

Revista de Derecho Funcionario

ISSN: 2610-7880

Número 25
Septiembre - Diciembre 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 25
Septiembre – diciembre 2018

Caracas, 2020

© **REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL**
Número 25. Septiembre – Diciembre 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 Ermíny, Urbanización Las Delicias, Edificio Park Side, Oficina 23, Caracas, Venezuela. E-mail: contacto@cidep.com.ve. Página web: <http://cidep.com.ve>

REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

Director

José Gregorio Silva Bocaney

Subdirector

Ramón Alfredo Aguilar

Director fundador: Manuel Rojas Pérez

Comité de Redacción

Rosibel Grisanti

José Ignacio Hernández G.

Jorge Kiriakidis

Belén Ramírez Landaeta

Antonio Silva Aranguren

Gabriel Sira Santana

Andrés Troconis Torres

Consejo Consultivo

Allan R. Brewer-Carías

Jesús Caballero Ortiz

Antonio De Pedro Fernández

Gustavo Urdaneta Troconis

Armida Quintana Matos

Armando Rodríguez

Jorge Luis Suárez

Daniela Urosa Maggi

NORMAS DE LA REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

1. La Revista de Derecho Funcionarial es una edición arbitrada de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo, de circulación cuatrimestral, que tiene como finalidad la publicación de estudios, compilaciones e información relevante en materia de Derecho Funcionarial, entendiéndose como tal, aquella rama del derecho público que estudia científicamente la relación entre la Administración Pública y los servidores públicos que prestan servicios profesionales para ella. Como tal, los trabajos que en la Revista de Derecho Funcionarial se publiquen versarán sobre ese tema, o sobre aquellos que tengan relación.
2. La Revista contará con un director y un subdirector. Asimismo contará con un Comité de Redacción y un Comité Asesor. El director coordinará la edición y publicación de la revista. El subdirector apoyará al director en dicha coordinación. El Comité de Redacción fungirá como órgano arbitral y decidirá qué trabajos serán publicados, luego de revisar los mismos basándose para ello en criterios académicos. El director y el subdirector formarán parte del Comité de Redacción y del proceso de arbitraje de los trabajos a publicar. El comité asesor hará las recomendaciones que el Comité de Redacción o el Director soliciten.
3. Los trabajos a publicarse en la Revista de Derecho Funcionarial deberán cumplir con los siguientes requisitos: letra Times New Roman, tamaño 12, interlineado 1.5, citas a pies de página, 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 figura del “desafuero” en el ámbito funcional con ocasión de la sentencia N° 522 del 11-05-2017 dictada por la Sala Político-Administrativa del TSJ, **IGOR ENRIQUE VILLALÓN PLAZA** | [7](#)

Análisis del régimen funcional del auditor interno en el marco del Sistema Nacional de Control Fiscal, **IVÁN D. PAREDES CALDERÓN** | [17](#)

Compilación jurisprudencial en materia de función pública. Septiembre – diciembre 2018, **IVÁN D. PAREDES CALDERÓN Y MILEIMI MORALES** | [31](#)

Normativa (septiembre – diciembre 2018) | [43](#)

LA FIGURA DEL “DESAFUERO” EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL CON OCASIÓN DE LA SENTENCIA N° 522 DEL 11-05-2017 DICTADA POR LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL TSJ

Igor Enrique Villalón Plaza*

Resumen: El artículo revisa algunos de los criterios que ha sostenido la Sala Político Administrativa y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en relación con el desafuero de funcionarios públicos.

Palabras clave: Desafuero; Función pública; Jurisprudencia

Summary: The article reviews some of the judgements that the Political-Administrative Chamber and the Constitutional Chamber of the Supreme Court of Justice have upheld in relation to the removal of public officials under special protections.

Key words: Removal; Public function; Jurisprudence

Introducción

El “desafuero” de los funcionarios públicos ha sido un tema de incontables debates en el derecho venezolano, no obstante, en esta oportunidad se analizará el criterio esgrimido por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el cual parece aceptar aunque con lobreguez la posibilidad de que la Jurisdicción Contencioso Administrativa sea la encargada de tramitar en sede jurisdiccional el procedimiento de “desafuero”. Sin embargo, no dejó claro si el procedimiento debe llevarse en términos semejantes a los expresados en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras¹ –criterio sostenido por la Sala Constitucional en la sentencia N° 964 del 16-07-2013– o a través del procedimiento común consagrado para el recurso contencioso administrativo funcional establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública².

Igualmente, se realizarán algunas consideraciones respecto a la posición asumida por la referida Sala Constitucional en cuanto a la figura de fuero maternal, paternal y a los funcionarios de libre nombramiento y remoción.

* Abogado (2004) y especialista en Derecho Administrativo (2017). Docente de la Escuela Nacional de Administración y Hacienda Pública (ENAHF) y Universidad Católica Santa Rosa.

¹ Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 07-05-2012.

² Gaceta Oficial N° 37.522 del 09-07-2002.

1. Nociones generales

En este punto es importante advertir que se realizará un sucinto análisis teórico el cual tiene como única finalidad dar una introducción al tema objeto de estudio.

1.1. El fuero y el “desafuero”

El término fuero se refiere, en primer lugar, a la protección especial que entrega la legislación a ciertas personas, en atención a la función o cargo que desempeñan o a una distinta situación en que se encuentren, dentro del ámbito del trabajo que realizan.

La definición de fuero, se entiende como una especial protección legal, que puede tener distintas fuentes o ámbitos según la situación particular o cargo que desempeña la persona que requiere de esta protección. Así podemos ver que existen distintos tipos de fuero, sindical, maternal, paternal, militar, entre otros³.

Por su parte, el llamado “desafuero”⁴ es entendido como el procedimiento judicial mediante el cual el empleador obtiene la autorización para despedir a un trabajador aforado o con fuero maternal u otro tipo. La finalidad del procedimiento es obtener una autorización de parte de la autoridad competente para poner término a un contrato de trabajo.

En el caso de la trabajadora embarazada, por ejemplo, la acción se denomina “desafuero” maternal⁵, siendo relevante que en cuanto a la protección a la familia y de los trabajadores, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en los artículos 75 y 76, que es deber del Estado proteger a la familia como asociación natural de la sociedad y la protección integral de la madre y el padre, al salvaguardar el derecho al trabajo de una madre así como los intereses de su hijo.

1.2. El fuero sindical

Por otra parte, el fuero sindical se define como la garantía que la ley otorga a los trabajadores que promueven la legalización de un sindicato y a los miembros de las Juntas Directivas Sindicales, de no ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo sin justa causa;

³ Eduardo Rojo. “Los efectos de la protección a la maternidad”. *Revista de Derecho de la Pontificia*. Chile. 2009, pp. 15.

⁴ *Diccionario de la Real Academia Española*. “De desaforar (...) 2.m. Acto violento contra la Ley... 3.m. Der. Hecho que priva de fuero a quien lo tenía”.

⁵ Dick Pérez. *Documental, y Crítica sobre la nueva Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras*. Ediciones Liber. Caracas. 2014, p. 358.

calificada previamente por el Inspector del Trabajo de la jurisdicción respectiva.

El fuero sindical vendría a ser la protección, la garantía, que se otorga al investido; en tanto que la inamovilidad viene a ser la consecuencia de ese fuero sindical. Es decir, el Estado otorga una protección, una garantía y la manera de hacerlas valer es mediante el reconocimiento de la inamovilidad; esto es, que no se pueda despedir, trasladar o desmejorar sin que previamente exista una justa causa debidamente calificada, en este caso por el Inspector del Trabajo.

En este punto vale aclarar que el presente trabajo no pretende analizar la sindicalización ni su protección, y su enunciación solo se hace a título referencial.

1.3. El contencioso administrativo funcional

La doctrina ha señalado que el contencioso administrativo se divide en contencioso general y contencioso especial, siendo el segundo aquel sistema que regula a una actividad administrativa específica⁶.

Al respecto el profesor MOLES CAUBET señaló:

El contencioso administrativo es, ante todo, lo que indica su nombre, una contención o controversia con la Administración, la cual puede suscitarse, tanto respecto a un acto administrativo tildado de ilegal o ilegítimo, como respecto a un derecho subjetivo lesionado o a la reparación de un daño. Ha de añadirse que tal contención o controversia está dispuesta de manera que se produzca entre partes paritarias, aun cuando una de ellas sea la Administración, y decidida por un órgano del Estado, independientemente y neutro, dotado de poderes para determinar las consecuencias de la ilegalidad o ilegitimidad y de la lesión de los derechos subjetivos, restableciendo el orden jurídico con ello perturbado⁷.

En la actualidad el contencioso administrativo es el sistema a través del cual se revisan judicialmente actuaciones y omisiones administrativas, normalmente emanadas de un órgano o ente de la organización administrativa.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece dos regímenes distintos y diferenciados el uno del otro aplicables a las relaciones de empleo: el régimen funcional y el régimen laboral, con normas propias

⁶ Eduardo García De Enterría y Tomás Rincón Fernández. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo II. Thomson Civitas. Madrid. 2004, pp. 619-646.

