juan Miguel Romero Rebolledo vs. El Consejo Legislativo Del Estado Aragua.

Ponente: Víctor Martín Díaz Salas.

Del artículo parcialmente reproducido, se observa que el proceso de reducción de personal, puede darse debido a i) limitaciones financieras, ii) cambios en la organización administrativa, iii) razones técnicas; o la supresión de una dirección, división o unidad administrativa del órgano o ente.

Siendo así, es necesario para esta Alzada indicar, que la reducción de personal es una forma de retiro, aplicada por la Administración, integrada por una serie de actos subsecuentes, que deben llevarse a cabo bajo la luz del principio de legalidad, dentro de los actos procedimentales que deben conllevar a tal retiro, se encuentra, la elaboración de informes técnicos justificativos de la medida, opinión de la oficina técnica, presentación de la solicitud, aprobación -en el presente caso- por parte del Concejo Legislativo del estado Aragua, y finalmente, los actos individualizados de remoción y retiro, de aquellos funcionarios que resultaren afectados por la medida.

Así, aunque los Órganos de la Administración, encargados de la política interna de los Municipios, en este caso, para que el retiro del funcionario sea válido, no puede fundamentarse únicamente en las autorizaciones de los órganos respectivos, o en las circunstancias de hecho que originan la medida,

como una reorganización administrativa, en cada caso debe cumplirse con lo establecido tanto en el artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, como en los artículos 118 y 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, por ser éste el marco legal que regula la materia.

De las normas antes señaladas, se desprenden los requisitos y pasos que se deben cumplir para que se lleve a cabo de una forma válida el proceso de reducción de personal. Así, se observa que en principio existe un hecho o situación que genera la necesidad de reducción de personal, el cual obedeció a reorganización administrativa en el Consejo Legislativo del estado Aragua.

Así, el Informe Técnico es elaborado con la necesidad de individualizar el cargo o cargos que serían eliminados y, los funcionarios que desempeñaban dichos cargos, por lo que el organismo querrellado debe señalar el por qué es ese cargo y no otro el que se iba a eliminar y, cuáles fueron los parámetros examinados bajo los cuales fue tomada tal decisión, ello precisamente para evitar que la estabilidad, como derecho fundamental de los funcionarios de carrera, se viera afectado por un listado que contenga simplemente los cargos a eliminar, sin ningún tipo de motivación, toda vez que la reducción de personal, se constituye en un proceso muy delicado y de consecuencias generalmente perjudiciales para los funcionarios, por lo que cada uno de los requisitos debe ser intrínsecamente fundamentado, y no convertirse en una mera formalidad, que vaya en perjuicio del derecho a la estabilidad de los funcionarios públicos.

A. CAUSALES DE RETIRO POR REDUCCIÓN DE PERSONAL

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

02 de agosto de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2003-003640.

Sentencia Nro.: 2018-0304.

Caso: Coin Alberto Parra Sánchez vs Alcaldía del Municipio Ambrosio Plaza Del Estado Miranda.

Ponente: Marvelys Sevilla.

Al respecto, el numeral 5 del artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en cuanto a las causales de retiro por reducción de personal establece, que:

(...omissis...)

Así las cosas, debe entenderse de la aludida norma que dicha causal de retiro -reducción de personal- no resulta una causal única y genérica, sino que

comprende cuatro situaciones distintas una de otra que si bien originan la misma consecuencia, no pueden confundirse ni resultan asimilables como una sola.

En consecuencia, es oportuno indicar que las dos primeras son causales objetivas y para su legalidad basta que hayan sido acordadas por el Alcalde y posteriormente aprobadas por el Concejo Municipal; mientras que las dos últimas, requieren una justificación y la comprobación de los respectivos informes, además de la aprobación de dicha reducción de personal por parte del Consejo Municipal, siendo este último el procedimiento a seguir en el caso de autos.

B. CONSECUENCIAS DEL PROCEDIMIENTO DE REDUCCIÓN DE PERSONAL

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

16 de mayo de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2012-000206.

Sentencia Nro.: 2018-00215.

Caso: Juan Miguel Romero Rebolledo vs. El Consejo Legislativo Del Estado Aragua.

Ponente: Víctor Martín Díaz Salas.

