

Revista de Derecho Funcionario

**Volúmenes
4 y 5**

**Septiembre-
diciembre
2011;
enero-abril
2012**

**Edición
Cuatrimestral**

Fundación Estudios de Derecho Administrativo
FUNEDA

**REVISTA DE DERECHO
FUNCIONARIAL**

Números 4-5

**Septiembre-diciembre 2011;
enero-abril 2012**



Caracas, 2012

© REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL. NÚMEROS 4-5. SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2011; ENERO-ABRIL 2012

Fundación Estudios de Derecho Administrativo. FUNEDA

Impreso en Venezuela

ISSN: 2244 - 7202

P.P.: 201102DC3718

DISEÑO GRÁFICO: Lic. Fredy N. Calle. (0416) 376 83 99

DISEÑO DE PORTADA: María de Guada

IMPRESO EN: Lito-Formas - agosto de 2012

Calle 13 Esq. Carrera 15 - Barrio Obrero - Telfs: (0276) 3438334 - 3429314
San Cristóbal - Táchira - Venezuela

CANTIDAD: 500 ejemplares - Impresos en papel Bond base 20

REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

Director

Manuel Rojas Pérez

Sub director

Octavio Sisco Ricciardi

Secretaria Ejecutiva

Krystal M. Rodríguez C.

Comité de Redacción

Belen Ramírez Landaeta

Andrés Troconis Torres

Alejandro E. Carrasco C.

Edwin Romero

Javier A. Camacho B.

José Ignacio Hernández G.

José Gregorio Silva Bocaney

Consejo Consultivo

Allan R. Brewer-Carías

Gustavo Urdaneta Troconis

Antonio De Pedro Fernández

Hildegard Rondón de Sansó

Daniela Urosa Maggi

Armida Quintana Matos

Armando Rodríguez

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 sub director apoyará al director en dicha coordinación. El Comité de Redacción fungirá como órgano arbitral, y decidirá que trabajos serán publicados, luego de revisar los mismos, basándose para ello en criterios académicos. El director y el sub director 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 lo siguientes requisitos: letra times new roman, letra 12, interlineado 1.5, citas a pies de página. El autor podrá colocar una pequeña síntesis curricular a pie de página luego de su nombre.
- 4.- Los interesados en colaborar con sus estudios para la Revista de Derecho Funcionarial podrán mandar sus trabajos vía electrónica, con las consideraciones señaladas, al correo: revistafuncionarial@funeda.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

Pág.

- NORMAS DE LA REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL..... 7

ESTUDIOS

- LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO EN VENEZUELA Y SU INCIDENCIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA..... 15
Juditas Delany Torrealba Dugarte
- LA NUEVA (E INCONSTITUCIONAL) INTERPRETACIÓN SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA (Comentarios a la sentencia número 2005 del 19 de diciembre del 2011 de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo).... 25
Manuel Rojas Pérez
- DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER LAS DEMANDAS DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. RENOVA- CIÓN TACITA DE LOS CONTRATOS..... 37
Alfonso Martín Buiza
- PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO AD- MINISTRATIVO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS..... 43
Rafael De León

JURISPRUDENCIA

- COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA. Septiembre - diciembre 2011; enero - abril 2012..... 95
Krysthal M. Rodríguez C. - Manuel Rojas Pérez

I.- La Ley del Estatuto de la Función Pública.....	95
1.- Exclusiones de la Ley del Estatuto de la Función Pública.....	95
A.- Fundaciones del Estado.....	95
B.- Asociaciones Civiles del Estado.....	97
II.- Funcionarios Públicos.....	100
1.- Tipos.....	100
A.- De Libre Nombramiento y Remoción.....	100
B.- La Confianza.....	109
2.- De Carrera.....	128
3.- El funcionario suplente o interino.....	129
III.- Derechos de los Funcionarios Públicos.....	140
1.- Derecho a la Remuneración.....	140
2.- Derecho a las Vacaciones y al pago del bono salarial....	148
3.- Derecho a la Seguridad Social.....	149
4.- Derecho a la Prestación de Antigüedad.....	152
5.- Derecho a la Protección a la Maternidad.....	153
6.- Otros Beneficios Laborales.....	158
A.- Prestaciones Sociales.....	158
B.- Intereses moratorios de las Prestaciones Sociales.....	159
C.- Indemnización por antigüedad.....	166
D.- Derecho al cobro de bonos.....	167
IV.- El personal Contratado por la Administración Pública.....	175
1.- Prohibición de Ingreso a la Función Pública.....	175
V.- El Sistema de Administración de Personal.....	179
1.- El Concurso Público.....	179
VI.- Las Situaciones Activas de los Funcionarios Públicos..	187
1.- La Transferencia.....	187
2.- La Reducción de Personal.....	196
3.- La Reubicación y la Disponibilidad.....	219
VII.- Las Situaciones Pasivas de los Funcionarios Públicos	231
1.- La Jubilación.....	231
VIII.- El Retiro y el Reingreso de los Funcionarios Públicos...	234
1.- Competencia para ordenar el retiro de funcionarios públicos.....	234

2.- Reducción de Personal.....	237
IX.- Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios Públicos.....	258
1.- Potestad Disciplinaria de la Administración Pública... ..	258
2.- El principio de proporcionalidad en las sanciones disciplinarias.....	259
3.- Aplicación y validez de estatutos funcionariales especiales.....	263
4.- Las sanciones en el Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente.....	265
5.- Las Sanciones en la Ley del Estatuto de la Función Pública.....	268
6.- El Procedimiento Administrativo de Destitución....	269
a.-Sobre el procedimiento administrativo y el derecho a la defensa.....	269
b.-Sobre el lapso del procedimiento administrativo... ..	272
7.- Pruebas en el procedimiento administrativo disciplinario.....	283
8.- Agotamiento de la vía administrativa en procedimientos funcionariales.....	285
9.- Las Causales de Destitución.....	291
A. Desobediencia.....	291
B.- Falta de Probidad.....	294
C.- Injuria.....	298
D.- Insubordinación.....	299
E. Abandono Injustificado durante Tres Días en Treinta Días.....	304
10.- La Potestad disciplinaria especial de la Contraloría General de la República.....	311
X.- El Contencioso Administrativo Funcionario.....	318
1.- Competencias de los Tribunales Funcionariales.....	318
A.- Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Los funcionarios militares.. ..	318
2.- Lapso de Interposición de la Querella.....	319
3.- Lapso de Interposición de la Querella en materia de prestaciones sociales.....	329
4.- Sentencia.....	333

5.- Medidas cautelares.....	333
XI.- El Amparo Constitucional en materia de Función Pública.....	340

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS Y DE EXPOSICIONES

- **DERECHO DISCIPLINARIO JUDICIAL DE CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES.....** 345
- **EL INGRESO POR CONCURSO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA DE MARÍA ANTONIETA FINAMORE.....** 346

ESTUDIOS



LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO EN VENEZUELA Y SU INCIDENCIA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Juditas Delany Torrealba Dugarte¹

INTRODUCCIÓN

Uno de los mayores problemas que en los últimos tiempos ha sido observado, en el seno de la Administración Pública en general, han sido los conflictos relativos al origen de los recursos económicos bajo los cuales los funcionarios públicos , sean de carrera, libre nombramiento o remoción y hasta los mal llamados contratados han incrementado su patrimonio; es ante esto que la normativa nacional dispuso, un mecanismo para el seguimiento de tales acciones estipulando la obligatoriedad de presentar una declaración jurada de patrimonio que haga un control pormenorizado de los bienes adquiridos por el funcionario público y que la misma en sus facultad investigativa sea verificada de ser conveniente por el Poder Ciudadano específicamente por la Contraloría General de la Republica. En esta investigación se hará énfasis al respecto.

GENERALIDADES

Cada año durante el mes de julio, los funcionarios públicos, así como los miembros de organizaciones sindicales, gremiales y Consejos Comunales deben realizar de manera obligatoria su declaración jurada de patrimonio este año particularmente se presento la peculiaridad de realizar dicha actuación en los días comprendidos del 01 al 31 de julio, teniendo la característica que este año 2011 es que la misma se llevo a cabo en horario comprendido de lunes a sábado, desde las 6 a.m. hasta la 6 p.m., de acuerdo al último digi-

¹ Abogada UCAT (2005);Especialista en Derecho Administrativo UCAT (2008); Doctora en Ciencias del Derecho UCV (2011)

to de su cédula de identidad: Lunes, miércoles y viernes: 1, 3, 5, 7 y 9. Martes, jueves y sábados: 0, 2, 4, 6 y 8. En el horario de 6 p.m. a 6 a.m. y los días domingos se pudo ingresar al sistema sin restricciones. Es ante esto que para efectos doctrinarios se analizará esta obligación propia de los funcionarios públicos y otros que para combatir la corrupción al justificarse la procedencia a través de este instrumento del incremento de su patrimonio.

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Es la Convención Interamericana y Contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, suscritas por Venezuela, en la que cada Estado Parte en atención a los principios fundamentales de su derecho interno, deberán adoptar, mantener y fortalecer sistemas eficaces para la declaración de los ingresos, activos y pasivos, destinados a promover la transparencia y simplificar los procedimientos administrativos.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

El bloque de la Constitucionalidad se encuentra plasmado en los artículos 139 y 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual desarrolla los principios de la Administración Pública los cuales se fundamentan entre otros, en los principios de honestidad, transparencia, legalidad, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública con sometimiento pleno a la Ley y el derecho.

LEGISLACIÓN

La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.013 Extraordinario del 23 de diciembre de 2010 señala en su artículo 78 que:

Artículo 78. La Contraloría General de la República podrá solicitar declaraciones juradas de patrimonio a los funcionarios, funcionarias, empleados, empleadas, obreros y obreras del sector público, a los particulares que hayan desempeñado tales funciones o empleos, a los contribuyentes o responsables, según el Código Orgánico Tributario, y a quienes en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones relacionadas con el patrimonio público, o reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales. Dichas declaraciones deberán reflejar la real situación patrimonial del declarante para el momento de la declaración. Parágrafo único: El Contralor o Contralora General de la República podrá disponer la presentación periódica de declaraciones juradas de patrimonio a cargo de los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas, obreros u obreras de las entidades señaladas en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley. La declaración jurada de patrimonio deberá ser hecha bajo juramento de decir la verdad, en papel común, sin estampillas, y por ante los funcionarios o funcionarias que el Contralor o Contralora General de la República autorice para recibirlas. El Contralor o Contralora General de la República, mediante resolución que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, establecerá los demás requisitos que deberán cumplirse en la presentación de las declaraciones, así como los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas, o demás sujetos exceptuados de presentarla.

Es decir la ley en un primer instante se inclina en señalar que todos los sujetos que tengan relación directa con el Estado sea como funcionarios públicos o particulares deberían realizar una declaración jurada de patrimonio, al incluir a quienes en cualquier forma contraten, negocien o celebren operaciones relacionadas con el patrimonio público, o reciban aportes, subsidios, otras transferencias o incentivos fiscales y que la misma inicialmente se hacía en papel común, sin estampillas, y por ante los funcionarios o funcionarias que el Contralor o Contralora General de la República autorizaba

para recibirlas; no obstante con el auge de las tecnologías de la información dicha formalidad fue reemplazada en gran parte por la realización de dicha declaración online.