⁷ Antonio Moles Caubet. “Rasgos Generales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa”. *El control jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*. Universidad Central de Venezuela. Caracas. 1979, p. 34

de ingreso, ascenso, retiro, reingreso, evaluaciones y régimen disciplinario, los cuales no suponen violaciones del derecho a la igualdad; toda vez que los mismos responden al interés y fines respectivos.

Ello así, se puede señalar que el contencioso funcional forma parte del contencioso administrativo, siendo una rama específica de este último. El contencioso funcional, entonces, indica todo un sistema judicial revisor de la actividad administrativa funcional, esto es, la relación profesional entre la Administración Pública y los funcionarios públicos.

En este orden de ideas, la Ley del Estatuto de la Función Pública regula de manera general el régimen jurídico de los funcionarios públicos, dentro de esa regulación, dispone normas específicas del control judicial de la actividad administrativa de empleo público.

2. Criterio fijado en la sentencia N° 964 del 16-07-2013, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

Planteado lo anterior, es indispensable traer a colación el criterio sostenido por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, según el cual:

...no puede esta Sala permitir el desconocimiento de las normas que amparan a los trabajadores y sus hijos, ya que si bien al recurrente se le siguió, como era debido, un procedimiento en el que se determinó que sus conductas debían ser castigadas con la sanción de destitución, también es cierto que se encontraba amparado por la protección de su condición de padre que le otorgaba inamovilidad, razón por la cual la Administración, antes de proceder a destituirlo, debió seguir el procedimiento legalmente establecido para el “Desafuero”, no pudiendo separar de su cargo al funcionario hasta no cumplir con dicho requerimiento, resultando por tanto nulo su retiro.

La misma Sala ya había emitido pronunciamiento mediante decisión N° 555 del 28-03-2007, en la cual señaló:

Observa la Sala, que el ciudadano (...) si bien goza de inamovilidad en su condición de dirigente sindical, razón por la cual se le aplicó el procedimiento previsto para la calificación de despido de los funcionarios que gozan de fuero sindical en la Ley Orgánica del Trabajo, por gozar por otro lado de la estabilidad propia de todos los funcionarios al servicio de la Administración Pública, ha debido también utilizarse el procedimiento de la Ley del Estatuto de la Función Pública correspondiente a la destitución, o la normativa prevista en la Ley Orgánica de Educación, ya que la aplicación del procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Trabajo no exime al órgano administrativo de la aplicación del procedimiento previsto en la norma estatutaria, ya que todo funcionario público al gozar de estabilidad, ésta debe ser considerada para su retiro, destitución o toma de alguna decisión que afecte su esfera de derechos.

Igualmente, aclaró la referida Sala Constitucional que en ningún caso se trata de una doble estabilidad, manifestando que:

Debe insistirse en que no estamos en presencia de una doble estabilidad en sentido estricto. Así como para el despido de un dirigente sindical del sector privado es necesario respetar el fuero sindical, el cumplimiento de lo dispuesto en la Sección Sexta del Capítulo II Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo (referido al derecho colectivo del trabajo), no exime al patrono de las obligaciones contenidas, por ejemplo, en el Título II, Capítulo VI *eiusdem*; o en los decretos de inamovilidad laboral. Asimismo, si el dirigente tiene un régimen laboral o funcional especial, debe respetarse adicionalmente la normativa pertinente para la terminación de la relación de trabajo. En estos casos lo previsto en la citada Sección Sexta del Capítulo II del Título VII debe entenderse exclusivamente como un procedimiento para el “desafuero” sindical no para su despido o retiro, cuando se trata de un funcionario de carrera.

Del fallo citado se desprende que, un funcionario destituido que goza de inamovilidad por fuero paternal, ameritaba un procedimiento de “desafuero” en los términos expresados en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, por encontrarse aún amparado por una protección especial y constitucional.

De lo expuesto, se infiere que el legislador ha pretendido que los funcionarios o trabajadores amparados bajo dicha protección especial, puedan incurrir en faltas que acarreen responsabilidad disciplinaria sin que las mismas sean sancionadas, razón por la cual ha interpretado nuestro Máximo Tribunal que ante la existencia de una sanción de destitución procedente y a su vez la coexistencia de una protección especial por fuero maternal, paternal o inamovilidad laboral en forma permanente, el patrono debe proceder a levantar dicho fuero a los fines de hacer efectiva la decisión de la destitución y proceder así al retiro del funcionario o funcionaria de la función pública, a través del procedimiento de “desafuero” indicado por la Sala Constitucional.

De allí que para que la Administración pueda proceder a la destitución de un funcionario público investido de fuero y, por ende, de inamovilidad, deberá, en primer lugar, imputarle y comprobar la comisión de alguna de las causales de destitución consagradas por el artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, ello mediante la debida realización del procedimiento disciplinario regulado en sus artículos 89 y siguientes, para luego, solicitar ante la Inspectoría del Trabajo respectiva de conformidad con lo preceptuado en los artículos 421 y 422 de la Ley Orgánica del Trabajo, Los Trabajadores y Las Trabajadoras, la calificación de falta que permita despojar al funcionario del fuero que lo ampara.

3. Del criterio relativo al fuero maternal y los funcionarios de libre nombramiento y remoción

En conexión con lo expresado, es pertinente referir lo sostenido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la decisión N° 1496 del 11-11-2014, en la cual reiteró el criterio establecido en el año 2013, según el cual, estarán protegidas de inamovilidad laboral las trabajadoras en estado de gravidez desde el inicio de su embarazo.

La sentencia en comentario dejó sentado que “(...) es posible la remoción de una funcionaria o un funcionario de libre nombramiento y remoción, aunque goce de fuero maternal o paternal, pero no puede retirársele de la Administración Pública sin la realización de un procedimiento de ‘Desafuero’ previo”.

De allí que, para salvaguardar el derecho constitucional de protección a la maternidad y la paternidad, en el caso de las funcionarias y los funcionarios de libre nombramiento y remoción que tengan carrera administrativa previa, deben agotarse las gestiones legalmente previstas para reubicarles en un cargo de carrera que esté libre y sea de la misma jerarquía del último cargo de carrera que hubieren ocupado en la Administración Pública y aunque dichas gestiones resultaren infructuosas, no podrían ser retiradas o retirados sin un procedimiento de “desafuero”.

Por otra parte, cuando se trate de la remoción de funcionarios de libre nombramiento y remoción, que no tengan la condición de ser previamente de carrera administrativa, para ser retirados de la Administración Pública deberá seguirse igualmente el procedimiento de “desafuero”.

4. El procedimiento de “desafuero” previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras

El artículo 422 de la norma en referencia en cuanto a la solicitud de autorización del despido, traslado o modificación de condiciones prevé que:

...cuando un patrono o patrona pretenda despedir por causa justificada a un trabajador o trabajadora investido o investida de fuero sindical o inamovilidad laboral, trasladarlo o trasladarla de su puesto de trabajo o modificar sus condiciones laborales, deberá solicitar la autorización correspondiente al Inspector o Inspectora del Trabajo, dentro de los treinta días siguientes a la fecha en que el trabajador o trabajadora cometió la falta alegada para justificar el despido, o alegada como causa del traslado o de la modificación de condiciones de trabajo.

Tal autorización se tramitará mediante el siguiente procedimiento:

Primero, el patrono, patrona o sus representantes, deberán dirigir escrito al Inspector o Inspectora del Trabajo de la jurisdicción donde el trabajador o

trabajadora presta servicios, indicando nombre y domicilio del o de la solicitante y el carácter con el cual se presenta; el nombre y el cargo o función del trabajador o trabajadora a quién se pretende despedir, trasladar o modificar sus condiciones de trabajo y las causas que se invoquen para ello.

Segundo, el Inspector o la Inspectora del Trabajo, dentro de los tres días hábiles siguientes a la solicitud, notificará al trabajador o a la trabajadora para que comparezca a una hora determinada del segundo día hábil siguiente a su notificación para que de contestación a la solicitud presentada, y en este acto oírán las razones y alegatos que haga el trabajador, trabajadora o su representante y exhortará a las partes a la conciliación. La no comparecencia del patrono o patrona al acto de contestación se entenderá como desistimiento de la solicitud.

Tercero, de no lograrse la conciliación se abrirá una articulación probatoria de ocho días hábiles, de los cuales los tres primeros serán para promover pruebas y los cinco restantes para su evacuación. Si el trabajador o trabajadora no compareciere se considerará que rechazó las causales invocadas en el escrito presentado. Serán procedentes todas las pruebas establecidas en la Ley que rige la materia procesal del trabajo.

Cuarto, terminada la etapa probatoria, las partes tendrán dos días hábiles para presentar sus conclusiones.

Quinto, terminado el lapso establecido en el numeral anterior, el Inspector o Inspectora del Trabajo tendrá un lapso máximo de diez días hábiles para dictar su decisión. Para este procedimiento se considerará supletoria la Ley Orgánica Procesal del Trabajo al momento de la comparecencia del trabajador para dar respuesta a la solicitud del patrono o patrona. De esta decisión no se oírán apelación, quedando a salvo el derecho de las partes de interponer el recurso contencioso administrativo laboral ante los Tribunales laborales competentes.