En tal sentido, conviene destacar que un Organismo, Ente o Institución cuando es objeto de un proceso de reestructuración que apareja la modificación, alteración o cambio en su organización administrativa de una dependencia u organismo público, puede tener como consecuencia: i) disminución cuántica del registro de cargos; ii) convertibilidad del registro de cargos ajustándolo a la nueva estructura a través de reasignación de tareas o labores y; iii) aumento cuántico en el registro de cargos.

Así, la ejecución de un proceso de reestructuración exige la verificación de ciertos pasos metodológicos, aún y cuando alguno de esos pasos no se constituyan en requisitos o extremos mínimos legales de imprescindible cumplimiento, cuya inobservancia podría acarrear la nulidad del acto por el cual se materialice el retiro o la separación del cargo. Tales pasos o etapas, se enumeran de la siguiente manera: i) decreto de la máxima autoridad del ente, que ordene la reestructuración; ii) nombramiento de una Comisión, con el objeto de la elaborar el informe sobre el diseño de un plan de reorganización administrativa del Organismo; iii) definición del plan de reestructuración; iv) estudio y análisis de la organización existente, esto es, sobre el marco jurídico, económico, político, organización funcional, recurso humano, financiero y recursos tecnológicos; v) elaboración del proyecto de reestructuración, debe

tomarse en cuenta la estructura organizativa que se propone, condicionada a la nueva visión del ente o dependencia; asimismo se exige un estudio acerca de la estrategia de recursos humanos a utilizar y la aprobación de un proyecto de Reglamento Orgánico e Interno, vi) aprobación técnica y política de la propuesta. Sobre este particular, resulta menester destacar que a nivel de la Administración Pública Nacional, la aprobación de la propuesta e informe final debe efectuarla el Ejecutivo Nacional en Consejo de Ministros; sin embargo, en aquellos casos donde la reestructuración sea a nivel estatal, dicha aplicación debe adecuarse a la organización de los Poderes Públicos en esas entidades, es decir, obviamente no se le puede exigir al Ente querellado la aprobación de la medida de reducción por parte del Consejo de Ministros, sino que tal aprobación deberá realizarla un órgano que se equipare a éste.

En todo caso, la remisión de las solicitudes de reducción de personal por reorganización administrativa deberá realizarse por el órgano de la estructura ejecutiva que tenga atribuida la competencia para nombrar y remover al personal y por las Oficinas Técnicas dependientes del Organismo en que vaya a realizarse la reestructuración organizativa, en aras del respeto a la autonomía y organizativa que ostenta el Órgano; vii) ejecución de los planes. En esta fase debe aprobarse el Reglamento Orgánico e Interno, así como la fijación de la nueva estructura de cargos y la implementación de la estrategia de desincorporación de personal, tomando en cuenta lo extremos mínimos legales para ello y atendiendo a la naturaleza de las distintas clases de funcionarios reconocida en nuestra legislación (de carrera o de libre nombramiento y remoción).

Las anteriores fases son las que el Organismo, Ente o Institución de la Administración Pública Estatal debería asumir como iter procedimental en todo proceso de reestructuración administrativa, garantizando de este modo, los derechos fundamentales de los funcionarios públicos que laboran en ellos. En caso de que el funcionario a ser removido sea de carrera, debe ser sometido a un (1) mes de disponibilidad durante el cual la administración pública deberá agotar las gestiones reubicatorias a tenor de lo previsto en la ley.

V. PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y PATERNIDAD EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. CONTENIDO Y ALCANCE

A. PROTECCIÓN A LA PATERNIDAD

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.
30 de mayo de 2018.

Expediente Nro.: AP42-Y-2017-000134.

Sentencia Nro.: 2018-0255.

Caso: Ángel de Jesús León González vs. Cuerpo Policial del estado Carabobo.

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

En primer lugar considera oportuno este Órgano Jurisdiccional traer a colación los artículos 8 y 9 de la Ley para Protección de las Familias, la Maternidad y la Paternidad, cuyo contenido es el siguiente:

(...omissis...)