Sin embargo el artículo 9 de la ley prevé que los sujetos a los cuales hay que realizar dicho control por la Contraloría General de la República son los siguientes:

1. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Nacional.
2. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Estadal.
3. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los Distritos y Distritos Metropolitanos.
4. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público Municipal y en las demás entidades locales previstas en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.
5. Los órganos y entidades a los que incumbe el ejercicio del Poder Público en los Territorios Federales y Dependencias Federales.
6. Los institutos autónomos nacionales, estatales, distritales y municipales.
7. El Banco Central de Venezuela.
8. Las universidades públicas.
9. Las demás personas de derecho público nacionales, estatales, distritales y municipales.
10. Las sociedades de cualquier naturaleza en las cuales las personas a que se refieren los numerales anteriores tengan participación en su capital social, así como las que se constituyan con la participación de aquéllas.
11. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás instituciones creadas con fondos públicos o que sean dirigidas por las per-

sonas a que se refieren los numerales anteriores o en las cuales tales personas designen sus autoridades, o cuando los aportes presupuestarios o contribuciones efectuados en un ejercicio presupuestario.

LEY CONTRA LA CORRUPCIÓN

Los artículos 29, 41, 42 Y 43 de la Ley Contra la Corrupción, son aquellos que disponen la finalidad del cumplimiento de la declaración y su verificación al señalar:

Artículo 29. La Contraloría General de la República, recibida la declaración jurada de patrimonio, procederá a verificar la veracidad de la misma y a cotejarla, de ser el caso, con la declaración anterior.

El Contralor General de la República podrá solicitar directamente a las respectivas embajadas, atendiendo a los convenios y tratados internacionales sobre la materia, que le suministren los elementos probatorios que se requieran con motivo del procedimiento de verificación de las declaraciones juradas de patrimonio. Igualmente, podrá solicitar con ocasión a la verificación de la declaración jurada de patrimonio del funcionario que haya cesado en el ejercicio de sus funciones, la presentación de una nueva declaración patrimonial, aun cuando no esté activo en la función pública.

Los informes de auditorías patrimoniales, así como las pruebas obtenidas por la Contraloría General de la República para verificar y cotejar las declaraciones juradas de patrimonio, tendrán fuerza probatoria mientras no sean desvirtuadas en el debate judicial.

La Contraloría General de la República podrá verificar de oficio la situación patrimonial de quienes estando obligados a presentar su declaración jurada de patrimonio no lo hicieren.

Artículo 41. Sin perjuicio de lo establecido en la ley que rige sus funciones, la Contraloría General de la República tendrá los siguientes deberes y atribuciones en materia de corrupción:

1. Recibir, admitir, estudiar, cotejar, verificar, ordenar y archivar las declaraciones juradas de patrimonio que le fueren presentadas.
2. Exigir la formulación y presentación de la declaración jurada del patrimonio a las personas que deban hacerlo, en la oportunidad y condiciones que juzgue necesario, de conformidad con la ley.
3. Enviar al Fiscal General de la República o a los tribunales competentes todos los documentos o elementos que ellos exijan, así como los resultados de las investigaciones que realice, sobre toda acción u omisión que produjere un perjuicio al patrimonio público o pudiere comprometer la responsabilidad civil o penal de las personas sujetas a esta Ley.
4. Investigar a las personas jurídicas que contraten con alguno de los entes u órganos señalados en los artículos 4 y 5 de esta Ley, cuando en su capital participe, directamente o por interpuesta persona, cualquier funcionario en contravención con lo dispuesto en el artículo 145 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.
5. Practicar las investigaciones pertinentes cuando fundadamente se presuma que alguna de las personas sometidas a esta Ley, aun por medio de sujetos interpuestos, hubiere efectuado remesas de fondos al exterior con el propósito de ocultar su enriquecimiento ilícito.

Artículo 42. La Contraloría General de la República podrá aclarar las dudas que puedan presentarse en la interpretación de la obligación de hacer declaración jurada de patrimonio, en las investigaciones para determinar responsabilidades administrativas, y en la sustanciación de aquellos casos en que pueda derivarse responsabilidad penal o civil.

Artículo 43. La Contraloría General de la República tiene competencia para investigar y fiscalizar todos los actos que tengan relación con el patrimonio público, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. A estos efectos, podrá realizar las averiguaciones que crea necesarias en los órganos y entes que se mencionan en los artículos 4 y 5 de esta Ley.

Sin embargo no es la normativa que principalmente explica el modo de llevar a cabo la declaración sino es la normativa sub-legal de la Contraloría General de la Republica quien desarrolla detalladamente esto.

NORMATIVA DE RANGO SUB-LEGAL

Aunque la legislación establece a grandes rasgos, la funcionalidad y a quien va dirigido la obligación de la Declaración Jurada de Patrimonio, la Contraloría General de la Republica, ha instaurado a través de una serie de instrumentos el modo de cómo debe estipularse y cumplirse con la Declaración como son:

RESOLUCIÓN N° 01-00-000144 DE FECHA 27 DE JUNIO DE 2007 DENOMINADA NORMAS PARA LA VERIFICACIÓN DE LA DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO:

Dicha normativa formada de 32 artículos, tiene como finalidad la verificación de las declaraciones juradas de patrimonio por parte de la Contraloría General de la Republica, a los fines de comprobar a través de una auditoria patrimonial la veracidad de las mismas de dicho instrumento jurídico pueden destacarse conceptos como:

Ajuste patrimonial: Corrección oficiosa realizada a una declaración jurada de Patrimonio, como resultado de errores u omisiones, entre lo declarado y lo verificado durante el procedimiento de verificación patrimonial, que se realiza para determinar la situación financiera del sujeto a verificación.

Cédula de análisis: Formato donde se incorpora la información correspondiente al sujeto a verificación a los fines de cuantificar las transacciones económicas y movimientos financieros realizados por éste durante un período determinado.

Declaración jurada de patrimonio: Documento que refleja la situación patrimonial declarada por un empleado público o particular a un momento determinado y que contiene además información de orden económico respecto al total de ingresos que percibe y rentas obtenidos tanto en el país como en el extranjero debidamente especificados y valorados.

Entrabamiento: Actitud dilatoria o conducta omisiva que asumen el sujeto a verificación, los funcionarios o empleados públicos, los particulares o personas jurídicas en la remisión de la información solicitada con motivo del procedimiento de verificación patrimonial.

Variación patrimonial: Fluctuaciones ocurridas en las situaciones patrimoniales declaradas para un período determinado.

Oficio cuestionario: Comunicación mediante la cual se solicita al sujeto a verificación suministre datos o información relacionados con sus actividades económicas y financieras.

Oficio cuestionario de gastos de consumo: Comunicación mediante la cual se solicita al sujeto a verificación información sobre las erogaciones en dinero, realizadas para sostener su nivel de vida u otras actividades familiares.

Patrimonio: Conjunto de bienes y derechos que pertenecen al dominio del funcionario, empleado público o particular y puede ser expresado en unidades monetarias.

Período a evaluar: Lapso al cual se circunscribe la verificación patrimonial.

Proporcionalidad patrimonial: Congruencia entre la situación patrimonial con las actividades económicas desarrolladas por el sujeto a verificación durante un período objeto de estudio.

Sujeto a verificación: Persona cuya declaración jurada de patrimonio es sometida a un procedimiento de verificación patrimonial.

Veracidad de la declaración jurada de patrimonio: Término empleado para describir la certeza en el contenido de la declaración jurada de patrimonio y su adecuación o proporcionalidad con lo percibido legítimamente por el sujeto a verificación durante el período a evaluar.

Auditoría patrimonial La auditoría patrimonial es el mecanismo utilizado por la Contraloría General de la República conforme a lo establecido en la Ley Contra la Corrupción, para comprobar la veracidad de la declaración jurada de patrimonio, que involucra técnicas y prácticas de aceptación internacional en la lucha contra la corrupción, y comprende el examen y evaluación de la situación patrimonial y de las actividades económicas llevadas a cabo por los sujetos sometidos a verificación.

Examen: El examen tiene como propósito verificar la exactitud de los datos o información aportados por el sujeto a verificación en la declaración jurada de patrimonio, así como la razonabilidad de su patrimonio con relación a los ingresos obtenidos para un período determinado.

RESOLUCIÓN POR LA CUAL SE EXIGE LA PRESENTACIÓN ANUAL DE LA DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO ACTUALIZADA, A LOS ALTOS FUNCIONARIOS DE LOS ÓRGANOS Y ENTES DEL PODER PÚBLICO NACIONAL, ESTADAL Y MUNICIPAL, QUE OCUPEN LOS CARGOS QUE EN ELLA SE ESPECIFICAN. (RESOLUCIÓN N° 01-00-057 DE FECHA 26/03/2009, PUBLICADA EN GACETA OFICIAL N° 39.148 DE FECHA 27/03/2009)

Dicha resolución en líneas generales consagra la obligación de la presentación anual de la declaración jurada de una serie de funcionarios que de modo genérico han sido señalados en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la Republica y que deben presentar de manera oportuna dicha obligación.

RESOLUCIÓN MEDIANTE LA CUAL SE IMPLANTA EL SISTEMA PARA LA PRESENTACIÓN DE LA DECLARACIÓN JURADA DE PATRIMONIO EN FORMATO ELECTRÓNICO DISPONIBLE EN LA PÁGINA WEB DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. N° 01-00-000122 CARACAS, 19 JUN. 2009 (GACETA OFICIAL N° 39205 DEL 22-06-09).

Conformada por 12 artículos destaca que los funcionarios o empleados públicos, deberán presentar su declaración jurada de patrimonio en formato electrónico, dentro de los treinta (30) días siguientes a la toma de posesión de sus cargos y dentro de los treinta (30) días posteriores a la fecha en la cual cesen en el ejercicio de empleos o funciones públicas. Igualmente, deberán presentar declaración jurada de patrimonio en formato electrónico, los obreros al servicio del Estado, los integrantes de la unidad de gestión financiera de los consejos comunales y de las directivas de las organizaciones sindicales, dentro de los treinta (30) días siguientes al ingreso y cese en el ejercicio de sus funciones.

En conclusión para el cumplimiento de esta obligación por parte de los sujetos señalados anteriormente con mayor énfasis en los funcionarios públicos sean de carrera, libre nombramiento y remoción o los mal llamados contratados, y luego de observar la fuente normativa de la misma, Venezuela, cuenta con un sistema avanzado de declaración jurada de patrimonio; no obstante en otra oportunidad se analizará detalladamente lo relativo a la verificación de las mismas.

LA NUEVA (E INCONSTITUCIONAL) INTERPRETACIÓN SOBRE LA CONFIDENCIALIDAD DE LOS CARGOS DE CARRERA ADMINISTRATIVA

**(Comentarios a la sentencia número 2005 del
19 de diciembre del 2011 de la Corte Segunda de lo
Contencioso Administrativo)**

Manuel Rojas Pérez²

Mediante un fallo insólito (que ha sido luego ratificado), la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo ha echado por tierra el principio de la excepcionalidad de los cargos de libre nombramiento y remoción y hace una nueva -y extraña- interpretación de la confidencialidad de los funcionarios públicos.