5. Criterio fijado en la sentencia N° 522 del 11-05-2017, dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

En fecha 02-03-2017, el Juzgado Superior Estadal Noveno de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, remitió a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el expediente contentivo de la solicitud de “levantamiento de fuero maternal”, formulada por el apoderado judicial del Instituto Nacional de Desarrollo Rural (INDER), adscrito al Ministerio del Poder Popular para la Agricultura Productiva y Tierras contra una funcionaria pública.

La remisión ordenada se cumplió en atención a la consulta de jurisdicción planteada por el referido Juzgado, conforme a los artículos 59 y 62 del Código de Procedimiento Civil, de la sentencia dictada por el aludido Órgano

Jurisdiccional el 24-01-2017, por la cual declaró la falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a la Administración Pública para conocer el caso al considerar que son los Inspectores del Trabajo los competentes para resolver dicha solicitud.

La parte accionante presentó un escrito mediante el cual solicitó se le “AUTORICE LEVANTAR EL FUERO MATERNAL de la funcionaria pública de carrera ciudadana (...)”, señalando entre otras cosas, que la funcionaria “había quebrantando la relación laboral, incurriendo de esta manera en las causales de destitución establecidas en el artículo 86 numerales 6 y 9 de la Ley del Estatuto de la Función Pública”. Sin embargo, en virtud de que la funcionaria se encuentra protegida por fuero maternal, en vista del nacimiento de su hija “pidió se declare con lugar la solicitud para levantar el fuero maternal del cual goza la prenombrada funcionaria”.

Frente a tal situación, la Sala Político-Administrativa luego de un sucinto análisis, concluyó que conforme a lo previsto en el artículo 93 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, correspondía al Poder Judicial el conocimiento del presente asunto y, en consecuencia, a los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Región Capital; por lo tanto, revocó la decisión dictada el 24-01-2017 y ordenó la remisión del expediente al Juzgado Contencioso Administrativo de origen.

6. Problemas y ventajas de la figura del “desafuero”

Llama poderosamente la atención que las Salas Constitucional y Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia no aprecian con claridad la problemática jurídica que se presenta con la figura del “desafuero” en el caso de los funcionarios públicos, pues insisten en la aplicación de un procedimiento de “desafuero” de un servidor público ante un órgano administrativo.

Esa posición genera cierta inseguridad jurídica, toda vez que plantea la posibilidad de que un Juez deba esperar por la autorización de un órgano administrativo con competencias disímiles y generando –a simple vista– inconvenientes para determinar si es posible separar a un funcionario público de sus actividades o funciones en la Administración Pública.

Tal planteamiento no luce coherente, si tomamos en cuenta que la decisión que podría culminar en la imposición de una sanción disciplinaria sancionatoria del Juez se encuentra supeditada a la actuación (previa) de un Inspector del Trabajo (órgano administrativo), generando en este último una especie inmunidad frente la actuación judicial, lo cual –con el debido respeto– se traduce en un error de interpretación por parte de las mencionadas Salas, toda vez que el Juez Contencioso Administrativo podría perfectamente

revisar la vulneración de los derechos de los particulares y de oficio ordenar las medidas que considere procedentes.

Por otra parte, cuando observamos el contenido de la decisión N° 522 del 11-05-2017, dictada por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se generan nuevas dudas respecto al tema, pues de su lectura se desprende que la misma reconoce que la solicitud de “desafuero” de un funcionario público debe ser conocida por el Juez Contencioso; sin embargo, no aclara cómo debe realizarse dicha solicitud, qué procedimiento debe llevarse a cabo y si el Juez debe conocer únicamente de la procedencia o no del “desafuero”.

La indicada sentencia pone de relieve la posibilidad de que el Juez Contencioso Administrativo emita un pronunciamiento previo respecto al “desafuero”, el cual de resultar procedente, debe ordenar de inmediato la remisión de las actuaciones a la Inspectoría del Trabajo a los fines de que aplique el procedimiento previsto en la ley laboral en acatamiento del criterio de la Sala Constitucional. Esta situación un tanto extraña e impráctica fue precisamente la que no aclaró la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la decisión N° 522 del 11-05-2017.

De aceptar esa postura, el Juez Contencioso Administrativo tendría que asumir anticipadamente su opinión únicamente con relación a la procedencia o no del “desafuero” solicitado de un funcionario público que eventualmente podría estar sujeto a la aplicación de una sanción disciplinaria, viéndose obligado a ceder su competencia a un órgano administrativo, que será el encargado de emitir pronunciamiento en los mismos términos del Tribunal.

La situación descrita sigue generando más polémica, pues el Inspector del Trabajo podría dictar una Providencia Administrativa en términos distintos a los del Tribunal, lo cual conllevaría a la inevitable interposición de una demanda de nulidad conforme a lo preceptuado en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Y si ese argumento no fuese suficiente, valdría la pena pensar qué pasaría durante todo este tiempo con la sanción disciplinaria que ha quedado probada en un debido procedimiento por la Administración.

Esa problemática continúa, por cuanto podría abrirse la posibilidad de que el Juez Contencioso Administrativo pueda ser recusado por haber emitido opinión respecto a la procedencia del “desafuero” que se pretende resolver en nulidad según lo expresado en el párrafo que antecede, o por haber tenido conocimiento de la situación que acarrea la sanción disciplinaria.

El panorama previamente esbozado resulta más enrevesado aún, en el entendido de que la Sala Político-Administrativa en el fallo N° 522 no define en su análisis un aspecto clave, es decir, el procedimiento a seguir en este tipo

de casos, dejando un vacío interpretativo y generando una gran cantidad de dudas respecto a la aplicabilidad del criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, en busca de una interpretación armónica de las normas relacionadas con el tema objeto de estudio en el presente artículo, para los casos de solicitud de “desafuero” de los funcionarios públicos, vale la pena concluir preliminarmente, que el Juez contencioso Administrativo deberá resolver cualquier acción a través de la cual se pretenda el “desafuero” o la destitución (o ambas), verificando en primer lugar si el funcionario puede ser objeto de “desafuero” y luego proceder al análisis de procedencia de la sanción disciplinaria, sin la participación de la Inspectoría del Trabajo, bajo el procedimiento contemplado en la Ley del Estatuto de la Función Pública, por ser esta Ley la aplicable en el marco de una relación funcional a todas las reclamaciones de los funcionarios públicos.

Este criterio posee ventajas importantes, por cuanto primero aclara el tema de la competencia y el procedimiento bajo el cual debe tramitarse una acción de “desafuero” en caso de funcionarios públicos; segundo, concentra las actuaciones en un sólo procedimiento y ante un Juez natural; tercero, permite al Sentenciador evaluar de manera directa cada caso particular y ordenar –de ser procedente– la reincorporación o el pago del tiempo de protección constitucional; y cuarto, dicha posición se ajusta a la realidad circundante, pues es común que los representantes judiciales de la Administración se dirijan a la Jurisdicción Contencioso Administrativa a resolver la procedencia o no del “desafuero” y al mismo tiempo la procedencia o no de su sanción disciplinaria.

Conclusión

Sobre la interpretación realizada por los honorables Magistrados de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia N° 522 del 11-05-2017, se aprecia que ésta señaló muy someramente que el conocimiento del “desafuero” de un funcionario público le corresponde a los Juzgados Contencioso Administrativos y no de las Inspectorías del Trabajo; no obstante, el Máximo Tribunal de la República no explicó con claridad y firmeza qué más debe hacerse en este tipo de casos, dejando a los Administrados y a la misma Administración en una especie de limbo jurídico jurisprudencial.

ANÁLISIS DEL RÉGIMEN FUNCIONARIAL DEL AUDITOR INTERNO EN EL MARCO DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL FISCAL

Iván D. Paredes Calderón*

Resumen: A través del presente escrito se estudia el régimen legal aplicable al auditor interno como un funcionario designado por concurso público, y particularmente, ciertos elementos especiales como sus funciones, las fases del concurso a través de las cuales ingresa al puesto y el caso particular de su régimen disciplinario.

Palabras clave: Auditor interno; Control fiscal; Función pública

Summary: Through this paper we study the legal regime applicable to the internal auditor as an official appointed by public tender, and particularly, certain special elements such as their functions, the phases of the contest through which they enter the position and the particular case of their Disciplinary regime.

Key words: Internal auditor; Fiscal control; Public function

Introducción

Con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (LOCGRySNCF) de 2001¹, se efectuó la consolidación de la migración de las competencias en materia de control interno a dependencias dentro de los propios órganos y entes de la administración pública, todo lo cual es producto de las disposiciones que sobre la misma materia fue perfilando la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República del año 1995². Así, el artículo 145 de este último instrumento normativo, señalaba:

El Presidente de la República, en Consejo de Ministros, dictará las disposiciones relativas a la organización del control interno en la Administración Pública Nacional, de acuerdo a lo previsto en los artículos 70, 71 y 72 de esta Ley.

Dichas normas preverán el establecimiento de un órgano, adscrito al Ministerio de Hacienda, que será responsable de la orientación del control interno y de la dirección de la auditoría interna en las dependencias y organismos de la

* Abogado y especialista en Derecho Administrativo por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Cursante de la Especialización en Derecho Procesal de la UCV. Profesor de pre y postgrado en Derecho Administrativo en la UCV.