De las normas anteriormente citadas, se desprende que el padre, sea cual fuere su estado civil, gozará de inamovilidad laboral hasta un año después del nacimiento de su hijo o hija, por lo cual no podrá ser despedido, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo sin justa causa, previamente calificada por el Inspector o Inspectora del Trabajo, y a tal efecto, el trabajador deberá presentar ante el patrono el certificado médico de nacimiento del niño o niña, expedido por un centro de salud público o privado, en la cual conste su carácter de progenitor.

Aunado a lo anterior, resulta propicio para esta Corte referirse al artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los siguientes términos:

(...omissis...)

De lo anterior se observa, que el fuero paternal ampara en términos muy similares tanto a la madre como al padre en lo concerniente a la estabilidad e inamovilidad de ambos. A tales fines, el estado garantiza la asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral. Es así como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 76 otorga una protección especial a los padres sin discriminación de ningún tipo en los siguientes términos:

(...omissis...)

Así las cosas, resulta importante destacar que la Ley para la Protección de las Familias, La Maternidad y La Paternidad, regula lo relativo al fuero paternal en su artículo 8, anteriormente analizado por esta Corte.

Aunado a lo anterior, de manera más equiparable y en consonancia con los postulados constitucionales laborales, se debe destacar lo establecido en el

artículo 339 de la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, el cual prevé qué:

(...omissis...)

De acuerdo al artículo citado, se observa que de conformidad con la Ley Orgánica del Trabajo, Las Trabajadoras y Los Trabajadores, se amplía mucho más el derecho constitucional de la protección a la familia de conformidad a lo establecido en los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esto por cuanto la familia constituye el núcleo central para la formación de la sociedad en virtud del cumplimiento a seguir del cometido del Estado venezolano como una sociedad de derecho social y de justicia, respectivamente.

B. DURACIÓN DEL FUERO PATERNAL

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

30 de mayo de 2018.

Expediente Nro.:AP42-Y-2017-000134.

Sentencia Nro.: 2018-0255.

Caso: Ángel de Jesús León González vs. Cuerpo Policial del estado Carabobo.

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

Con relación a la aplicabilidad del lapso de inamovilidad establecida en la referida Ley, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia estableció que el mismo es de aplicación inmediata, consecuencia directa de la eficacia de la Ley a partir del momento de su entrada en vigencia, en virtud de la ampliación del referido lapso. El hecho regulado por la norma es lo protección a la paternidad hasta los dos (2) años posteriores al nacimiento, por lo que, al tratarse de una regulación de evidente orden público, no puede dejar de aplicarse en protección del trabajador y su hijo (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 964 de fecha 16 de julio de 2013).

VI. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

A. FUNCIONARIOS POLICIALES

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

14 de agosto de 2018.

Expediente Nro.: AP42-Y-2016-000055.

Sentencia Nro.: 2018-0325.

Caso: Faudy Emmaly Rangel Landaeta vs. Estado Apure.

Ponente: Marvelys Sevilla Silva.

De las normas legales ut supra trascritas se desprende, que todo funcionario que actúe en desapego a la normativa funcionarial, se encontrará incurso en faltas susceptibles de destitución, tales como faltar a deberes inherentes al funcionario que sirve a una colectividad en detrimento del buen nombre de la Institución a la cual prestan servicio, tanto en su vida cotidiana como en el desempeño de sus labores, dado el grado de responsabilidad que ostenta, y a los principios de bondad, rectitud de ánimo, integridad y honradez en el desempeño de las funciones inherentes al obrar del empleado público.

Por lo cual los funcionarios policiales, deben tener por norte de sus actos la disciplina y la diligencia en el cumplimiento del deber, siendo ello una manifestación consustancial del orden y la buena imagen que estos deben proyectar de la institución; toda vez, que las labores de seguridad y orden público a las que está destinada, constituyen, una función de Seguridad Ciudadana y por tanto, de prioridad para el mantenimiento de la paz y el orden público, a los fines de no poner en riesgo la credibilidad del organismo de seguridad a la cual pertenezcan.

2. DESTITUCIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

19 de julio de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2011-000828.

Sentencia Nro.: 2018-0303.

Caso: Manuel José Guaremas Calzadilla vs. Instituto de Ferrocarriles del Estado (IFE).

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

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

En cuanto a la prestación de servicio de carácter permanente, es decir, que tal servicio fuera prestado de forma continua, constante e ininterrumpidamente;

siendo éste el tercero de los elementos integrantes de la condición o cualidad de funcionario de carrera.