Y es que en la sentencia número 2005 del 19 de diciembre de 2011, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo señaló, contrariando lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que un cargo de asistente administrativo, con funciones meramente administrativas, sin mayor repercusión y ningún tipo de potestad decisora, es un cargo de libre nombramiento y remoción, por el solo hecho que el estatuto funcional del órgano al cual pertenece el cargo, así lo determina y porque este tiene un deber de confidencialidad para con el órgano de adscripción.

Este fallo, echa por tierra años y años de jurisprudencia y doctrina, ya que se olvida por completo que lo importante no es como se haya determinado el cargo en el estatuto funcional, sino, en todo caso, las funciones que el funcionario público ejerce.

² Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Monteávila. Director de la Revista de Derecho Funcionarial.

I. EL CASO

Para entender con certeza las razones de la crítica que hacemos al fallo comentado, es necesario explicar las razones que dieron origen a la querella funcional.

El caso trata de un funcionario que ostentaba el cargo de asistente administrativo II en la Contraloría del estado Nueva Esparta, el cual fue removido por ser, supuestamente, un cargo de libre nombramiento y remoción.

Y es que, según la Ley estadal de dicho órgano, prácticamente todos los cargos que a él están adscritos, son de libre nombramiento y remoción.

La motivación que se desprende de la resolución que dio con la remoción del funcionario, consagra que el cargo de asistente administrativo II requiere de un alto grado de confidencialidad, lo que calificaría a dicho cargo como de confianza y en consecuencia, de libre nombramiento y remoción, a tenor de lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Estatuto de Personal de la Contraloría del estado Nueva Esparta.

Señala la resolución que fue impugnada en el marco de la querella funcional, que dentro de las tareas asignadas al cargo de asistente administrativo II, se encuentran el brindar asesoría técnica en materia de su competencia; compilar la información necesaria para la preparación de los informes de gestión; calcula y estima ingresos públicos para cada ejercicio fiscal; lleva el control y numeración de las facturas, recibos, contratos de servicios y otros documentos correspondientes al levantamiento de la información requerida por el auditor; elabora cuadros demostrativos para la información general; participa en auditorías; prepara informes técnicos, señalando observaciones y recomendaciones; especifica comportamiento del gasto y disponibilidad presupuestaria de los entes auditados; opera equipos de oficina tales como calculadoras,

computadoras, fotocopiadoras u otras; realiza el auditor en la preparación del programa de trabajo, a fin de acometer la actuación fiscal asignada, entre otras. Luego, para atornillar su argumento según el cual, el cargo de asistente administrativo II sería un cargo de confianza, y por tanto, de libre nombramiento y remoción, se señala que el Manual Descriptivo de Cargos de la Contraloría del estado Nueva Esparta establece como obligación del cargo el manejar con reserva la información confidencial.

Para darle tal carácter al cargo de Asistente Administrativo II, la Contraloría Estadal señaló que el Manual Descriptivo de Cargos establece como obligación del cargo el manejar con reserva la información confidencial, lo cual es redundante ya que uno de los deberes de absolutamente todos los funcionarios públicos es el de guardar la reserva, discreción y secreto que requieren los asuntos relacionados con las funciones que tengan atribuidas, obligación que va dirigida no solo a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, sino a todos los funcionarios públicos.

Ante tamaña arbitrariedad, el Juzgado Superior en lo Contencioso Administrativo del estado Nueva Esparta procedió a declarar la nulidad absoluta del acto administrativo impugnado y ordenó la reincorporación del querellante al cargo, por una razón que luce evidente: un cargo de asistente administrativo no puede ser nunca un cargo de libre nombramiento y remoción, ya que no cumple con los requisitos para ello, a pesar que el estatuto funcionarial diga otra cosa. En concreto, señaló:

"todas las tareas asignadas al cargo de Asistente Administrativo II, tales como brindar asesoría técnica en materia de sus competencias, compilar la información necesaria para la preparación de los informes de gestión, calcular y estimar en ingresos públicos para cada ejercicio fiscal, llevar el control y numeración de las facturas, recibos, contratos de servicio y otros documentos correspondientes al levantamiento de la información requerida por el auditor de acuerdo al objeto que corresponda, elabora cuadros

demostrativos para información general, prepara informes técnicos señalando observaciones y recomendaciones, especificar comportamiento del gasto y disponibilidad presupuestaria de los entes auditados, opera equipos de oficina tales como: calculadoras, computadoras, fotocopiadoras u otros y realiza las actividades que le sean asignadas propias a su unidad de adscripción, son eminentemente administrativas y solo las labores de control de la documentación para la preparación de los informes técnicos de los Auditores, de la cual también señalaron las testigos en sus respectivas declaraciones, revisten confidencialidad, sin que por ello encuadren en actividades propias de un cargo de confianza para limitar el derecho a la estabilidad absoluta y a protección de la cual goza un funcionario de carrera...”.

Sin embargo, de manera inexplicable, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, olvidando por completo lo que señala, no solo la Ley de Estatuto de la Función Pública, sino, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, destacó que el cargo si era libre nombramiento y remoción, por el solo hecho que así estaba consagrado en la norma.

II. LA ARGUMENTACIÓN DE LA CORTE SEGUNDA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

En este sentido, conociendo de la apelación interpuesta por el órgano querellado, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo adujo que:

“todas las tareas asignadas al cargo de Asistente Administrativo II, tales como brindar asesoría técnica en materia de su competencia, preparar informes técnicos, señalando observaciones y recomendaciones, especifica comportamiento del gasto y disponibilidad presupuestaria de los entes auditados, calcular y estimar ingresos públicos para cada ejercicio fiscal, llevar el control y numeración de las facturas, recibos, contratos de servicios y otros documentos correspondientes al levantamiento de la información

requerida por el auditor de acuerdo al objeto que corresponda, informes técnicos señalando observaciones y recomendaciones, especificar el comportamiento del gasto y disponibilidad presupuestarias de los entes auditados, lo que evidencia actividades administrativas pero confidenciales en razón de la importancia de la información que manejaba el recurrente al desempeñar el cargo de Asistente Administrativo II”

Es decir, como ya se verá, según esta interpretación, cualquier funcionario público que tenga el deber de confidencialidad debe ser considerado de libre nombramiento y remoción.

III. LA FALACIA DE LA ARGUMENTACIÓN DE LA CORTE SEGUNDA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La Ley del Estatuto de la Función Pública consagra que los cargos de libre nombramiento y remoción se clasifican en dos: (i) cargo de alto nivel, que son los consagrados en el artículo 20 de dicha Ley, y (ii) cargo de confianza, que serán aquellos cuyas funciones requieren de un alto grado de confidencialidad en los despachos de las máximas autoridades de la Administración Pública, así como aquellos cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad del estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley.

Así, para que un cargo dentro de la organización administrativa sea considerado como de libre nombramiento y remoción, debe ser de alto nivel y estar consagrado en los supuestos del artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, o debe ser un cargo de confianza, y cumplir con los supuestos a que hace referencia el artículo 21 *eiusdem*.

El alto nivel relacionado con el grado jerárquico es suficientemente elevado para implicar un mayor grado de compromiso, responsabilidad y solidaridad con el organismo

administrativo al cual se sirve y que opera como factor suficiente para excluir el cargo de carrera.

Por otra parte, el concepto de confianza debe buscar a través del examen de las funciones inherentes a los cargos a que el primero de estos ordinales se refiere, y en la ubicación de otros de ellos dentro de los despachos de las autoridades de la Administración Pública Nacional que, por la misma circunstancia, envuelven para sus titulares, una alta responsabilidad y una máxima confidencialidad.

Por ello, la declaratoria de un cargo administrativo como de libre nombramiento y remoción, pasa por una serie de filtros, y que no se limita únicamente a lo que señale la norma estatutaria de un organismo en particular, sino que atiende a las funciones propias inherentes al cargo, lo cual pasa por una ponderación de intereses ordenada por la propia Constitución.

El artículo 146 constitucional establece que los cargos del los órganos de la Administración Pública son de carrera. Esto es una noción a ser retenida puesto que fija un principio capital: los cargos de carrera son la regla, los demás casos y entre ellos los de libre nombramiento y remoción, son simplemente excepciones, por lo que toda interpretación que se haga sobre este asunto exige considerar en su amplitud plena esta afirmación.

En este mismo orden de ideas, es la interpretación restrictiva la que preside la significación de las normas excepcionales, la cual es una categoría dentro de la clasificación de la interpretación jurídica atendiendo al resultado obtenido, siendo que ella es el resultado de una disconformidad entre lo que el legislador dijo y lo que realmente quiso decir.

Así, cuando se interpretan normas de derecho excepcional, la autorización de la existencia de cargos de libre nombramiento y remoción (cargos de alto nivel o de confianza), y consecuentemente

de funcionarios de libre nombramiento y remoción, es la regla que ellas deben ser interpretadas de manera restrictiva, esto es, que ha de ofrecerse sentido a la norma de manera tal que en su supuesto de hecho solo resulten incluidos los casos que a texto expreso figuren en ella de manera natural.

Solo los casos en los cuales por su caracterización resulten razonable y fácilmente subsumibles en la misma, no admitiéndose bajo ningún concepto, la inclusión de materias análogas.

Luego, la lógica jurídica lleva a concluir que, por regla, todos los cargos dentro de la Administración Pública son cargos de carrera, y quien alegue lo contrario corre con la carga de aportar al proceso la prueba correspondiente al alegato que formulare, y así debía entenderlo la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en el caso que aquí se comenta.

Luego, el efecto práctico del carácter excepcional de la existencia de cargos de alto nivel y de confianza en el ordenamiento jurídico, es que tal figura debe ser de aplicación restringida en la estructura organizativa, puesto que la Constitución ha estimado la existencia de cargos de carrera es el mecanismo idóneo para garantizar , a través del ejercicio de la función pública por parte de los funcionarios públicos, los principios que respecta de la Administración Pública predica: honestidad, participación, celeridad, eficacia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, como lo señala el artículo 141 de la Constitución.

Para concluir sobre este aspecto temático, se tiene entonces que no todo cargo administrativo puede ser catalogado de libre nombramiento y remoción, debe cumplir con dos supuestos: (i) que esté catalogado como de alto nivel por la Ley del Estatuto de la Función Pública, o (ii) que el ejercicio de las funciones inherentes al cargo requieran de un *alto grado* de confidencialidad. No de cualquier tipo de confidencialidad, sino de uno en alto grado.

Y siendo que la Constitución establece que los funcionarios públicos serán de carrera, y excepcionalmente existirán los de libre nombramiento y remoción, la interpretación para catalogar a un cargo bajo como de libre nombramiento y remoción será restrictiva.

Según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua Castellana, el término *confianza* significa “pacto o convenio hecho oculta y reservadamente entre dos o más personas, particularmente si son tratantes o del comercio”. En segundo lugar hay que tener en cuenta que esa confianza, de cara a lo dispuesto al artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública -y el artículo 5 del Estatuto de Personal de la Contraloría del estado Nueva Esparta que fue alegado en este caso-, debe ser de alto grado. Como dice la última de las normas mencionadas, el cargo de confianza implica un alto grado de confidencialidad, por lo que una confidencialidad simple no sería suficiente.