¹ Gaceta Oficial N° 37.347 de fecha 17 de diciembre de 2001.

² Gaceta Oficial N° 5.017 Extraordinario de fecha 13 de diciembre de 1995.

Administración Pública Nacional así como de ejercer las funciones en materia de contabilidad fiscal previstas en los artículos 73, 74 y 75 de esta Ley.

El órgano que establezca velará, así mismo, porque se adopten adecuados procedimientos para que en la adquisición de bienes y servicios se pacten precios justos y razonables.

Posteriormente, con la entrada en vigencia de la LOCGRySNCF de 2001, se estableció un marco normativo en el nivel legal que dio contenido más claro al sistema de control interno, todo lo cual se efectuó en los artículos 35 al 41 del Capítulo II "*Del Control Interno*", Título II "*El Sistema Nacional de Control Fiscal*". A tales efectos, resulta relevante señalar que el artículo 35 dispuso lo que puede enmarcarse como actividades de control interno, siendo importante el contenido del artículo 38 que indica:

El sistema de control interno que se implante en los entes y organismos a que se refieren el Artículo 9, numerales 1 al 11 de esta ley deberá garantizar que antes de proceder a la adquisición de bienes o servicios, o a la elaboración de otros contratos que impliquen compromisos financieros, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. Que el gasto esté correctamente imputado a la correspondiente partida del presupuesto o, en su caso, a créditos adicionales.
2. Que exista disponibilidad presupuestaria.
3. Que se hayan previsto las garantías necesarias y suficientes para responder por las obligaciones que ha de asumir el contratista.
4. Que los precios sean justos y razonables, salvo las excepciones establecidas en otras leyes.
5. Que se hubiere cumplido con los términos de la Ley de Licitaciones, en los casos que sea necesario, y las demás leyes que sean aplicables.

Asimismo, deberá garantizar que antes de proceder a realizar pagos, los responsables se aseguren del cumplimiento de los requisitos siguientes:

1. Que se haya dado cumplimiento a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables.
2. Que estén debidamente imputados a créditos del presupuesto o a créditos adicionales legalmente acordados.
3. Que exista disponibilidad presupuestaria.
4. Que se realicen para cumplir compromisos ciertos y debidamente comprobados, salvo que correspondan a pagos de anticipos a contratistas o avances ordenados a funcionarios conforme a las leyes.

5. Que correspondan a créditos efectivos de sus titulares. (Resultado propio).

Nótese, que de forma indubitable resulta la identificación del sistema de control previo plasmado en esta disposición por conducto de la existencia del adverbio de tiempo “antes” todo lo cual se mantiene en términos similares con la LOCGRySNCF de 2010 (vigente para el presente momento).

Ahora bien, descendiendo al nivel sub legal, tenemos entonces que el Reglamento de la Ley *ejusdem* establece o delimita el órgano encargado de ejercer esta función de control interno y previo en su artículo 20, al señalar a la Unidad de Auditoría Interna como el “órgano o entidad” encargada de prestar el servicio de auditoría interna en los términos establecidos en la Ley; que abarcará la evaluación del grado de cumplimiento y eficacia de los sistemas de administración e información gerencial y de los instrumentos de control interno incorporados en ellos y el examen de los registros y estados financieros, para determinar su pertinencia y confiabilidad, así como la evaluación de la eficiencia, eficacia, economía, calidad e impacto de su gestión; sin perjuicio de las competencias que la Ley le atribuye en materia de potestades investigativas y de determinación de responsabilidades.

De esta manera, y habiendo efectuado esta breve pero necesaria aproximación introductoria a las funciones de la unidad de control interno, hemos de abordar a cabalidad el objeto de estudio del presente trabajo y que lo constituye el titular de ese órgano de control, y que es el Auditor Interno.

Ya hemos venido observando las funciones que posee la Unidad de Auditoría a grandes rasgos³, ahora bien, en lo que se refiere al Auditor Interno como funcionario público, tenemos entonces que el mismo se erige como el funcionario público designado por concurso público, siendo la máxima autoridad del órgano de control interno que se establezca en los órganos y entes de la Administración Pública, a saber, la Unidad de Auditoría Interna.

1. Funciones del auditor interno

Si bien ya hemos delimitado las funciones de la calificada unidad de auditoría interna, según lo dispuesto en el artículo 20 de la LOCGRySNCF, corresponde ahora tratar de delimitar las funciones propias del auditor interno como el funcionario de mayor jerarquía dentro de esta dependencia de control interno, siendo que la misma tiene otras oficinas como es el caso de la dependencia de control posterior y la de determinación de responsabilidades.

³ Para mayor información véase: Paredes Calderón, Iván D. “Aproximación a las unidades de auditoría interna como órganos de control fiscal interno”. *Anuario de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela*. CIDEP. Caracas, 2017, pp. 10-25.

Así, tenemos que si bien en la LOCGRySNCF no se señalan las competencias particulares del funcionario (pero sí del órgano de control interno según su artículo 40), la Contraloría General de la República en ejecución de las competencias que le asignó la ley *ejusdem* en el artículo 33 numerales 1 y 9, dictó los *Lineamientos para la Organización y Funcionamiento de las Unidades de Auditoría Interna*⁴, el cual según su 1° disposición (Capítulo I) ha de servir como guía para definir los aspectos relativos a la organización y funcionamiento de las unidades de auditoría interna de los órganos y entes a que se refieren los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la LOCGRySNCF, en cuanto al establecimiento de su estructura organizativa y distribución de competencias entre las dependencias que la componen, así como de servir de insumo para la elaboración de la normativa interna que los regulan.

En este sentido, tenemos entonces que este instrumento normativo contempla expresamente cuáles son las atribuciones que han de poseer los auditores internos según los manuales que a tales efectos el órgano o ente respectivo proceda a elaborar, y que se circunscriben a las siguientes:

1. Planificar y supervisar las actividades desarrolladas por las áreas que conforman la unidad de auditoría interna.
2. Elaborar y someter a la aprobación de la máxima autoridad jerárquica del respectivo órgano o ente, el reglamento interno, la resolución organizativa, así como, los manuales de organización, normas y procedimientos, con el fin de regular el funcionamiento de la unidad de auditoría interna.
3. Aprobar el Plan Objetivo Anual del órgano de control fiscal interno y coordinar la ejecución del mismo.
4. Coordinar la elaboración del proyecto de presupuesto de la unidad de auditoría interna.
5. Asegurar el cumplimiento de las normas, sistemas y procedimientos de control interno, que dicte la Contraloría General de la República; la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, en el caso de los órganos del Poder Ejecutivo Nacional y sus entes descentralizados; y la máxima autoridad del órgano o ente.
6. Elaborar el informe de gestión anual de la unidad de auditoría interna y presentarlo ante la máxima autoridad jerárquica del respectivo órgano o ente.
7. Declarar la responsabilidad administrativa, formular reparos, imponer multas, absolver de dichas responsabilidades o pronunciar el sobreseimiento.

⁴ Gaceta Oficial N° 39.408 de fecha 22 de abril de 2010.

8. Decidir los recursos de reconsideración y/o de revisión interpuestos contra las decisiones que determinen la responsabilidad administrativa, formulan reparos e impongan multas.
9. Solicitar a la máxima autoridad jerárquica del órgano o ente la suspensión en el ejercicio del cargo de funcionarios sometidos a una investigación o a un procedimiento administrativo para la determinación de responsabilidades.
10. Comunicar los resultados, conclusiones y recomendaciones de las actuaciones practicadas, a las dependencias evaluadas y demás autoridades a quienes legalmente esté atribuida la posibilidad de adoptar medidas correctivas.
11. Participar a la Contraloría General de la República, el inicio de las investigaciones que ordena, así como de los procedimientos administrativos para la determinación de responsabilidades que inicia.
12. Participar a la Contraloría General de la República las decisiones de absolucón o sobreseimiento que dicta.
13. Remitir al Contralor General de la República copia certificada de la decisión que declare la responsabilidad administrativa, así como del auto que declare la firmeza de la decisión o de la resolución que resuelva el recurso de reconsideración, a fin de que éste acuerde la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses; la destitución o la imposición de la inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años del declarado responsable, por haber incurrido en alguno de los supuestos generadores de responsabilidad administrativa.
14. Remitir al Ministerio Público la documentación contentiva de los indicios de responsabilidad penal y civil cuando se detecta que se ha causado daño al patrimonio de un órgano o ente de los señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, pero no sea procedente la formulación de un reparo.
15. Expedir copias certificadas de los documentos que reposen en los archivos de la unidad de auditoría interna y delegar esta competencia en funcionarios del órgano de control fiscal.
16. Certificar y remitir a la contraloría General de la República las copias de los documentos que reposen en los archivos de las dependencias del órgano o ente sujeto a su control, que ésta les solicite en su carácter de órgano rector del Sistema Nacional de Control Fiscal, actuando de conformidad con lo previsto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

17. Remitir a la Contraloría General de la República o al órgano de control externo competente, según corresponda, el acta de entrega de la unidad de auditoría interna a su cargo, de conformidad con lo previsto en la normativa que regula la entrega de los órganos y entidades de la Administración Pública y de sus respectivas oficinas o dependencias.