Ahora bien, el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, establecía todo lo referente a la forma de ingreso de los funcionarios públicos y dispuso que dichos ingresos se realizarían por medio de concurso público de oposición de mérito y examen que determinen la idoneidad de la persona que aspirara ingresar a la carrera. Asimismo, dicho Reglamento estableció que el período de prueba previsto en la Ley de Carrera Administrativa no excedería de seis (6) meses, lapso en el cual debía evaluarse al aspirante, con la obligación, por parte de la autoridad correspondiente, de descartar y retirar del organismo al funcionario que no aprobase tal evaluación. Sin embargo, el referido Reglamento en su artículo 140, disponía:

(...omissis...)

De lo anterior se evidencia que tal disposición reglamentaria imponía un derecho para el sujeto que pretendía ingresar, al considerar ratificado el nombramiento del funcionario que no hubiere sido evaluado, en el entendido que no puede el mismo cargar con los resultados negativos de la inoperancia de la Administración en el cumplimiento de sus obligaciones.

3. CAUSALES DE DESTITUCIÓN

A. FALTA DE PROBIDAD

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

12 de julio de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2018-000092.

Sentencia Nro.: 2018-0295.

Caso: Antonio Castor Polanco López vs. Gobernación del estado Carabobo.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

En ese sentido, considera oportuno este Órgano Jurisdiccional traer a colación el artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece lo siguiente:

(...omissis...)

En este orden, debe señalarse que la falta de probidad se materializa cuando el funcionario ha actuado con poca ética, definida entonces la probidad como "...estriba en que los funcionarios o funcionarias adscritos a la Administración, están obligados a reunir los requisitos mínimos de

comportamiento debido, es decir, el cabal cumplimiento a las normas constitucionales y legales vigentes en el ordenamiento jurídico vigente...”.

Por otra parte, ha sido conteste la jurisprudencia patria respecto a que, la probidad es la conducta que debe mantener el funcionario y ante la cual se exige obrar acorde con esos elementos, teniendo en cuenta que ello debe manifestarse no sólo en lo que concierne a la función pública sino también en la esfera privada, al punto de constituirse inclusive en un deber que hace referencia de manera franca e ineludible a las funciones a las que está obligado un servidor público.

VII. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

1. ACTIVIDAD PROBATORIA EN MATERIA SANCIONATORIA

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

17 de julio de 2018.

Expediente Nro.: 2015 0370.

Sentencia Nro.: 00808.

Caso: Ángel Ygnacio Vega Daza vs. Ministra Del Poder Popular Para La Defensa.

Ponente: Marco Antonio Medina Salas.

Por lo tanto, si bien el procedimiento disciplinario debe garantizar el principio fundamental al debido proceso y a la defensa del accionante, en lo que concierne a la actividad probatoria, tal como se estableció en la sentencia transcrita, no puede exigirse la rigurosidad de los procesos judiciales, resultando suficiente, “...el análisis y apreciación global de todos los elementos cursantes en el expediente...”.

2. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA DEFENSA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

10 de mayo de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2014-000900.

Sentencia Nro.: 2018-0233.

Caso: Judith Xiomara Pacheco Lever vs. Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte (I.N.S.E.T.R.A.)

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

En efecto, la Ley le confiere a la Administración la potestad para imponer sanciones, pero para ello, tal como se señaló, la Constitución vigente consagra

el derecho al debido proceso tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas, máxime si éstas son expresiones del ejercicio de la potestad sancionatoria, siendo el procedimiento una condición de suma importancia a los fines de imponer sanciones disciplinarias.

Es por ello, que el procedimiento sancionatorio constituye una verdadera garantía para el pleno ejercicio del derecho a la defensa consagrado en el artículo 49 de la Constitución vigente, pues implica la participación efectiva de los interesados en la defensa de sus derechos, la cual encuentra concreción en la estructura misma del procedimiento, es decir, en sus fases de acceso al expediente, alegatos, pruebas e informes.

Así las cosas, se observa que el artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública establece de manera clara el procedimiento que debe seguir la Administración en caso de que un funcionario se encuentre incurso en causal de destitución, con la intención de salvaguardar los derechos e intereses de los investigados.