Como estamos analizando un caso concreto, hay que realizar conjeturas sobre los elementos propios del caso. Así, según el Manual Descriptivo de Cargos de la Contraloría del estado Nueva Esparta, el objetivo general del cargo Asistente Administrativo II es el prestar servicios administrativos, contribuyendo con el desarrollo de los planes y programas que ejecute la Unidad o Dirección, mediante la coordinación y control de los trabajos profesionales asociados a las parejas de planificación, administración presupuestaria y financiera, auditoría, auditoría interna, tecnología e información, organización y métodos institucionales de acuerdo a los lineamientos y estrategias de la institución, conforme a normas y procedimientos, brindando a la aplicación de reglas para la formulación, ejecución, control y evaluación de las tareas asignadas.

Asimismo, entre las funciones principales del cargo se encuentra el brindar asesoría técnica en materia de sus competencias, compilar la información necesaria para la preparación de los informes de gestión, calcular y estimar en ingresos públicos para cada ejercicio fiscal, llevar el control y numeración de las facturas,

recibos, contratos de servicio y otros documentos correspondientes al levantamiento de la información requerida por el auditor de acuerdo al objeto que corresponda, elabora cuadros demostrativos para información general, prepara informes técnicos señalando observaciones y recomendaciones, especificar comportamiento del gasto y disponibilidad presupuestaria de los entes auditados, opera equipos de oficina tales como: calculadoras, computadoras, fotocopiadoras u otros y realiza las actividades que le sean asignadas propias a su unidad de adscripción.

Como puede verse, las funciones inherentes al cargo de Asistente Administrativo II son funciones que no implican mayor grado de confidencialidad, más allá de la que tiene cualquier otro funcionario público. Ningunas de las competencias que señala en Manual Descriptivo de cargos para el asistente administrativo II establece alguna que requiera en verdad de un alto grado de confidencialidad.

El asistente administrativo II, es un cargo de estricta naturaleza técnica, en el sentido que tiene como objetivo el análisis e interpretación de situaciones presupuestarias, sin llegar a tener algún tipo de dirección de mando o competencia decisoria.

Incluso, este no maneja mayor información que aquella que puede ser del conocimiento del público, como son los montos que se manejan para calcular ingresos públicos de ejercicios fiscales. Tampoco puede ser catalogado como una función de alta confidencialidad el llevar el control y numeración de facturas, recibos, contratos de servicios y otros documentos correspondiente al levantamiento de información requerida por la Contraloría estadal.

Asimismo, mal puede calificarse el cargo de Asistente Administrativo II como un cargo de confianza por el solo hecho que dentro de las habilidades exigidas para ejercer el cargo se establezca el manejar con reserva la información confidencial, como lo señaló

la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, ya que ese es un deber de todos los funcionarios públicos.

Pareciera olvidar la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que uno de los deberes de absolutamente todos los funcionarios públicos es el de guardar la reserva, discreción y secreto que requieren los asuntos relacionados con las funciones que tengan atribuidas, tal y como lo señala el numeral 6 del artículo 33 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Esta obligación de reserva va dirigida no solo a los funcionarios de libre nombramiento y remoción en razón de la confianza, sino a todos los funcionarios públicos. Los funcionarios de carrera y de libre nombramiento y remoción, todos, tiene la misma obligación que tiene el cargo de asistente administrativo II de manejar con reserva la información confidencial.

De aceptar esta errada tesis, el que se establezca como habilidad del cargo el manejar con reserva la información confidencial sería aceptar que todos los funcionarios públicos, incluidos los de carrera administrativa, son funcionarios de confianza, y por tanto, todos serían de libre nombramiento y remoción.

IV. CONCLUSIONES: UNA SENTENCIA INFELIZ

La sentencia que hemos comentado, para mayor intranquilidad, ha sido ratificada mediante sentencia 0001 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, dictada el día 2 de febrero de 2012.

Esta nueva interpretación, obliga a los operarios de justicia a violar el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que establece que los cargos en la Administración Pública son de carrera, y solo excepcionalmente habrán cargos de libre nombramiento y remoción.

Decimos esto porque, con la aplicación de esta absurda tesis, todos los funcionarios públicos, sin excepción, pasan a ser

funcionarios de libre nombramiento y remoción, ya que todos, según la Ley de Estatuto de la Función Pública, tienen el deber de confidencialidad.

Luego, si la confidencialidad por si misma determina el carácter de confianza de cargo administrativo, y todo cargo de confianza es, según la Ley de Estatuto de la Función Pública de libre nombramiento y remoción, en conclusión, todos los cargos de carrera son de libre nombramiento y remoción.

Esto, evidentemente es ilógico, irracional y contrario a la Carta Magna. Para que el cargo sea de confianza debe haber un alto grado de confidencialidad, exclusivo para cierto tipo de cargos que manejan información de alta magnitud, que manejen personal tengan potestad decisora.

Un asistente administrativo, evidentemente no cumple con ninguna de esas condiciones. Por ello, esperamos que este criterio de las Cortes de lo Contencioso Administrativo sea apenas una anécdota y no se convierta en jurisprudencia, ya que estaríamos frente a la destrucción de la carrera administrativa que tan importante es para el Estado de Derecho.

DE LA COMPETENCIA PARA CONOCER LAS DEMANDAS DE LOS TRABAJADORES CONTRATADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. RENOVACIÓN TACITA DE LOS CONTRATOS

Alfonso Martín Buiza

El sistema de empleo público, integrado -en esencia- por quienes están vinculados a la Administración a través de una relación funcionarial o laboral, la Administración Pública recurre con frecuencia al sistema de contratación para hacer frente a sus necesidades internas de servicios; dado que la contratación puede concertarse tanto con personas jurídicas como con personas físicas, resulta necesario delimitar la figura del contrato cuando es una persona física la que suscribe el vínculo mediante un Contrato de Trabajo con la Administración.

Sostienen los juristas, el profesor Nelson Camba y las profesoras Cira de Pelekais y María Govea de Guerrero, de la Universidad Dr. Rafael Belloso Chapín, Maracaibo Estado Zulia, que durante más de treinta años estuvo vigente la Ley de Carrera Administrativa, sistema de la Función pública venezolana de carácter mixto, integrado por un sistema de administración de personal, propio de los sistemas abiertos de empleo público y por un estatuto de derechos, propio de los sistemas cerrados de carrera puros.

De esa manera, dicha Ley, según lo dispuesto en la exposición de motivos del decreto con fuerza de ley del Estatuto de la Función Pública, pretendió regular los derechos y deberes de los funcionarios públicos, mediante el establecimiento de un sistema de administración de personal estructurado técnicamente sobre la base de méritos. Sin embargo, factores como el clientelismo, la falta de voluntad política para desarrollar un cuerpo de funcionarios al servi-

cio del Estado y no de intereses particulares, sean éstos partidistas, sindicales, burocráticos o tecnocráticos, la desviación del legitimo ejercicio de la Administración Pública y las limitaciones del propio instrumento jurídico no lo hicieron posible.

El sistema de la función pública de la Ley de Carrera Administrativa permitió en su momento, estructurar un ámbito de la Administración Pública nunca antes atendido, sin embargo, su regulación, no alcanzó a prever la evolución de la propia administración, ni los efectos que sobre las relaciones estatutarias causaría el Derecho laboral.

Así las cosas, la figura del contrato de trabajo en la administración pública, cuando la Administración contrata a una persona para la ejecución de determinados servicios, la idea inicial de la que debe partirse es expresamente de la exclusión del régimen estatutario vigente en las relaciones de servicio sometidas a régimen administrativo, esto es, la contratación de servicios personales, queda, en principio, incluida en el procedimiento ordinario del Derecho laboral.

Así las cosas, el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana, establece lo siguientes:

“....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 las funcionarias públicas a los cargos de carrera será por concurso público.....” (En negritas mío).

La norma constitucional citada es taxativa al señalar que los cargos en la Administración Pública son de carrera -salvo la excepción que la misma norma prevé en su contenido- y que la única

forma de ingreso a dichos cargos se realizará mediante concurso público de oposición, no siendo por tanto admisible otra forma de ingresó para ostentar la condición de funcionario público de carrera y la aplicación del régimen estatutario, entre los que se encuentran los contratados.

En principio, la propia elección por la Administración del régimen laboral administrativo a la hora de articular una relación de servicios con una persona determinada es lo que determina que nos encontremos en el ámbito administrativo, y no en el ámbito laboral ordinario. Sin embargo, establecida una vinculación a través de alguna de las modalidades de la contratación, es relevante según las condiciones en que se presta el servicio contratado, que órgano competente debe conocer de algún reclamo.

Es así que, en nuestro ordenamiento jurídico todo lo concerniente al régimen funcional de la Administración Pública se encuentra regulado por la Ley del Estatuto de la Función Pública, la cual en su artículo 1 desarrolla su ámbito de aplicación, y seguidamente en su Título IV "Personal Contratado" artículos 37, 38 y 39, desarrolla las siguientes disposiciones:

Artículo 37. "Sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado.

"Artículo 38. El régimen aplicable al personal contratado será aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral."

"Artículo 39. En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública."

Por lo tanto, la existencia de un contrato de trabajo mediante el cual un particular prestará servicios para la Administración Pública, sin distinción de que el mismo sea a tiempo determinado

o indeterminado, quedan exceptuados de la aplicación del régimen estatutario exclusivo y excluyente de los funcionarios públicos de carrera, razón por la cual los contratados deberán regirse según lo previsto en el contrato de trabajo celebrado y la Ley Orgánica del Trabajo.

Así pues, resulta evidente que todos aquellos trabajadores que ingresen a la Administración Pública mediante la celebración de un contrato de trabajo es necesario traer a colación lo dispuesto en el artículo 29 numeral 4 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo que señala:

“.....Los Tribunales del Trabajo son competentes para sustanciar y decidir:

4. Los asuntos de carácter contencioso que se susciten con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, de las estipulaciones del contrato de trabajo y de la seguridad social.”

Esta competencia de los Juzgados en material laboral para conocer y decidir asuntos contractuales, en los caso que nos ocupa la lectura, con aquellos celebrados por un particular y la administración pública, a lo que la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia en reiteradas oportunidades, (Vid. Sentencia N° 28, de fecha 1 de marzo del 2007, Sentencia N° 120, de fecha 31 de mayo del 2007 y sentencia N° 98 de fecha 31 de julio del 2008), y la Sentencia N° 20, de fecha 07 de abril del 2010, ha sido conteste en afirmar:

“...Del contenido de las normas parcialmente transcritas se desprende que no es posible considerar a los contratos como modos de ingreso a la función pública y, por esta razón, no se pueden calificar a los contratados como funcionarios ni les es aplicable el régimen contemplado en la Ley del Estatuto de la Función Pública; de allí que al haber quedado establecido el carácter laboral-de la relación contractual que mantuvo la ciudadana NORIS DEL CARMEN ESCOBAR con la GOBERNACIÓN DEL ESTADO

APURE, el régimen jurídico que debe aplicársele es aquel que se encuentra previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral, según lo dispuesto por el artículo 38 de la Ley del Estatuto de la Función Pública...."