18. Recibir las cauciones presentadas por los funcionarios encargados de la administración y liquidación de ingresos o de la recepción, custodia y manejo de fondos o bienes públicos, antes de la toma de posesión del cargo.

19. Recibir las denuncias de particulares o las solicitudes que formule cualquier órgano, ente o empleado público, vinculadas con la comisión de actos, hechos u omisiones contrarios a una disposición legal o sublegal, relacionados con la administración, manejo y custodia de fondos o bienes públicos, del órgano o ente sujeto a su control.

20. Firmar la correspondencia y documentos emanados de la unidad de auditoría interna.

21. Las demás que señalen las leyes y normativa que le sea aplicable.

Asimismo, es importante mencionar que estas funciones son ratificadas en otro instrumento normativo dictado por la Contraloría General de la República y que es el *“Modelo Genérico de Reglamento Interno de Unidades de Auditoría Interna”*⁵ y que básicamente ha sido concebido por el máximo órgano de Control Fiscal como un elemento marco a tomar en consideración al momento en que el órgano o ente proceda a elaborar el Reglamento Interno de su propia unidad de auditoría interna.

De esta manera, ha quedado puntualizado al menos preliminarmente, cuáles son las funciones del auditor interno, como funcionario de máximo nivel dentro de la dependencia de control interno de que trate, sea que se le califique como Unidad de Auditoría Interna, Dirección de Auditoría Interna, Coordinación de Auditoría Interna, entre otros; lo sustancial es que esa dependencia tenga asignadas las competencias en materia de control interno que prescribe la Ley y desarrolla el Reglamento, siendo que las mismas marcan igualmente el límite de las atribuciones que el auditor interno puede ejercer.

2. Forma de ingreso

Ahora bien, lo anterior nos lleva al análisis de su forma de ingreso, todo lo cual naturalmente nos lleva a considerar el contenido del artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que prescribe:

⁵ Gaceta Oficial N° 39.827 de fecha 23 de diciembre de 2011.

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 y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley.

El ingreso de los funcionarios públicos y funcionarias públicas 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 con su desempeño. (Resaltado propio).

La disposición anterior consiguió, respecto del auditor interno en particular, desarrollo en el contenido de la LOCGRySNCF de 2010, la cual en su artículo 27 señala:

Artículo 27. Todos 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 o Contralora General de la República.

Los titulares así designados o designadas, no podrán ser removidos o removidas, ni destituidos o destituidas del cargo sin la previa autorización del Contralor General de la República, a cuyo efecto se le remitirá la información que éste o ésta requiera. (Resaltado propio).

Concretamente, esos “órganos de control fiscal” a que hace referencia el artículo anterior, son las Unidades de Auditoría Interna, por lo que básicamente tenemos entonces la obligatoriedad por mandato constitucional y legal, de que este particular funcionario ingrese a la función pública en base a un concurso público, siendo dotados de esta manera de la estabilidad suficiente para poder ejercer la función de control a cabalidad, sin ningún tipo de temor, influencia o manipulación de la máxima autoridad del órgano o ente de que se trate.

A mayor abundamiento, es importante contrastar esta estabilidad en el ejercicio de sus funciones con el nivel de adscripción que ordena el Reglamento de la LOCGRySNCF debe tener la Unidad de Auditoría Interna, siendo que señala en su artículo 19 que deberá estar adscrita al máximo nivel jerárquico de la estructura organizativa; asimismo, hemos de tener en cuenta que este mismo artículo indica de forma notoria que gozará del mayor grado de independencia dentro de la organización. De allí, entonces tenemos que el Auditor Interno como titular del órgano de control interno, ejecutará sus funciones muy de cerca de la máxima autoridad, sin que esta cercanía implique manipulación en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, la realidad ha demostrado una situación muy diferente a la reglamentación sobre la forma de ingreso antes indicada. Es el caso que, más

allá de dar fiel cumplimiento al ingreso por concurso de los funcionarios que van a ocupar el cargo de Auditor Interno, lamentablemente se ha adoptado la mala práctica de adoptar el sistema de las encargadurías como la regla, en frontal burla al sistema de ingreso por concurso consagrado.

De la situación anterior, múltiples ejemplos tenemos, baste con citar algunos para ilustrar al lector sobre lo antes indicado: (i) *Gaceta Oficial N° 41.557 del 04-01-2019*, Providencia mediante la cual se designa al ciudadano Erick Joel Toro Terán, como Auditor Interno, Encargado, de BOLIPUERTOS; (ii) *Gaceta Oficial N° 41.558 del 07-01-2019*, Providencia N° 153- CD-07, mediante la cual se designa al ciudadano Jaime Augusto Pire González, como Auditor Interno, Encargado, del Instituto Nacional de Canalizaciones; (iii) *Gaceta Oficial N° 41.586 del 14-02-2019*, Resolución mediante la cual se designa al ciudadano Heli Rafael Romero Graterol, como Director General⁶ de la Oficina de Auditoría Interna, en calidad de encargado, del Ministerio del Poder Popular para las Comunas y Movimientos Sociales; (iv) *Gaceta Oficial N° 41.610 del 04-04-2019*, Providencia mediante la cual se designa al ciudadano Frank Gabriel Sanoja Capote, como Auditor Interno, en calidad de Encargado, de la Oficina de Auditoría Interna de FUNDACREDESA y se delega la competencia, certificación, y firma de los documentos, trámites y demás actuaciones que conciernen a su cargo; y (v) *Gaceta Oficial N° 41.632 del 14-05-2019*, Resolución N° 037 del 13-05-2019, mediante la cual se designa al ciudadano Douglas José Carrasquel García, como Auditor Interno (Encargado) del Ministerio del Poder Popular para Hábitat y Vivienda.

Nótese que el elemento común en todas estas designaciones es su condición de encargado siendo que, como se ha venido señalado en líneas previas, puede ser un elemento que comprometa notoriamente la estabilidad e independencia del funcionario respectivo al momento de ejercer sus funciones de control. A tales efectos, imagínese a modo de ejemplo, un auditor interno en condición de encargado que pretenda iniciar una auditoría sobre los procedimientos de contratación canalizados bajo la modalidad de adjudicación directa del órgano o ente, siendo que presume la existencia de irregularidades que pudieren comprometer la responsabilidad de la máxima autoridad (que lo designó y puede en cualquier momento revocarle esa designación de encargaduría) y de cualquier otro funcionario del nivel de gerencia afín con dicho jerarca. ¿Es que acaso será imparcial la investigación y la formulación de los hallazgos de auditoría?, consideramos que precisamente en supuestos como este es que emerge la importancia del concurso como forma de ingreso, toda vez que el mismo, además de

⁶ En la práctica, muchos calificativos ha adoptado el cargo de auditor interno. Así, por ejemplo, se ha visto su designación bajo el calificativo de Gerente de Control Interno, Gerente de Auditoría Interna, Director General de Auditoría Interna, entre otros.

garantizar el ingreso del funcionario cuyas credenciales sean las más idóneas, igualmente garantiza al funcionario público su estabilidad en el cargo y lo blindo ante cualquier eventual ejercicio de poder que busque, precisamente, afectarle por el ejercicio legal de sus competencias.

3. Fases del concurso para la designación del auditor interno

Tal y como se ha indicado en líneas precedentes, por mandato del artículo 27 de la LOCGRySNCF se hace necesario la celebración de un concurso a los fines de dotar a la unidad de auditoría interna de un funcionario con las credenciales suficientes para ocupar dicho cargo lo cual, una vez superado, lo inviste de la estabilidad en el cargo que lo protege. En virtud de ello, corresponde ahora efectuar un estudio de las fases que integran el mencionado concurso a los fines de obtener una perspectiva más completa de esta forma de ingreso en el ámbito del control fiscal.

De esta manera, tenemos que el concurso antes indicado fue desarrollado por la Contraloría General de la República a través del *“Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales y los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados”*⁷, el cual establece los pasos a seguir para la convocatoria y sustanciación del procedimiento administrativo respectivo tendente a la designación del auditor interno.

En este orden de ideas, el procedimiento para la designación del titular de la unidad de auditoría interna conforme a la normativa indicada, sería el siguiente:

(i) El concurso público para la designación de los titulares de las unidades de auditoría interna de los órganos que ejercen el Poder Público Nacional, Estatal, Distrital o Municipal y sus entes descentralizados, será convocado por la máxima autoridad jerárquica del respectivo ente u organismo mediante acto motivado, dentro de los treinta días hábiles siguientes a la fecha del vencimiento del período para el cual fue designado el auditor interno saliente; de producirse la vacante absoluta del cargo después de transcurridos seis meses, contados a partir de su designación; o del inicio de las actividades, en caso de constitución de Unidades de Auditoría Interna (artículo 6, párrafo 2).

Es de resaltar que, en el caso en que la autoridad competente no hubiere efectuado la convocatoria a que se hace referencia en el punto anterior, el Contralor General de la República podrá, mediante Resolución motivada que deberá ser publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, convocar los concursos públicos para la designación de los

⁷ Gaceta Oficial N° 39.350 de fecha 20 de enero de 2010.

titulares de los órganos de control fiscal respectivos, todo ello sin perjuicio de las sanciones que pudieren derivarse del incumplimiento de la obligación de convocar el concurso. Asimismo, de ser este el caso, en la Resolución de la Contraloría General se ordenará al órgano o autoridad correspondiente, efectuar el llamado público a participar en el concurso, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la publicación de la citada Resolución y garantizar al jurado que lo tramite hasta su culminación (artículo 7).

