

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.