Como se puede observar, conforme al criterio sostenido en la decisión trascrita, se excluye de la competencia contencioso administrativa a las acciones ejercidas por los trabajadores contratados de la Administración con ocasión de la terminación de la relación laboral; siendo así estas acciones deben ser conocidas por los juzgados con competencia en materia laboral, a los cuales les corresponde sustanciar y decidir los asuntos de carácter litigioso que se planteen con ocasión de las relaciones laborales como hecho social, tal como lo establece el artículo 29, numeral 4 de la Ley Adjetiva, arriba señalado.

Sin embargo, para este comentarista surgen varias ideas confusas que le ponen un grado de dificultad al asunto de los contratos de trabajo administrativo, una de ellas por ejemplo es, ¿existe la posibilidad de la tácita reconducción del contrato de trabajo administrativo, cuando por diversos motivos (cambios del gabinete ejecutivo, exceso de trabajo y falta de personal administrativo, etc) no se renueven los contratos?

Como todos sabemos el contrato de trabajo a tiempo determinado, es sin duda alguna, la excepción a la norma general de los contratos de trabajo; esta norma general es la indeterminabilidad; es por ello que el contrato de trabajo por excelencia es el que por su duración es indeterminado. Así pues, la figura del contrato a tiempo determinado tiene un campo de aplicación muy limitado si se le compara con el contrato a tiempo indeterminado.

Un período de tiempo, es una limitación, y a tenor de lo establecido en el artículo 76 de la LOT en los contratos por tiempo determinado los obreros no podrán obligarse a prestar servicios por más de un (1) año, ni los empleados y los obreros calificados por más

de tres (3) años. En caso de prórrogas se aplicará lo dispuesto en el artículo 74 de esta Ley. La presunción en materia de contrato de trabajo de personal al servicio de la administración pública es iuris tantum, es decir, como estos se hacen sin término fijo de expiración, admiten prueba en contrario; en esta salvedad es que tiene cabida el contrato por tiempo determinado.

Considerando pues, que el requerimiento para la contratación por parte de la administración pública de personal contratado (así como también de la empresa privada) dependerá de elementos como, fijación de mutuo acuerdo del plazo de duración, de la naturaleza del servicio y cuando esta naturaleza del servicio sea sustituir provisional y lícitamente a otro trabajador, la tácita reconducción, que sabemos es una modalidad propia del derecho civil en lo concerniente al arrendamiento efectuados por tiempo determinado, ya que, si la expiración del tiempo fijado en el arrendamiento, el arrendatario queda y se le deja en posesión de la cosa arrendada, el arrendamiento se presume renovado, al igual que es este tipo de contratos, sucede con el contrato de trabajo por tiempo determinado, cuando al vencerse el tiempo de duración, las partes continúan en las mismas relaciones jurídicas; en estas situaciones el contrato de trabajo por tiempo determinado, queda afectado por la tácita reconducción y se convierte en uno a tiempo indeterminado, por lo que en aplicación del artículo 74 en su segundo aparte, en caso de dos (2) o más prórrogas, el contrato se considerará por tiempo indeterminado, como suele ocurrir con trabajadores contratados actualmente en la administración pública, los cuales mantienen una relación desde hace más de tres (3) años en calidad de contratados y que sin haber razones especiales que justifiquen dichas prórrogas y/o excluyan la intención presunta de continuar la relación, valdría la pena preguntarse si la administración reconocerá dicha situación jurídica laboral e insertarlos como trabajadores de carrera, situación esta que dependerá del patrono administrativo prever, controlar y evitar.

PRINCIPIOS RECTORES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Rafael De León³

INTRODUCCIÓN

Si hay algo que caracteriza el mundo jurídico venezolano, sobre todo en los últimos años, es el uso indiscriminado e indebido por parte de la Administración Pública de las facultades discrecionales que el ordenamiento jurídico reconoce. El correcto uso de las formas y protocolos jurídicos ha caído irónicamente, en desuso, y en general la tramitación de los procedimientos administrativos está siendo utilizada simplemente “por cumplir” y no para hacer honor a los fundamentos de su creación. Es exactamente como Meier señala:

en la práctica, la posición de supremacía de la Administración es interpretada por los funcionarios y agentes a su servicio, como pura posición de poder, pero no en el sentido que aquí hemos destacado. Es lo que explica el descuido, la negligencia de los funcionarios que instruyen los procedimientos, y de aquellos que tienen la competencia para resolverlos, en lo ateniente a la prueba de los elementos y requisitos que integran la legalidad de la actuación administrativa⁴.

Lo cierto es que la Administración Pública tiene privilegios que poseen mayor justificación que otros, pero en definitiva, son demasiados. Quizá, la culpa sea en parte atribuible a los administrativistas, quienes en muchas ocasiones nos dedicamos

³ Abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela (2004). Cursante en la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Central de Venezuela (en fase de elaboración de tesis de grado). Magíster en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Complutense de Madrid (2007). Ha sido profesor invitado en la Universidad Monteávila de Caracas.

⁴ MEIER E. Henrique. *El Procedimiento Administrativo Ordinario*. Ediciones Homero. Caracas, 2004. Pág. 244.

a defender y buscar maneras de defender prerrogativas estatales sin atrevernos a cuestionarlas frontalmente planteando ideas no tradicionales, en algunos casos por conveniencia, en otros, por comodidad. El derecho administrativo se encarga, si es verdad, de regular las relaciones entre particulares y el Estado, pero su mayor utilidad radica en que nos revela el gran desbalance existente entre los particulares y el Estado, mostrándonos el camino que debemos tomar para equilibrar la balanza en la medida de lo posible.

En la mayoría de las ocasiones, esa desigualdad jurídica es producto de la interpretación errada de las disposiciones que conforman el derecho administrativo por parte de los órganos administrativos. Así, las normas constitucionales, las atributivas de competencias, las regulatorias de procedimiento y las desarrolladoras de derechos fundamentales, a menudo son interpretadas de forma caprichosa por el operador de turno, contribuyendo a acentuar la mencionada desigualdad jurídica, que por cierto, siempre termina siendo en detrimento de los particulares, nunca de la Administración. Por ello, en la medida en que nos cambiemos de acera y comencemos a ver la actuación administrativa desde un punto de vista netamente privado, la Administración Pública comenzará a respetar más cabalmente la ley.

De todo esto, es que nos ha surgido la idea de elaborar el presente trabajo para la Revista de Derecho Funcionarial de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo -FUNEDA-, cuya intención es intentar mostrar al lector los cimientos del procedimiento administrativo disciplinario de destitución de funcionarios públicos regulado en artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. La idea, ha sido poner de manifiesto los principios rectores del procedimiento y los fundamentos sobre los cuales éstos descansan, resaltando en todo el carácter instrumental del mismo. Debemos advertir, sin embargo, que nos hemos limitado a comentar únicamente los principios que quizá tengan una mayor incidencia práctica en la tramitación de este tipo de procedimiento, y en consecuencia hemos descartado aquellos que, si bien pudieren tener alguna aplicación,

no son susceptibles de generar mayores dificultades. Tal es el caso por ejemplo, del principio de proporcionalidad, el cual sin duda tiene aplicación en el procedimiento disciplinario de destitución de funcionarios públicos pues intenta controlar y equilibrar la actividad sancionatoria de la Administración Pública, pero quizá en la práctica no genera mayores inquietudes toda vez que en este tipo de procedimientos la sanción administrativa es una sola, la destitución del funcionario, y la LEFP no deja a la discrecionalidad del órgano respectivo, la posibilidad de agravarla o atenuarla.

Otros caso que intencionalmente hemos apartado del presente trabajo, es el de los principios de economía, eficacia y celeridad previstos en el artículo 30 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos -LOPA-. En esta ocasión, la razón radica en que, simple y llanamente, en Venezuela son sólo palabras escritas; no hay un solo antecedente jurisprudencial -al menos nosotros lo hemos encontrado- en el que se haya declarado como violado alguno de estos principios, mucho menos se ha sancionado a alguien por este asunto. Se trata pues, de principios con letra vacía que no han generado mayores discusiones y desarrollos doctrinales y que incluso, muy pocas veces son invocados por los propios particulares en sus controversias con la Administración, todo ello a pesar de que curiosamente un rasgo fundamental de ésta, es su falta de celeridad y eficacia en el actuar público. Tal vez, el estudio de estos principios pueda hacerse en un trabajo separado, pero no en éste.

En todo caso, hay que decir que en la doctrina no es uniforme la clasificación ni el número de principios que resultan vigentes en el procedimiento administrativo. Así por ejemplo, el profesor Araujo hace referencia en su obra *Tratado de Derecho Administrativo Formal*, hace referencia y comenta un total de treinta y nueve principios relacionados con el procedimiento administrativo⁵.

⁵ ARAUJO JUÁREZ, José. *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Vadell Hermanos Editores. Valencia – Caracas, 2007. Estos principios son: el de legalidad, de obligatoriedad, de orden público, de exclusividad, de supletoriedad, de economía procedural, de conservación de los actos, de la doble instancia, de la simplificación administrativa, de concentración, de impulsión de oficio, de instrucción, de investigación de la verdad material, de publicidad, de la unidad del expediente

En nuestro caso, en primer lugar traeremos a colación aquellos principios rectores y generalmente relacionados con el procedimiento administrativo en general, que por su contenido gozan de especial importancia en la aplicación del procedimiento disciplinario de la LEFP. En segundo término, y tomando en cuenta que el procedimiento disciplinario de destitución es en definitiva un procedimiento punitivo, se expondrán aquellos principios que tradicionalmente se desarrollan como rectores de los procedimiento administrativo sancionador y que, al igual que antes, tienen mayor incidencia práctica en el régimen disciplinario de funcionarios públicos. Vayamos pues, a ello.

I. HACIA UNA DEFINICIÓN DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN GENERAL SU CARÁCTER INSTRUMENTAL.

Está bien decir que el procedimiento administrativo está conformado por un conjunto de actos o actuaciones llevadas a cabo por la administración pública para lograr la materialización de algún fin que ésta se ha propuesto, materialización que tomará forma de acto administrativo conclusivo⁶. Sin embargo, muy a pesar de que técnicamente esta definición es absolutamente correcta, debemos decir que está incompleta. En ella, solo hemos incluido el punto de vista de uno solo de los sujetos intervenientes en el procedimiento, dejando por fuera el más importante de ellos: el particular. Así pues, hemos construido la aludida definición como lo haría un funcionario público para sí, esto es, resaltando única

administrativo, de competencia, de colaboración administrativa, de presunción de legitimidad, de contradicción de la prueba, del control de la prueba, de oposición a la prueba, de la sana crítica, del cómputo, de preclusividad, de escrituriedad, de inmediación subjetiva, de inmediación objetiva, de inmediación de actividad, de congruencia, de irretroactividad, de ejecutividad y ejecutoriedad, de autocomposición, de paralelismo de forma, *in dubio pro actione, solve et repele*, de proporcionalidad, *non bis in idem*, de presunción de inocencia y de instrumentalidad.