(ii) Una vez efectuada la convocatoria del concurso, y dentro de los cinco días hábiles siguientes a la misma, el mismo órgano o autoridad a quién corresponde efectuar la convocatoria deberá (artículo 8), *primero*, designar dos representantes en el Jurado con sus respectivos suplentes; *segundo*, notificar a los órganos y entidades que se indican a continuación para que designen a un representante en el Jurado con su respectivo suplente: a la Contraloría General de la República, cuando se trate de concursos para la designación de los titulares de las unidades de auditoría interna de los órganos que conforman el Poder Legislativo, Judicial, Ciudadano y Electoral a nivel Nacional; del Banco Central de Venezuela; del Contralor del Municipio Libertador del Distrito Capital; del Contralor del Distrito Metropolitano de Caracas, así como los titulares de las Unidades de Auditoría Interna de las Contralorías de los Estados; a la Superintendencia Nacional de Auditoría Interna, sólo cuando se trate de concursos para la designación de los titulares de las unidades de auditoría interna de los órganos y entes que conforman el Poder Ejecutivo Nacional a través de la Administración Pública Nacional Central y Descentralizada Funcionalmente; a la Contraloría del Estado, Distrito o Municipio según su ámbito de competencia, cuando se trate de concursos para la designación de los titulares de la unidad de auditoría interna de los órganos que ejercen el Poder Público Estadal, Distrital y Municipal; a las máximas autoridades del órgano o ente de adscripción o tutela cuando se trate de concursos para la designación de los titulares de la unidad de auditoría interna de los órganos y entes adscritos a los órganos que ejercen el Poder Público Nacional indicados al inicio; y a las máximas autoridades del órgano o ente de adscripción o tutela cuando se trate de concursos para la designación de los titulares de la unidad de auditoría interna de los órganos y entes adscritos a los órganos que ejercen el Poder Público Estadal, Distrital y Municipal; y *tercero*, efectuar el llamado público a participar en el concurso.

(iii) Se procederá a tomar el debido juramento a los miembros del Jurado y a sus respectivos suplentes, dentro de los tres días hábiles siguientes a la designación de todos sus miembros. Igualmente, las autoridades anteriormente mencionadas, deberán proceder a designar a sus representantes en el jurado dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación (artículo 9) y si no lo hicieren dentro de este lapso, el ente u órgano convocante deberá llenar esa vacante designándolo él mismo, lo cual

hará dentro de los diez días hábiles siguientes al vencimiento del lapso anteriormente señalado.

(iv) Una vez vencidos los lapsos anteriores, el órgano o autoridad competente para efectuar la convocatoria, procederá a efectuar el llamado público a participar en el concurso a través de la publicación de un anuncio en prensa que deberá ser publicado en un diario de mayor circulación nacional, sin embargo, el mismo reglamento señala la posibilidad de publicar esa convocatoria en otro diario de publicación regional o de la localidad en la que tiene su asiento el ente u órgano convocante, lo cual luce correcto ya que en muchas ocasiones aquellos diarios que poseen por su tiraje mayor circulación nacional no abarcan ciertas zonas o regiones a las que sí llegan algunos diarios regionales e incluso locales.

Ahora bien, una vez efectuada la publicación en prensa de la convocatoria (y si son varias ha de entenderse que desde la última de ellas) deberán dejarse correr cinco días hábiles, luego de los cuales los aspirantes podrán efectuar la formalización de su inscripción que no podrá exceder de diez días hábiles (Artículo 11).

(v) Finalizado el lapso de inscripción, y dentro de los quince días hábiles siguiente, el Jurado procederá a evaluar las credenciales de los aspirantes para "determinar su nivel de capacitación y experiencia laboral", por lo cual realizará las entrevistas de panel y procederá a elaborar una lista por orden de mérito de aquellos que reúnan los requisitos exigidos para el cargo (artículo 35) para que, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, sea enviada a la máxima autoridad del órgano o ente que convocó al concurso a los fines de su publicación en la Secretaría o Dependencia responsable del área de Recursos Humanos (artículo 35).

(vi) Una vez cumplida la fase anterior del procedimiento, y dentro de los dos días hábiles siguientes a la recepción de la lista a la que se hizo referencia, la autoridad convocante publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, o del respectivo ente político territorial, según sea el caso, el resultado de la evaluación y la identificación del ganador del concurso (artículo 45), así como también dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación de los resultados por el Jurado, se procederá a notificar a cada uno de los participantes sobre la puntuación que hubieren obtenido, así como la del ganador y el lapso para la aceptación del cargo, fecha de juramentación y toma de posesión. De igual manera, una vez notificado el ganador del concurso, dispondrá de cinco días hábiles a partir de su notificación para aceptar el cargo (artículo 47). En caso de que no se presentare a aceptar su designación, el órgano o autoridad convocante designará y posesionará dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquel participante que le sigue en la lista por orden de méritos, todo ello atendiendo a la

necesidad de proveer de un titular al órgano de control interno y no perder el esfuerzo y recursos ejecutados en el trámite del mismo.

(vii) Como fase final, tenemos entonces que este procedimiento culmina con la juramentación y toma de posesión del cargo por quien hubiere resultado ganador del concurso, o por quien le hubiere sido adjudicado el cargo en caso de falta de juramentación del ganador según lo que se ha venido señalando, lo cual conforme lo dispuesto en el artículo 46 del RLOCGRySNCF deberá hacerse dentro de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento del lapso previsto para la aceptación del cargo a que se refiere el artículo 47.

Es importante hacer énfasis en que este sería el procedimiento para la designación de los auditores internos de los órganos y entes de la Administración Pública, toda vez que las disposiciones analizadas poseen igualmente otras vertientes aplicables al concurso para la designación de los titulares de los órganos de control externo que, por el alcance de la presente contribución, no fueron referenciados.

4. Régimen sancionatorio aplicable

Una vez analizado la forma de ingreso del auditor interno en el marco de la normativa que rige la materia, corresponde ahora hacer mención al régimen disciplinario aplicable, toda vez que si bien el mismo una vez superado el concurso público, adquiere estabilidad en el cargo, ello no es óbice para pensar que la misma es absoluta, ya que le garantiza que no podrá ser removido del cargo sin la sustanciación previa de un procedimiento administrativo tendente a la verificación del acaecimiento de la falta administrativa que le es imputada, es decir, posee estabilidad en el cargo hasta tanto no incurra en algún supuesto disciplinario que amerite su destitución previo el debido procedimiento que garantice sus derechos.

No obstante ello, debemos tomar en consideración el contenido de los artículos 54, 55 y 56 del Reglamento, que señalan:

Artículo 54. Para la remoción o destitución de los titulares de los órganos de control fiscal de los organismos y entidades señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de la Ley, designados mediante concurso público, se requerirá la autorización previa del Contralor General de la República, para cuyo otorgamiento debe mediar solicitud formal y motivada de la autoridad competente requiriendo la autorización. En el supuesto de que la autoridad competente sea una junta directiva u órgano similar, deberá acompañarse el acta en que conste haberse acordado efectuar la solicitud en referencia. Contenido del Expediente

Artículo 55. La solicitud a que se refiere el artículo anterior se acompañará de un expediente que deberá contener lo siguiente:

- 1) Solicitud formal y motivada de la autoridad competente.
- 2) Informe en el cual se precisen los hechos irregulares o las faltas en que haya incurrido el titular del órgano de control fiscal, así como las normas legales en las que se tipifiquen tales hechos o faltas, si fuere el caso.
- 3) Los elementos probatorios de los hechos irregulares o las faltas en referencia.
- 4) Toda la documentación donde consten las actuaciones de las autoridades competentes realizadas para garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso del titular del órgano de control fiscal.
- 5) Toda la documentación donde consten las actuaciones que hubiere realizado el titular del órgano de control fiscal en su defensa.
- 6) Cualquier otra documentación o información adicional que se estime conveniente o sea requerida por la Contraloría General de la República. Los documentos que conformen el expediente deberán constar en original o copia debidamente certificada. Lapso para tramitar y resolver la solicitud

Artículo 56. La solicitud de autorización para la remoción o destitución de los titulares de los órganos de control fiscal, se tramitará y resolverá dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la recepción del expediente respectivo. Cuando la Contraloría General de la República solicite documentación o información adicional el citado lapso comenzará a contarse una vez que ésta sea recibida. Se entenderá que la remoción o destitución ha sido autorizada, si la decisión no es emitida dentro del plazo indicado.

Teniendo en cuenta las disposiciones anteriores, pareciera entonces que la única sanción disciplinaria que, según este instrumento, es posible aplicarle al auditor interno es la de destitución, sin embargo, si bien se señala que previo al acto de destitución es necesaria la autorización del Contralor General de la República, nada se dice respecto de cuál será el procedimiento administrativo a aplicar (en cuanto a sus fases) ni tampoco se menciona nada respecto de las faltas en las cuales pudiere incurrir el auditor interno en el ejercicio de sus funciones, lo cual es vital para la satisfacción del derecho a la legalidad y seguridad jurídica en el derecho administrativo sancionador.