3. LA PRESCRIPCIÓN DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

A. EN EL ESTATUTO MILITAR

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

20 de junio de 2018.

Expediente Nro.: 2008-0393.

Sentencia Nro.: 00735.

Caso: Ismar Antonio Maurera Perdomo vs. Ministro del Poder Popular para la Defensa.

Ponente: Bárbara Gabriela César Siero.

De acuerdo a la situación descrita, se evidencia que ciertamente desde que se aprobó someter a Consejo de Investigación al ciudadano Ismar Antonio Maurera Perdomo (18 de noviembre de 2004) hasta la fecha en que efectivamente el entonces Ministro de la Defensa dictó la correspondiente Resolución Nro. 030353 (16 de marzo de 2005) transcurrió el lapso de tres (3) meses que prevé el artículo 107 del Reglamento de Castigos Disciplinarios Nro. 6; no obstante, es menester destacar que dicha situación no conlleva a la prescripción de la facultad del organismo respectivo para imponer el castigo disciplinario, ya que con la iniciación del procedimiento (25 de mayo de 2004), se produjo un acto que interrumpió el aludido lapso, dejando a la autoridad con posibilidad para tramitar y decidir lo conducente.

En tal sentido, una vez iniciadas las investigaciones a un militar en servicio activo, el lapso correspondiente previsto en el mencionado artículo queda interrumpido y sólo podría prosperar, de acuerdo con la jurisprudencia de este Alto Tribunal, cuando no hubiese habido actuación alguna por parte de la Administración castrense. (Ver sentencias de esta Sala Nros. 864, 01459 y 675 de fechas 23 de julio de 2008, 14 de octubre de 2009 y 28 de junio de 2016).

VIII. EL ACTO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

1. VICIOS DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

A. INCOMPETENCIA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

01 de agosto de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000875.

Sentencia Nro.: 2018-0314.

Caso: Luis Daniel Lugo vs. Guardia Nacional Bolivariana (G.N.B).

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

Estima necesario pronunciarse primeramente respecto a la denuncia de incompetencia del funcionario que dictó el acto administrativo impugnado y en este sentido la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en su jurisprudencia pacífica y reiterada, ha señalado sobre el tema que la competencia administrativa ha sido definida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo; es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente. De allí que la competencia esté caracterizada por ser: a) expresa: porque ella debe estar explícitamente prevista en la Constitución o las leyes y demás actos normativos, por lo que, la competencia no se presume; y b) improrrogable o indelegable: lo que quiere decir que el órgano que tiene atribuida la competencia no puede disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio, en los términos establecidos en la norma, y debe ser realizada directa y exclusivamente por el órgano que la tiene atribuida como propia, salvo los casos de delegación, sustitución o avocación, previstos en la Ley.

B. DESVIACIÓN DE PODER

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

14 de agosto de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2018-000118.

Sentencia Nro.: 2018-031.

Caso: Naffy Paola Gutiérrez Velázquez.

Cuerpo De Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C)

Ponente: Víctor Martín Díaz Salas.

De lo anterior, se colige que el vicio de desviación de poder se presenta cuando en la elaboración de un acto administrativo un órgano del Estado, actuando en ejercicio y dentro de los límites de su competencia, cumpliendo las formalidades de procedimiento y sin incurrir en violación de alguna norma jurídica, utiliza sus poderes y atribuciones con el propósito de buscar una finalidad contraria a los intereses públicos en general o los específicos y concretos, que el legislador justamente reguló para la respectiva competencia.

Ello así, este Órgano Jurisdiccional debe concluir que para probar el vicio alegado se requiere de una investigación profunda basada en hechos concretos, reveladores de las verdaderas intenciones que dieron lugar al acto administrativo dictado de manera que, no basta la simple manifestación sobre la supuesta desviación de poder, razón por la cual debe analizarse detenidamente la situación fáctica objeto de juicio.

C. ABUSO DE PODER

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

16 de mayo de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2012-000206.

Sentencia Nro.: 2018-00215.

Caso: Juan Miguel Romero Rebolledo vs. El Consejo Legislativo Del Estado Aragua.

Ponente: Víctor Martín Díaz Salas.