6 Hay que aclarar, que no todos los actos administrativos decisiores están precedidos de un procedimiento administrativo y ello no implica que tales actos sean contrarios a derecho. Tal es el caso por ejemplo, de la designación de funcionarios de libre nombramiento y remoción. Ahora bien, dado que en el presente artículo se trata el procedimiento de destitución de funcionarios, construiremos en este aparte una definición de procedimiento como preparatorio de un acto administrativo.

y exclusivamente la utilidad que el procedimiento tiene para los órganos de la administración pública.

En efecto, en primer lugar válido es afirmar que el procedimiento administrativo está conformado por un conjunto de actuaciones sucesivas entre sí y que en realidad no se trata de un acto único, ya el profesor Lares Martínez, entre otros autores, nos lo resaltó en el pasado al decirnos que *el procedimiento administrativo generalmente abarca un conjunto de actos preparatorios o de trámite que han de culminar en la decisión de la autoridad administrativa competente*⁷. O como de forma más completa lo destaca Araujo Juárez, *el procedimiento consiste, en sentido jurídico, en una pluralidad de actos jurídicamente regulados a priori que guardan entre sí una relación de coordinación o concurrencia de modo que cada uno de ellos es presupuesto de validez de los posteriores –excluido el último, naturalmente– y, éstos a su vez, condición de la eficacia de los anteriores –exceptuando también, claro está, el primero de ellos*⁸.

Luego, también es verdad que el procedimiento administrativo es la vía legalmente establecida para el logro de fines públicos, es el utensilio que la ley da a la administración para que ésta logre sus cometidos y materialice sus intenciones. Sin irnos muy lejos, volvemos a hacer eco de la palabra del profesor Martínez⁹, quien recordando a Massimo Giannini, nos subraya que el procedimiento administrativo es manifestación de la función administrativa de la misma forma en que el proceso lo es de la función jurisdiccional.

Como dijimos, una definición de procedimiento administrativo construida con base en estas dos premisas sería correcta en todas sus partes, pero no completa. Lo más importante, al menos a los fines del presente artículo, no es resaltar la utilidad que tiene el procedimiento para quien lo ejecuta sino más bien la utilidad que

7 LARES MARTÍNEZ, Eloy. *Manual de Derecho Administrativo*. Décima Segunda Edición, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2001. Pág. 593.

8 ARAUJO JUÁREZ, José. Ob. Cit. Págs. 28 y 29.

9 LARES MARTÍNEZ, Eloy. Ob. Cit. Pág. 595.

pueda tener para los particulares, en especial los que intervienen en él. La clave, es ver el procedimiento administrativo como un verdadero obstáculo para la administración, como una alcabala puesta por los particulares al actuar de ésta, en fin, como obligación que debe cumplirse y no como facultad que puede ejecutarse.

Preguntémonos entonces que elemento podría agregarse a la definición dada, de forma tal que su verdadera importancia quede reflejada. La respuesta, no es desconocida y es bastante sencilla en realidad, desde nuestra óptica el procedimiento administrativo más que un instrumento utilizado por el Estado para poder emitir un acto administrativo, es un instrumento de ley para garantizar que, en definitiva, éste no cometa arbitrariedades. No olvidemos que fue concebido con la intención de encauzar la actividad administrativa para darle transparencia y garantizar la participación de los afectados; es ésta y no otra su razón de ser. Debemos recordar que la Administración está investida de las más amplias facultades y los más variados privilegios, al tiempo de que goza de un tremendo poder económico; los particulares en la mayoría de los casos no. Además, la Administración Pública también disfruta de poderes discrecionales que a menudo son ejercidos con cierto abuso, por lo que conviene tener herramientas de defensa.

Ciertamente, no interesa ahora siquiera poner de relieve las razones que históricamente se han dado para justificar el otorgamiento al Estado y, más concretamente a la Administración Pública, de los poderes discretionales que tiene. Simplemente demos por hecho que los ostenta y que como dice Fernández¹⁰, la percepción del poder discrecional en manos del Ejecutivo como *el poder por excelencia, es decir, como una capacidad incondicionada de imposición* es una cuestión que *ha sido ampliamente teorizada y justificada de modo frontal y directo a lo largo del siglo pasado desde diversas perspectivas con resultados prácticos idénticos*. El asunto está, en que por más necesario que pueda ser el otorgar poderes discretionales

¹⁰ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *De La Arbitrariedad de la Administración*. Cuarta Edición. Monografías Civitas. Madrid, 2002. Págs. 27 y 29.

a la Administración Pública, esto no deja de ser riesgoso para los particulares; no debemos obviar que al final, estos poderes serán ejercidos por personas y no por máquinas o entidades abstractas. No en vano el profesor Fernández afirma que la discrecionalidad es *un problema recurrente, una úlcera que recidiva de forma constante y que nunca termina de cicatrizar del todo. La batalla de la discrecionalidad es así una permanente y permanentemente inconclusa*¹¹.

La arbitrariedad pues, no debe confundirse con discrecionalidad. Estos, son conceptos opuestos y diferenciados básicamente en que lo arbitrario es aquello desprovisto de motivación y transparencia, cuestión que se consigue a menudo sustanciando debidamente un expediente administrativo en el marco de un procedimiento en el que se exponga y se oiga la opinión de los implicados investigados si fuere el caso.

Vemos entonces como el procedimiento administrativo juega un papel instrumental al fungir de brazo ejecutor del principio de legalidad, al dar transparencia a la actuar público y al hacer partícipe de tal actuación a los ciudadanos que se verán afectados positiva o negativamente en su esfera jurídica¹². El derecho a la defensa y al debido proceso a que se refiere el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, solo puede hacerse valer en sede administrativa, a través de un procedimiento iniciado a tales fines.

En resumen, se trata de una figura creada para el beneficio de los particulares y no de la Administración Pública como parece

11 Ob. Cit. Pág. 30.

12 Sugerimos en este punto leer a Luciano Parejo, para quien el procedimiento administrativo cumple no dos, sino tres fines concretos. Estos son, en primer lugar, el de "permitir 'dar satisfacción a las necesidades colectivas' de una forma rápida, ágil y flexible"; luego para este autor "el procedimiento cumple también un fin de garantía, en cuanto cauce de la acción administrativa con relevancia jurídica directa y, por tanto, susceptible de incidir en la esfera de derechos e intereses legítimos de otras Administraciones o personas públicas, así como de los ciudadanos"; y, por último, el procedimiento cumple "un tercer fin de no menos trascendencia: el de posibilitar la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones por el poder público". PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L. *Manual de Derecho Administrativo*. Barcelona: Ariel, 1994. Pág. 557.

sugerir la definición dada inicialmente –cuestión que además suele olvidarse con frecuencia-, y en ese sentido deben siempre interpretarse sus normas regulatorias. En consecuencia, si el órgano encargado de sustanciar el procedimiento lo utilizase para un fin distinto al señalado o si interpretase sus normas reguladoras de forma opuesta a la comentada, incurría en *inconstitucionalidad*. Es precisamente ésta visión, o éste elemento, el que nos interesa incluir en nuestra definición de procedimiento administrativo y que pedimos al lector tenga en todo momento muy presente, pues ello será de gran utilidad al evaluar más adelante el procedimiento de destitución de funcionarios, al tiempo que nos ayudará a resolver ciertas cuestiones prácticas que en el camino iremos haciéndonos y que derivan de la aplicación de los artículos 89 al 91 de la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP).

El Procedimiento Administrativo por tanto, podría definirse como un conjunto de actos, trámites o actuaciones llevadas a cabo por la administración pública para dar transparencia a su actuar, así como garantizar el derecho a la defensa, debido proceso y participación ciudadana de los particulares, logrando de esa forma la materialización de algún fin que ésta se ha propuesto, materialización esta que tomará forma de acto administrativo conclusivo.

II. PRINCIPIOS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN

Como hemos dicho, el procedimiento administrativo es un instrumento con el cual la Administración Pública logra básicamente dos cosas, en primer lugar, garantizar los derechos e intereses legítimos de los particulares; en segundo, dar legalidad a un acto administrativo a través del cual exterioriza su voluntad. Ahora bien, la eficacia de estos objetivos está condicionada al cumplimiento de ciertos principios que rigen de forma íntegra el procedimiento administrativo y que éste intenta materializar. Como bien lo dice

Rojas-Hernández, la circunstancia que el procedimiento administrativo sea el instrumento necesario e indispensable para garantizar la eficiencia y legitimidad del actuar de la Administración Pública impone, igualmente, que dicho procedimiento se tramite con arreglo a un conjunto de principios rectores que ordenen la actividad administrativa¹³.

Moles Caubet nos expresa, *Principium est primum, decían los escolásticos, o sea, es lo primero que actúa como origen de cuanto le sigue.* En el orden lógico se entiende por principio una proposición con valor de postulado o de axioma, de la cual derivan todas las demás¹⁴, y como tal, su utilidad reside en que nos muestra y ayuda a entender el porqué de las cosas; en el campo jurídico, el porqué de las normas jurídicas. Por lo tanto, parece claro que para poder aplicar correctamente las normas reguladoras de un procedimiento administrativo, para poder interpretarlas de forma correcta, es indispensable conocer los principios sobre los cuales se fundamenta. El procedimiento disciplinario de destitución de funcionarios públicos es un procedimiento administrativo de carácter sancionador, y por lo tanto, rigen en él no solo principios generales inherentes a todo procedimiento administrativo, sino también los característicos de este tipo de procedimientos.

En la doctrina, no es para nada unánime la enumeración de estos principios, así como tampoco sus criterios de clasificación. Aunque frecuentemente los autores están de acuerdo en que hay una gamma de principios "generales" en esta materia, dentro de este rubro se suelen incluir a menudo clasificaciones diversas con nombres específicos. En nuestro caso, si bien optaremos por separar los principios generales de aquellos que solo guardan relación con los procedimientos administrativos sancionatorios, nos limitaremos a comentar simplemente aquellos principios que revisten una

¹³ ROJAS-HERNÁNDEZ, Jesús David. *Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador como Límites de la Potestad Administrativa Sancionadora*. Ediciones Paredes, Caracas, 2004. Pág., 57.

¹⁴ MOLES CAUBET, Antonio. *El principio de legalidad y sus implicaciones. Estudios de Derecho Público*. Universidad Central de Venezuela. Instituto de Derecho Público de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1997. Pág. 279.

importancia práctica relevante en el curso de los procedimientos administrativos de destitución de funcionarios por ser éstos los que en mayor medida ayudan a resolver incógnitas y problemas prácticos.

1. *Principios generales que rigen el procedimiento administrativo y que tienen relevancia en el procedimiento de destitución de funcionarios públicos.*

a. **Principio de Legalidad¹⁵**

De acuerdo con el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, nuestro país se constituye en un Estado democrático y social *de Derecho*. Esto significa que todas las actuaciones llevadas a cabo por los órganos del poder público, en cualquiera de sus niveles y sus ramas, están sujetas a lo que todo el ordenamiento jurídico -incluida la propia Constitución claro está-contiene establecido.