De esta manera, consideramos que ante este vacío legal, deberá aplicarse el procedimiento administrativo y las causales de destitución contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, siempre y cuando el órgano o ente de que se trate no se encuentre dotado de un estatuto de personal propio, caso en el cual deberá ceñirse al contenido de ese instrumento normativo. No obstante, si bien este sería el procedimiento aplicable, naturalmente previo a proceder a la destitución del funcionario, sería necesaria la autorización de la Contraloría General de la República para proceder a la final destitución (o en su defecto, el transcurso de los 30 días a que hace referencia la norma luego

de la solicitud de autorización sin respuesta alguna, que sería una modalidad de silencio positivo).

Sin embargo, pudiere subsistir la duda relativa al valor de esa “autorización” que otorga el Contralor General de la República para proceder a la destitución del funcionario público, respecto de la cual consideramos que la misma le permite precisamente al funcionario decisor dictar su acto administrativo definitivo del procedimiento, sea cual sea la disposición contenida en el mismo, toda vez que la autorización no puede entenderse como la destitución en sí, sino que ha de entenderse como un acto fundamental según el ordenamiento jurídico para otorgarle *validez* al acto que sea dictado *a posteriori*, ya que la falta de esa autorización (o su solicitud) acarreará la nulidad del acto administrativo dictado.

De esta forma, consideramos pudiere ser resuelto este enorme vacío legal existente sobre la materia, siempre teniendo en consideración un criterio interpretativo armónico con los postulados garantistas que sobre el derecho a la defensa consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Conclusiones

De las líneas precedentes, se ha podido conocer algunos aspectos relativos al régimen aplicable al auditor interno como funcionario público que, por mandato legal, ha de ingresar a la Administración Pública a través de un concurso público de credenciales que garantice la escogencia de aquel candidato más idóneo para el cumplimiento de la delicada función del control.

Sin embargo, como se ha podido apreciar, aún falta mucho por mejorar respecto de este tema, ya que lamentablemente en nuestro país no se ha querido dar cumplimiento al artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, menos aún, en materia de control fiscal, en la cual cada vez más son los auditores internos encargados en el ejercicio de esa delicada función.

Esta situación, no es más que una de las expresiones del patente estado de abandono e ilegalidad por el que transcurrimos, siendo que la materia del control fiscal no ha sido la excepción, más aún en momentos en los cuales los casos de corrupción son denunciados a gritos y naturalmente, dicho control resulta incómodo para aquellos que manejan fondos públicos a su total arbitrio.

Esperamos que en un futuro no muy lejano, esta materia adquiera la importancia debida, siendo sin duda alguna un necesario elemento que contribuirá al ejercicio de una sana actividad administrativa.

COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA

Septiembre – Diciembre 2018

Iván D. Paredes Calderón y Mileimi Morales

SUMARIO

I. La Ley del Estatuto de la Función Pública. 1. Reserva legal. A. Convención colectiva y la reserva legal. 2. Régimen de los funcionarios públicos bajo la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa.

II. Funcionarios públicos. 1. Tipos: carrera y libre nombramiento y remoción. A. Libre nombramiento y remoción. 2. Desaplicación de normas violatorias de la carrera. 3. Régimen funcional de los jueces.

III. Derechos de los funcionarios públicos. 1. Otros beneficios laborales. A. Indexación sobre prestaciones sociales. 2. Pago de prestaciones sociales.

IV. El sistema de administración de personal. 1. Reducción de personal. A. Gestiones reubicatorias.

V. Las situaciones activas de los funcionarios públicos. 1. Permisos y licencias. A. Efecto de los permisos por enfermedad y la potestad disciplinaria.

VI. Protección a la maternidad y paternidad en la función pública. 1. Contenido y alcance. A. Supuesto de procedencia.

VII. Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos. 1. Causales de destitución. A. Falta de probidad. 2. Derecho sancionatorio y derecho penal.

VIII. Procedimiento administrativo disciplinario. 1. Debido proceso.

I. LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1. RESERVA LEGAL

A. CONVENCIÓN COLECTIVA Y LA RESERVA LEGAL

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

03 de octubre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2011-000826.

Sentencia Nro.: 345.

Caso: Juan Crisóstomo Gómez Tarazona vs CVG.

Ponente: Freddy Vásquez Bucarito.

De la norma transcrita, se desprende que la Carta Magna establece el derecho a la libertad Sindical de los trabajadores, sin autorización alguna y sin

necesidad de autorización previa, por lo que los mismos podrán constituir libremente las organizaciones sindicales que crean convenientes para defender sus derechos e intereses.

Ello así, en concordancia con lo previsto en la norma antes indicada, es necesario señalar que el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública establece, que:

(...)

De igual manera, el artículo 32 de la ley ejusdem, establece que:

(...)

De las normas transcritas, este Órgano Jurisdiccional concluye que los funcionarios públicos gozarán de los mismos beneficios contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Trabajo, por lo tanto, las Convenciones Colectivas del Trabajo celebradas en el contexto de una relación funcional, deberán respetar aquellos principios cuya disposición les está vedada en razón de la reserva legal que reviste la materia estatutaria funcional.

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

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

27 de septiembre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2011-000766.

Sentencia Nro.: 2018-0370.

Caso: Eligia Josefina Toledo vs. Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES).

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

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

cuales se encuentra el concurso; y, iii) prestar servicio de carácter permanente.

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

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

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

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

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.

II. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. TIPOS: CARRERA Y LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

01 de noviembre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2012-000218.

Sentencia Nro.: 2018-0415.

Caso: Mirtha Elena Herrera Torrealba vs. Defensa Pública.

Ponente: Emilio Ramos González.

En primer lugar, se aprecia que el referido artículo establece que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera y se exceptúan de ello, los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y los obreros al servicio de la Administración Pública.

Posterior a ello, establece la referida norma que el ingreso de los funcionarios públicos y las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia y, que el ascenso en los cargos de carrera estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño.

Congruente con lo expuesto, interesa destacar la intención del constituyente con la promulgación de la prenombrada norma, la cual se encuentra reflejada en la Exposición de Motivos, cuando expresa lo siguiente:

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 dará acceso a la carrera administrativa y a la consecuente estabilidad del funcionario.

En consecuencia, se aprecia que el constituyente quiso establecer definitivamente un ingreso a la carrera administrativa con fundamento en las aptitudes y méritos de los aspirantes, mediante la realización de concurso de oposición para las plazas disponibles dentro de la Administración Pública, con la finalidad de organizar y consagrar una Administración eficiente y expedita al servicio de los intereses de la Nación y de los ciudadanos.

A. LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

27 de septiembre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2010-000318.

Sentencia Nro.: 2018-0371.

Caso: Stiwán Gabriel Puga González vs. Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Capital.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

Ello así, observa esta Corte que los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece que:

(...omissis...)

Esta disposición es enunciativa, por lo que partiendo de tal apreciación, considera esta Corte que lo determinante para considerar un cargo de confianza, es precisar la existencia de una norma que estipule taxativamente que el cargo es de libre nombramiento y remoción, y a falta de ésta, indagarse sobre la naturaleza de las labores que el Ordenamiento Jurídico asigna al

mismo, es decir, que correspondería al Juez verificar las funciones inherentes al cargo, con independencia que el funcionario que lo ocupa las desarrolle o no, entendiendo por inherente aquello que por su naturaleza está de tal manera unido a otra cosa que no puede separarse de ella.

Como corolario de lo anterior, considera esta Corte que, a los fines de determinar la naturaleza de un cargo, debe indagarse en primer lugar, si taxativamente el cargo fue catalogado de libre nombramiento y remoción por alguna norma, y a falta de ésta, determinar la naturaleza de las funciones que le son inherentes, sin que le sea permitido al funcionario ni a las autoridades, mediante actos administrativos individuales, modificar o alterar las atribuciones inherentes al mismo, previamente asignadas por el Ordenamiento Jurídico, so pena que una modificación de facto altere el funcionamiento de la Administración.

2. DESAPLICACIÓN DE NORMAS VIOLATORIAS DE LA CARRERA

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

18 de octubre de 2018.

Expediente Nro.: 18-0234.

Sentencia Nro.:0681.

Caso: Jorapalt Alejandrina Aldana Farías.

Ponente: Arcadio Delgado Rosales.

Así las cosas, se observa que en el presente caso se vulnera la estabilidad específica reconocida a los funcionarios públicos, garantía contenida en el artículo 146 de la Carta Magna. Asimismo, se tiene que la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción, en los cuales se carece de la estabilidad que proporciona la carrera administrativa, no implica constitucionalizar una exclusión total de dicha carrera administrativa, que es lo que pretenden las normas desaplicadas, por cuanto esos cargos son excepciones dentro de la Administración Pública, lo cual no puede constituirse en una generalidad.