Desestimado el vicio de desviación de poder denunciado, pasa este órgano jurisdiccional a pronunciarse con respecto al vicio de abuso de poder, a lo que se estima destacar que el abuso o exceso de poder tiene lugar cuando en aplicación de una competencia legalmente atribuida se pretende imponer al caso concreto una norma cuyo supuesto de hecho no coincide con las circunstancias verificadas en la realidad, dándole apariencia de legitimidad al acto. Ese vicio supone que el órgano administrativo haya actuado en franco abuso de las atribuciones conferidas por la norma al dictar un acto en ejercicio excesivo de su potestad.

IX. EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL

1. COMPETENCIA JUDICIAL

A. COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LAS QUERELLAS RELATIVAS A LA NULIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR LA COMISIÓN JUDICIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

02 de agosto de 2018.

Expediente Nro. 2017 0887.

Sentencia Nro. 00930.

Caso: Eudelina Rojas Estaba vs Comisión Judicial Del Tribunal Supremo De Justicia.

Ponente: Eulalia Coromoto Guerrero Rivero.

Conforme a lo precisado, la Comisión Judicial es una dependencia administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, por lo que debe atenderse a lo previsto en el numeral 5 del artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuyo contenido se transcribe a continuación:

(...omissis...)

En los mismos términos el numeral 5 del artículo 23 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dispone:

(...omissis...)

Las normas parcialmente citadas atribuyen a esta Sala la competencia para conocer de los recursos de nulidad incoados contra los actos administrativos emanados del Presidente o Presidenta de la República, del Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, de los Ministros o Ministras, y de las máximas autoridades de los demás órganos de rango constitucional.

En este caso, en las líneas que anteceden se precisó que se interpuso un recurso de nulidad contra una decisión de la Comisión Judicial del Tribunal Supremo de Justicia, por lo que con fundamento en la norma parcialmente transcrita, corresponde a esta Sala la competencia para conocer el presente asunto. Así se decide.

B. COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LA NULIDAD DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE INHABILITACIÓN DICTADOR POR LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

02 de agosto de 2018.

Expediente Nro. 2018-0136.

Sentencia Nro. 00909.

Caso: Dizlery Del Carmen Cordero León vs. Contralor General De La República.

Ponente: Inocencio Figueroa Arizaleta.

(...omissis...) tenemos que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nro. 6.013 Extraordinario de fecha 23 de diciembre de 2010, dispone en su artículo 108 lo siguiente:

(...omissis...)

‘Contra las decisiones del Contralor o Contralora General de la República o sus delegatarios o delegatarias, señaladas en los artículos 103 y 107 de esta Ley, se podrá interponer recurso de nulidad por ante el Tribunal Supremo de Justicia, en el lapso de seis meses contados a partir del día siguiente a su notificación’. (Negritas de esta Sala).

En conexión con lo expuesto, resulta necesario traer a colación lo previsto en el numeral 5 del artículo 26 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia

(...omissis...)

En los mismos términos el numeral 5 del artículo 23 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece:

(...omissis...)

5. Las demandas de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares dictados por el Presidente o Presidenta de la República, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva de la República, los Ministros o Ministras, así como por las máximas autoridades de los demás órganos de rango constitucional, si su competencia no está atribuida a otro tribunal”.

Conforme con las normas parcialmente citadas y visto que el acto administrativo impugnado fue dictado por el Contralor General de la República, autoridad perteneciente al Poder Público Nacional, esta Sala resulta competente para conocer y decidir la demanda de nulidad interpuesta y las mediadas cautelares solicitadas. Así se declara.

2. LA QUERELLA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

30 de mayo de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000135.

Sentencia Nro.: 2018-0249.

Caso: Orlando José Pereira Castillo vs. Instituto Autónomo de Policía del Municipio Bejuma del estado Carabobo.

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

En materia contencioso funcional, cuando el funcionario o ex funcionario considere que la actuación de la Administración Pública lesionó sus derechos o intereses, puede proponer previo el cumplimiento de ciertas formalidades legales, recurso ante el correspondiente Órgano Jurisdiccional, el cual por tratarse de una materia especial, se le denomina recurso contencioso administrativo funcional. Así debe señalarse que el recurso contencioso administrativo funcional, puede ser interpuesto bajo dos supuestos perfectamente determinados; o bien por uno de orden estrictamente fáctico, o bien por otro de naturaleza esencialmente jurídica. El primero se materializa cuando ocurre un hecho que dio lugar a la interposición del recurso y el segundo, cuando se produzca la notificación de un acto administrativo dictado por la Administración.

3. LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONAL

A. LA PRUEBA DOCUMENTAL Y LOS MENSAJES TELEMÁTICOS

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

14 de junio de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2017-000861.

Sentencia Nro.: 2018-00251.

Caso: por Richard José Araujo Bastidas vs. Cuerpo De Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas (C.I.C.P.C).

Ponente: Víctor Martín Díaz Salas.

Ahora bien, a los fines de esclarecer la presente controversia, esta Corte considera pertinente hacer algunas consideraciones especiales, en ese sentido es propicio referirnos a la aplicación Whatsapp y la posibilidad del uso de la misma en las relaciones laborales o probanzas en juicio concernientes a éstas.

A tal efecto, la doctrina y la jurisprudencia han aceptado que los mensajes telemáticos (correo electrónico, SMS, Whatsapp, etc.) se aporten dentro del proceso judicial como prueba documental, ya sea mediante la transcripción de su contenido o la impresión de los pantallazos, (“screenshots”).

En ese sentido, cuando los mensajes de Whatsapp se aporten al procedimiento dentro del ramo de prueba documental deberán aplicarse las mismas normas procesales que rigen respecto cualquier documental privada, de manera que quien aporte la documental y alegue la validez probatoria de los mensajes es quien tendrá la carga de probar la integridad y autenticidad de los mensajes.

La aportación de los pantallazos o capturas de las conversaciones de Whatsapp, como ocurre con los correos electrónicos y los SMS, se admiten habitualmente como prueba documental privada en los procedimientos judiciales, pero no puede obviarse que ese pantallazo no tiene por sí solo un efecto probatorio absoluto o suficiente, sino que como ocurre con cualquier documento privado su potencia probatoria, dependerá de su contenido en relación con otras pruebas que, valoradas en su conjunto y de acuerdo a las normas de la sana crítica, lleven al convencimiento del órgano jurisdiccional sobre la realidad de los extremos recogidos en las conversaciones aportadas a través de pantallazos.

NORMATIVA (MAYO – AGOSTO 2018)

MAYO

Gaceta Ordinaria N° 41.391 del 07-05-2018.

Providencia N° 0381, mediante la cual se dicta el Código de Ética de las Servidoras y los Servidores Públicos del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN).

Gaceta Ordinaria N° 41.393 del 09-05-2018.

Resolución N° 342, mediante la cual se homologa la Convención Colectiva de Trabajo bajo el marco de Reunión Normativa Laboral para la rama de actividad del Sector Público Universitario que opera a escala nacional.

Gaceta Ordinaria N° 41.408 del 30-05-2018.

Resolución N° 099, mediante la cual se dictan las Normas Relativas al Proceso de Ajuste de Rangos y Jerarquías de los Funcionarios y las Funcionarias de Protección Civil y Administración de Desastres.

Resolución N° 181, mediante la cual se dictan las Normas sobre el Régimen de Dotación del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas.

JUNIO

Gaceta Ordinaria Nro. 41.411 del 04-06-2018.

Resolución N° 102, mediante la cual se dictan las Normas para el Ingreso en Funciones de Protección Civil y Administración de Desastres, en la Dirección Nacional de Protección Civil y Administración de Desastres.

Gaceta Ordinaria Nro. 41.427 del 26-06-2018.

Resolución N° 116, mediante la cual se dictan las Normas Relativas a la Señalética en los Rangos y Jerarquías de Protección Civil y Administración de Desastres.

JULIO

Ninguna normativa relevante en el mes.

AGOSTO

Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.403 del 31-08-2018.

Decreto N° 3.602, mediante el cual se fija el Cestaticket Socialista mensual para los trabajadores y las trabajadoras que presten servicios en los sectores público y privado, en la cantidad de ciento ochenta Bolívars Soberanos (Bs. 180,00)¹.

¹ Se consideró relevante este Decreto por cuanto representa un cambio en la forma en la que se calculaba el beneficio de alimentación al no considerarse la unidad tributaria como parámetro de referencia.