La razón fundamental de esto, es simplemente la intención de evitar la arbitrariedad, es decir, que los poderes públicos hagan cualquier cosa a su antojo y que en su lugar la seguridad jurídica garantice la tranquilidad de los ciudadanos. Conviene recordar que la propia Sala Constitucional en el año 2005¹⁶, señaló con respecto al propósito de un Estado de Derecho que:

"… entendiendo que el sistema político y jurídico venezolano parte de un modelo de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, el Derecho Penal en Venezuela estaría llamado a materializar una misión política de regulación activa de la vida social, que asegure el funcionamiento satisfactorio de ésta, a través de la tutela de los bienes jurídicos de los ciudadanos. Lo anterior acarrea la necesidad de conferir a la pena la función de preventión de los hechos que atenten contra dichos bienes jurídicos, y

15 Sobre este principio, recomendamos la lectura de la obra citada del profesor MOLES CAUBET.

16 Sentencia No. 915 de fecha 20 de mayo de 2005. Magistrado Ponente: Francisco Carrasquero.

no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta -a saber, sin retribución-, el quebrantamiento del orden jurídico. *Pero para que el Estado social no degenera en autoritario, sino que se mantenga como democrático y de Derecho,* deberá respetar una serie de límites que garanticen que dicha prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos (MIR PUIG, Santiago. El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho. Editorial Ariel Derecho. Barcelona, 1994, p. 44).” (cursiva nuestra).

De esta previsión Constitucional fundamental deriva el principio de legalidad, considerado como un *principio fundamental de derecho público*¹⁷. De acuerdo a este principio, las actuaciones de quienes detentan el poder deben estar siempre e inevitablemente sujetas a lo que la Constitución y la Ley disponen. Se trata de un principio amplio que rige la conducta de los órganos que integran la Administración Pública, y que además es extensible a todas las ramas del Poder Público¹⁸, en cuyo seno también debe respetarse de forma cabal¹⁹.

A nivel Constitucional, el principio de legalidad se encuentra recogido en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual materializa la afirmación anterior:

17 BREWER-CARÍAS, Allan R. *Principios Fundamentales de Derecho Público*, Pág. 33.

18 Véase BREWER-CARÍAS, Allan R. Ob. Cit. Pág. 34 y 35.

19 También cabría citar brevemente la sentencia Nº 85 de fecha 24 de enero de 2002, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en donde se dejó sentado que “La formación y desarrollo del concepto de Estado de Derecho, tiene su origen histórico en la lucha contra el absolutismo, y por ello la idea originalmente se centraba en el control jurídico del Poder Ejecutivo, *a fin de evitar sus intervenciones arbitrarias (...). Sin embargo, tal concepto fue evolucionando, y dentro de la división de poderes que conforman el Estado, en la actualidad el Estado de Derecho consiste en que el poder se ejerce únicamente a través de normas jurídicas, por lo que la ley regula toda la actividad Estatal y en particular la de la administración;* y parte de la esencia del concepto consiste en ‘el control judicial de la legalidad desde lo que se va a considerar la norma suprema: la Constitución’ (‘El Estado Social de Derecho en la Constitución’ por Encarnación Carmona Cuenca. Consejo Económico y Social. Madrid. 2000), la cual encabeza una jerarquía normativa, garantizada por la separación de poderes. Tal concepción está recogida en la vigente Constitución, donde toda la actividad Estatal está regida por la ley: leyes que emanan del Poder Legislativo y otros Poderes, y reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo, sin que estos últimos puedan contradecir la letra o el espíritu de la ley; mientras que la constitucionalidad es controlada judicialmente mediante el control difuso o el control concentrado de la Constitución.” (cursiva nuestra).

La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen. Se trata pues, del pilar fundamental de todo el Derecho Administrativo; un pilar al que debe atenerse el Estado tanto en el marco de un procedimiento administrativo como fuera de él²⁰, de allí que lo hayamos querido comentar de inicio. De este principio, puede decirse que nacen y derivan todos los demás, por lo que cualquier violación a un principio distinto, producirá necesariamente un menoscabo al principio de legalidad.

En todo caso, es necesario advertir que el principio de legalidad no exige que solo la "ley" en sentido formal es la que debe ser respetada, no debe dársele a este principio un sentido rígido. Por el contrario, ya la jurisprudencia advirtió desde hace más de 20 años que por legalidad en este sentido debe ser considerada como un bloque en el cual entran todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico, incluidas las de carácter sublegal. En concreto, la Sala Político Administrativa en sentencia de fecha 06 de junio de 1985 con ponencia de Luis H. Farías Mata, Caso: Luis Álvarez Domínguez²¹, señaló lo siguiente:

"La precedente conclusión no significa otra cosa que la aplicación al caso de autos del principio de legalidad en la forma cabal en que fue entendido por la doctrina francesa de 'bloque de la legalidad' (HAURIOU), conforme al cual la entera sumisión de la administración a la ley que dicho principio postula implica, no sólo la sujeción del funcionario administrativo –en sus actuaciones generales y en las concretas- tanto, y en primer lugar, la ley formal como, en segundo término, a las instrucciones emanadas del funcionario superior (principio de jerarquía administrativa), sino que también, y finalmente, queda el mismo funcionario vinculado en sus actuaciones concretas por

20 En realidad se trata de un principio que rige toda la actividad administrativa tal y como lo expresa el artículo 4 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, de acuerdo al cual "*La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad...*".

21 Sentencia consultada en BREWER-CARÍAS, Allan y ORTIZ-ALVAREZ, Luis. *Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa (1961-1996)*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2004. Pág. 548.

las propias normas generales que previamente él dictare (autovinculación). (cursiva nuestra).

De forma tal que el sometimiento de la actividad administrativa, lo es a ese bloque de la legalidad conformado no solo por leyes en sentido formal, sino más bien por todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico que resulten aplicables.

Ahora bien, una de las formas a través de las cuales se intenta lograr este sometimiento es precisamente "procedimentalizando" dicha actividad, es decir, encauzando la misma en procedimientos administrativos a los fines de que, al tiempo de que la Administración Pública la despliegue, no sean vulnerados ciertos derechos fundamentales de los particulares. Por esta razón, el artículo 1 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (LOPA) establece que *la Administración Pública Nacional y la Administración Pública Descentralizada, integradas en la forma prevista en sus respectivas leyes orgánicas, ajustarán su actividad a las prescripciones de la presente Ley*²². Se trata de una norma que recoge de forma clara el principio de legalidad y que sin duda incorpora la LOPA al régimen jurídico de los procedimientos disciplinarios de destitución.

Por ello, en materia disciplinaria la tramitación del procedimiento respectivo es de carácter obligatorio, ya que la destitución es una verdadera sanción administrativa que obviamente afecta la estabilidad del funcionario. Así lo señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo -CPCA- en el año 1980 cuando indicó lo siguiente:

"El vicio de procedimiento observado en el presente caso es tal, que lesiona la esencia misma del acto, impidiendo a esta Corte conocer de la cuestión de fondo, por cuanto es requisito esencial de toda medida sancionatoria que afecte la estabilidad de un fun-

22 Véase BREWER-CARIAS, Allan R. *El Principio de Legalidad en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*. Revista del Consejo de la Judicatura. N° 22. Caracas, julio-septiembre 1981. Págs. 5-14

cionario, y que la misma responda a los resultados de la averiguación realizada (...).

En la referida aplicación de la sanción de destitución no se atendió al procedimiento establecido al efecto por el mencionado Reglamento...”²³. (subrayado nuestro).

Tal y como se ha dicho a nivel jurisprudencial, el principio de legalidad se integra por la subordinación y sujeción cierta del actuar administrativo al conjunto armónico vigente y, en particular el ordenamiento jurídico administrativo²⁴. Por ello, queda claro que aunque en materia de procedimientos disciplinarios la violación más evidente del principio de legalidad se da cuando la Administración simplemente omite la sustanciación del procedimiento, lo cierto es que cualquier ilegalidad cometida deviene en un menoscabo de este principio, y ello es así porque la simple inobservancia de la ley es una arbitrariedad. Incluso, es de hacer notar que en materia disciplinaria, la destitución de un funcionario sin la previa tramitación del procedimiento disciplinario previsto en el artículo 89 de la LEFP no solo es causal de nulidad absoluta de la decisión correspondiente, sino que adicionalmente es una causal de destitución del propio funcionario que declaró la destitución, tal y como lo señala el último párrafo del referido artículo.

b. Principio Inquisitivo

Ya hemos visto que la Administración Pública en virtud del principio de legalidad se encuentra obligada a seguir las formas y procedimientos administrativos previstos legalmente para desplegar su actividad, ello por las razones expuestas. En materia

23 Sentencia de fecha 09 de diciembre de 1980 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con ponencia de Vinicio Bracho Vera, cuyo extracto cita BALASSO TEJERA, Caterina en Jurisprudencia sobre los Actos Administrativos (1980-1993). Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1998, Pag. 745.

24 Véase la Sentencia de fecha 17 de noviembre de 1986 dictada por la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, con ponencia de Aníbal Rueda, caso: Arturo L. Torres vs. Repùblica (Ministerio de Transporte y Comunicaciones), cuyo extracto cita BALASSO TEJERA, Caterina. Ob. Cit. Pág. 362 y 363.

disciplinaria, si la Administración Pública se propone destituir a un funcionario público determinado, deberá hacerlo con estricta atención a las normas que en cuanto a procedimiento administrativo han sido dispuestas en la LEFP -o en la ley respectiva- y la LOPA. Pues bien, siendo que la Administración Pública está obligada de la forma indicada, resulta lógico que también se coloque a su cargo el deber de impulsar ese procedimiento en todas sus etapas. Esto es lo que se conoce como principio inquisitivo. Nótese como dice Meier, que *la Administración, a la que le corresponde la decisión del procedimiento, no es un mero sujeto destinatario de la actividad probatoria de los interesados, sino que es sujeto activo de la prueba y no con carácter ocasional o supletorio de la actividad de aquellos*²⁵.

De acuerdo al principio inquisitivo, la Administración es la responsable de al menos tres elementos en el procedimiento: *la conducción del procedimiento; la sustanciación del mismo; las pruebas y las medidas preventivas, sin perjuicio de que en cada una de esas fases puedan actuar los particulares*²⁶. Ciertamente, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil, en donde rige el principio dispositivo y en consecuencia el Juez debe decidir la controversia que le ha sido planteada únicamente con arreglo a lo alegado y probado por las partes intervenientes, cuando se trata de un procedimiento administrativo la Administración tiene los más amplios poderes de prueba y es ella la *obligada desarrollar la actividad necesaria para llegar a la decisión final, sin necesidad de que sea excitada en este sentido por los particulares*²⁷.

Se trata pues, de un principio rector del procedimiento administrativo disciplinario que no le da libertad al órgano administrativo de practicar y acordar aquellos actos de instrucción

25 MEIER E. Henrique. Ob. Cit. Pág. 242.

26 BREWER-CARIAS, Allan R. *Principios Generales Del Procedimiento Administrativo: Hacia un Estándar Continental*. Artículo ubicado en Christian Steiner (Ed), *Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina*, Konrad Adenauer Stiftung. México, 2010. Págs. 163-199.