En tal sentido, esta Sala declara conforme a derecho la desapplicación de los artículos 21 de la Ordenanza de Reforma de la Ordenanza sobre el Instituto Autónomo de Policía Administrativa Municipal, publicada en la Gaceta Municipal del Municipio Girardot del Estado Aragua N° 2152 Extraordinario del 24 de diciembre de 2002 y 48 del Reglamento de la Ordenanza sobre el Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Girardot, publicado en la Gaceta Municipal del Municipio Girardot del Estado Aragua N° 2196 Extraordinario del 14 de enero de 2003. Así se decide.

3. RÉGIMEN FUNCIONARIAL DE LOS JUECES

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

15 de noviembre de 2018.

Expediente Nro.: 2009-0378.

Sentencia Nro.: 1134.

Caso: María Guadalupe Rivas de Herrera vs Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Ponente: María Carolina Ameliach Villarroel.

En tal sentido, debe advertirse que conforme lo ha venido señalando este Máximo Tribunal, el análisis de la disciplina de los jueces en muchas oportunidades puede circunscribirse a la revisión de aspectos jurisdiccionales, lo cual debe hacerse atendiendo al caso concreto y abstrayendo la conducta cuestionada de los hechos y del derecho planteados en sede jurisdiccional, para determinar si la misma está vinculada a alguna de las causales disciplinarias establecidas en la Ley, todo ello a los fines de no invadir su ámbito jurisdiccional y garantizar el principio de independencia judicial previsto constitucionalmente.

Asimismo, es pertinente señalar que en ocasiones el examen de la disciplina de los jueces incluye la revisión de aspectos jurisdiccionales, vinculando este examen a la idoneidad del funcionario para continuar en el ejercicio del cargo, dada la responsabilidad que supone la función de juzgar. De manera que por existir una línea divisoria muy fina entre la revisión de aspectos relacionados con la aptitud personal del juez y otros relativos al ámbito jurisdiccional, es preciso atender siempre al caso en estudio, a fin de limitar el alcance del poder disciplinario de la Administración, de manera que no se invada en forma indebida el campo de actuación jurisdiccional. (*Vid.* sentencia Nro. 00405 dictada por esta Sala en fecha 31 de marzo de 2011).

Lo anterior implica que con la autonomía y respeto debidos a la función jurisdiccional, el ente disciplinario tiene la potestad para vigilar el decoro y la disciplina de los jueces de la República, por lo que sin entrar a examinar o intentar corregir aspectos de naturaleza jurisdiccional, competencia exclusiva del Poder Judicial, la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial está obligada a revisar aquellos asuntos que se enlazan de forma directa con la disciplina del juez, entre los que se encuentran, las actuaciones jurisdiccionales susceptibles de producir una vinculación directa con el catálogo de sanciones establecido en la Ley de Carrera Judicial o en la Ley del Consejo de la Judicatura (*Vid.* sentencia de esta Sala Nro. 00954 del 12 de junio de 2007).

III. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. OTROS BENEFICIOS LABORALES

A. INDEXACIÓN SOBRE PRESTACIONES SOCIALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

11 de octubre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-Y-2017-000100.

Sentencia Nro.: 2018-0385.

Caso: María Fátima Coelho Gómez vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria, Ciencias y Tecnología.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

Del criterio previamente transcrito, se desprende que la indexación es una garantía del justiciable que le permite actualizar el valor de la moneda a fin que el monto reclamado mantenga el valor adquisitivo que pudo haber perdido con el transcurso del tiempo y por efecto del fenómeno inflacionario y por tal motivo se le considera materia de orden público social, resultando procedente su aplicación en cualquier reclamación por prestaciones sociales producto de empleo público o privado.

2. PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

01 de noviembre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-Y-2015-000146.

Sentencia Nro.: 2018-0420.

Caso: Oneida del Carmen Ramón Guzmán vs. Gobernación del estado Apure.

Ponente: Hermes Barrios Frontado.

De la norma constitucional y la jurisprudencia anteriormente transcritas, se desprende claramente el reconocimiento del derecho a percibir las prestaciones sociales como un derecho social que corresponde a todo trabajador, sin distinguir alguno, de forma inmediata al finalizar la relación laboral, cuya mora en el pago generará los intereses moratorios a que se refiere el *ut supra* citado artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

IV. EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

1. REDUCCIÓN DE PERSONAL

A. GESTIONES REUBICATORIAS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

01 de noviembre de 2018.

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

Sentencia Nro.: 2018-0413.

Caso: Iván Andrés Morales PÉREZ vs. Dirección General del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN).

Ponente: Emilio Ramos González.

Esta Corte considera necesario recalcar que la gestión reubicatoria, tal como ha sido sostenido reiteradamente, es una consecuencia del derecho a la estabilidad que la Ley consagra en beneficio del funcionario de carrera y en razón de ello, su inobservancia u omisión vicia el acto de retiro. Aunado a lo anterior, debe igualmente destacar este Órgano Jurisdiccional que tanto para la doctrina como para la jurisprudencia nacional, las gestiones reubicatorias no constituyen una simple formalidad que sólo comprenden el trámite de oficiar a las Direcciones de Personal, sino que por el contrario, es menester que se realicen las verdaderas gestiones y diligencias destinadas a lograr la reubicación del funcionario, y que se demuestre la intención de reubicarlo en un cargo vacante que no lo desmejore en su relación de empleo público.

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

V. LAS SITUACIONES ACTIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. PERMISOS Y LICENCIAS

A. EFECTO DE LOS PERMISOS POR ENFERMEDAD Y LA POTESTAD DISCIPLINARIA

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

11 de diciembre de 2018.

Expediente Nro.: 2011-0148.

Sentencia Nro.: 001275.

Caso: Mirva Esther Silva García vs Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

Ponente: Inocencio Antonio Figueroa Arizaleta.

Los reposos médicos y similares supuestos de suspensión laboral no pueden ser considerados de manera absoluta, debiendo precisarse que tampoco son capaces de impedir el desarrollo de un procedimiento disciplinario y la consecuente aplicación de las sanciones a que hubiere lugar según sea el caso; por lo cual estima la Sala que en caso de haber estado suspendida la relación laboral (en virtud de un reposo médico conferido por el órgano competente) al momento en que se produjo la decisión administrativa bajo estudio, lo conducente sería esperar a que concluyera el mismo, para hacer efectiva la decisión administrativa sancionatoria.

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

1. CONTENIDO Y ALCANCE

A. SUPUESTO DE PROCEDENCIA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

31 de octubre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-O-2017-000054.

Sentencia Nro.: 384.

Caso: Edgar Osney Zambrano Rivas vs CICPC.

Ponente: Víctor Martín Díaz Salas.

Para el goce de la protección de inamovilidad laboral establecida desde la concepción de la pareja ese hijo o hija concebido debe ser producto de un matrimonio o de una unión estable de hecho, pero que en ningún caso tal protección podrá derivarse de la coexistencia concurrente de ambas

circunstancias, pues sería contrario a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico; salvo que se demuestre que ambas uniones tienen fecha de ocurrencias distintas.

VII. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. CAUSALES DE DESTITUCIÓN

A. FALTA DE PROBIDAD

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

27 de septiembre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2011-000762.

Sentencia Nro.: 2018-0372.

Caso: Williams Ramón Rondón vs. Instituto Autónomo de Policía Municipal de Sucre del estado Bolivariano de Miranda.

Ponente: Efrén Enrique Navarro Cedeño.

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 "...la rectitud, en la ética en las labores inherentes al cargo que se detenta, lo cual implica cumplir de manera eficiente con las actividades asignadas y que incluso la probidad va más allá de un delito ya que toca elementos más profundos como lo son la ética, la moral, la rectitud, la honestidad y la buena fe...".

Por otra parte, ha sido 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.

2. DERECHO SANCIONATORIO Y DERECHO PENAL

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

30 de octubre de 2018.

Expediente Nro.: 16-1045.

Sentencia Nro.:0738.

Caso: Ramón Emilio González Aldana.

Ponente: Luis Fernando Damiani Bustillos.

Del análisis sistemático de los anteriores criterios jurisprudenciales, se deduce que en el supuesto de que unos hechos originen sanciones disciplinarias y penales, debe evitarse una doble y coetánea persecución, debiendo darse preferencia a la persecución penal, dado que la pena accesoria de la sanción penal, puede involucrar la sanción disciplinaria. Conforme a ello, el juicio penal influye en la validez del acto administrativo sancionatorio, pues, de hecho, siempre y cuando se trate de los mismos hechos, el procedimiento administrativo debe suspenderse hasta tanto se resuelva el proceso penal y en caso de que el acto sancionatorio se haya dictado podría anularse.

VIII. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

1. DEBIDO PROCESO

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

01 de noviembre de 2018.

Expediente Nro.: AP42-R-2011-001257.

Sentencia Nro.: 2018-0410.

Caso: María Luciria Cerrada vs. Fiscal General de la República.

Ponente: Emilio Ramos González.

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.

NORMATIVA (SEPTIEMBRE – DICIEMBRE 2018)

SEPTIEMBRE

Gaceta Ordinaria N° 41.482 del 14-09-2018.

Resolución N° 2703, mediante la cual se reforma el Artículo 3 del Estatuto de Personal del Ministerio Público.

OCTUBRE

Ninguna normativa relevante en el mes.

NOVIEMBRE

Ninguna normativa relevante en el mes.

DICIEMBRE

Ninguna normativa relevante en el mes.