27 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II. 5ta Edición. Ed. Civitas, Madrid, 1998. Pág. 458.

que considere pertinentes, sino que más bien la obliga a practicar todos los que sean necesarios para el esclarecimiento de los hechos que están siendo objeto de investigación, cuestión que es distinta.

En el ámbito jurisprudencial, en muy pocas decisiones se ha hecho un desarrollo exhaustivo del principio inquisitivo en el marco del procedimiento administrativo. Sin embargo, conviene traer a colación dos sentencias citadas por el jurista Enrique Meier²⁸, en las cuales si bien ese examen exhaustivo no está hecho, al menos se recogen los aspectos más importantes del principio *in commento*. La primera de estas sentencias es la dictada por la CPCA en fecha 09 de octubre de 1991, Caso Alfredo Quintero Castiblanco vs. El Crack, C.A., en donde refiriéndose a los artículos 62 y 89 de la LOPA, el mencionado Tribunal señaló lo siguiente:

“... establecen la obligación de los órganos de la Administración de tomar en consideración todas las cuestiones que le fuesen planteadas o que surjan con motivo de un proceso, es decir, en razón de la tutela del interés público se impone a la autoridad administrativa el deber inquisitivo de dirigir e impulsar el procedimiento y ordenar la práctica de cuanto sea conveniente para el esclarecimiento y resolución de la cuestión planteada, dominando el principio inquisitivo en el procedimiento administrativo; en tanto el principio dispositivo o instancia de parte prevalece en el proceso judicial y no tiene aplicación en la instancia administrativa...”.

Ciertamente, en procesos judiciales como el civil por ejemplo, son las partes las que acuden al Juez para pedirle que resuelva una controversia, poniendo también los términos de la misma. De forma tal, que si las partes no acuden al Juez sencillamente no habrá proceso, pero si lo hacen, el Juez deberá actuar conforme éstas se lo pidan y su decisión solo deberá versar sobre aquellos asuntos traídos al proceso por la demandante y la demandada. En este tipo

28 MEIER E. Henrique. Ob. Cit. Págs. 173 y 174.

de procesos, el Juez tutela los intereses de las partes y solo de ellas. El procedimiento administrativo en cambio, lo inicia la Administración con prescindencia de que un particular se lo pida o no –aunque la ley reconoce el derecho de éstos a solicitarlo claro está-, nótese que incluso las solicitudes de inicio de procedimientos administrativos sancionatorios en lugar de “demandas” son “denuncias”, y esto se debe a que en el procedimiento administrativo el órgano juzgador no está llamado a tutelar los intereses del denunciante sino más bien el interés público²⁹.

La segunda sentencia que creemos conveniente citar, es la emanada de la CPCA en fecha 15 de octubre de 1991, Caso Berlioz Daison S.A., en donde se dijo lo siguiente:

“Es así como la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por una parte, impide las limitaciones a la promoción de pruebas, toda vez que ello podría impedir el establecimiento de la verdad material, y por la otra, contiene disposiciones que la facilitan, como ocurre con la que obliga a la Administración a resolver todos los asuntos que se sometan a su consideración dentro del ámbito de su competencia aunque no hayan sido alegados por los interesados, con lo que prevé la posibilidad de que la Administración pueda llevar a cabo los medios de prueba que sean necesarios para determinar la realidad de los hechos que motiva su decisión”.

Como bien lo dejó ver la Corte Primera en esta decisión, el principio inquisitivo no solo obliga a la Administración a impulsar el procedimiento hasta su final, sino que además tiene una seria implicación en torno a la carga de la prueba dentro del procedimiento. Con base en el principio inquisitivo o de oficialidad, en aquellos casos en los que, en el curso de la sustanciación de un procedimiento hubiere algún asunto o punto no esclarecido que pudiera tener relevancia en la decisión final, es a la Administración

29 En este punto recomendamos la lectura de ESCOLA, Héctor Jorge. *El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.

a quién corresponde su aclaración, por lo que deberá llevar a cabo para tal fin todos los actos de instrucción necesarios.

En materia disciplinaria, la aplicación del principio inquisitivo tiene plena vigencia y ello se deriva en primer lugar, del contenido del artículo 53 de la LOPA de acuerdo al cual la Administración Pública es la responsable de llevar a cabo *todas las actuaciones necesarias para el mejor conocimiento del asunto que deba decidir*, responsabilidad que se ve acentuada por la obligación prevista en el artículo 54 *eiusdem*, de solicitar de las demás autoridades u organismos los documentos, informes o antecedentes que estime convenientes para la mejor resolución del asunto. Pero más aún, el principio inquisitivo tiene en segundo lugar una aplicación directa en el procedimiento disciplinario de destitución por medio de varios numerales del artículo 89 de la LEFP. Así por ejemplo, el numeral 1 establece expresamente que es la Administración Pública a quién corresponde solicitar el inicio de la investigación pertinente cuando se sospeche la incursión del investigado en alguna de las causales de destitución previstas en el artículo 86 *eiusdem*. Por su parte, de acuerdo a los numerales 2 y 3 queda claro que, una vez solicitada dicha investigación, es la respectiva oficina de recursos humanos la que deberá instruir el correspondiente expediente y, concluido ello, deberá notificar al funcionario investigado.

Como podemos ver, el impulso de la etapa inicial del procedimiento disciplinario está claramente cargo de la Administración, es ella quien debe dar inicio al procedimiento y es ella quien debe notificar de las presunciones encontradas al investigado. En virtud de esto, todo el procedimiento resultaría absolutamente nulo si la notificación a que se refiere el numeral 3 se omitiese o si se realizase defectuosamente. Tampoco podría argumentar la Administración bajo ningún concepto, que correspondía al investigado el acudir y darse por notificado.

Del mismo modo, de acuerdo al texto de la LEFP, en las etapas sucesivas del procedimiento también parece estar claro el asunto: la

formulación de cargos, la apertura del lapso probatorio, la remisión del expediente a consultoría jurídica y la decisión final –numerales 4, 6, 7 y 8 respectivamente-, son obligaciones que la Administración debe cumplir en el marco de un procedimiento disciplinario sin necesidad de que el investigado o cualquier otra persona lo solicite, por lo que no le es facultativo formular o desechar cargos, abrir o no el lapso de pruebas, remitir el expediente o dictar resolución final.

c. Principio del Contradicitorio

Otro principio que puede reputarse como rector del procedimiento disciplinario de destitución de funcionarios, es el principio de contradicción o principio del contradictorio. De acuerdo a éste, el procedimiento debe ser siempre un espacio en el que se puedan ventilar intereses contrapuestos y, con base en ello, la Administración Pública queda obligada a garantizar a los particulares la posibilidad de alegar razones en el marco del procedimiento. Es precisamente en el principio del contradictorio en donde se inspiran el derecho de petición, a la defensa y al debido proceso que a todo ciudadano debe garantizársele en el marco de un procedimiento administrativo, el derecho a proponer la realización de determinados actos de instrucción para que se hagan compatibles con sus obligaciones laborales, el derecho de advertir defectos en la tramitación del procedimiento, etc.

Ciertamente, el hecho de que el procedimiento administrativo sea predominantemente inquisitivo no quiere decir que la Administración Pública tiene un monopolio dentro de él. Recordemos una vez más –y esto lo recordaremos varias veces–, que el procedimiento es un instrumento creado a favor de los particulares, lo que trae como consecuencia que a éstos no se les pueda negar el derecho de acudir contradecir cualquier argumento que se haya esgrimido y que les resulte o no perjudicial según su punto de vista. Incluso el propio principio inquisitivo debe interpretarse siempre en beneficio del particular, esto es, como una

obligación impuesta a la Administración, pues ella es servidora y no servida. Vemos entonces que el principio de contradicción tiene una gran importancia práctica, toda vez que de él se derivan una cantidad de derechos a favor de los particulares, que muchas veces en la práctica son vulnerados por la Administración Pública.

Ahora bien, como indica Parejo Alfonso, *lo que en ningún caso significa la contradicción, dada la función institucional del procedimiento administrativo y la naturaleza de la actividad a la que sirve de cauce, es la absoluta igualdad posicional entre la Administración actuante y las demás partes en dicho procedimiento*³⁰. Ciertamente, los particulares pueden entrar a contradecir, pero la Administración Pública es, como dijimos anteriormente, la responsable del impulso procedural, la obligada a buscar la verdad material del asunto y sobretodo la garante de todos los derechos e intereses de los particulares intervenientes, lo que significa que el principio de contradicción no puede verse como relevo de la obligación que el principio inquisitivo impone a la Administración.

Por lo que respecta a su regulación, tenemos que aunque no se encuentra expresamente dispuesto, puede decirse que en la Carta Magna el principio contradictorio lo encontramos consagrado a través de los artículos 49 y 51 de la CRBV, los cuales regulan derechos directamente inspirados en el mismo, tal y como son el debido proceso, el derecho a la defensa y al derecho de petición. De acuerdo al numeral 3 del primero de ellos, toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un "tribunal competente" -entiéndase órgano administrativo-. Por su parte, de acuerdo al segundo de los mencionados toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener

³⁰ PAREJO ALFONSO, Luciano, JIMÉNEZ BLANCO, A. y ORTEGA ÁLVAREZ, L. Ob. Cit. Pág. 562.

oportuna y adecuada respuesta. Del mismo modo, puede decirse que el artículo 2º la LOPA reafirma el derecho de petición en el marco de los procedimientos administrativos, al establecer que toda persona interesada podrá, por sí o por medio de su representante, dirigir instancias o peticiones a cualquier organismo, entidad o autoridad administrativa.

En cuanto al procedimiento disciplinario de destitución, si bien en la LEFP no se dice expresamente que el mismo tiene carácter de contradictorio, en su artículo 89 se garantizan en favor del investigado una serie de derechos inspirados en él, por lo que cualquier menoscabo de cualquiera de los primeros significaría una violación del segundo -y del principio de legalidad claro está-. Tal es el caso por ejemplo, de la norma contenida en el numeral 3 del citado artículo, en donde se establece la obligación de notificar al investigado para que este tenga acceso al expediente administrativo y pueda en consecuencia ejercer su derecho a la defensa, así como también el derecho que se otorga en el numeral 5 al investigado a solicitar y obtener las copias del expediente que considere necesarias. Otra señal de adecuación al principio contradictorio que encontramos en el procedimiento disciplinario, es la libertad probatoria prevista en el numeral 6 del artículo 89 *eiusdem*.

d. Principio de Imparcialidad

El principio de imparcialidad es posiblemente uno de los principios que más relevancia práctica puede llegar a tener en materia de régimen disciplinario. Siendo que la Administración está llamada a tutelar el interés público, resulta obvio que está impedida de establecer preferencias en favor de alguno de los interesados en un procedimiento administrativo si ello implica apartarse de su función. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de imparcialidad lo vemos reflejado por un lado, en el artículo 145 de la Carta Magna, conforme al cual “*Los funcionarios*

públicos y funcionarias públicas están al servicio del Estado y no de parcialidad alguna"; y por el otro, en la vigente Ley Orgánica de la Administración Pública³¹ cuyo artículo 10 establece que "*La actividad de la Administración Pública se desarrollará con base en los principios de economía, celeridad, simplicidad, rendición de cuentas, eficacia, eficiencia, proporcionalidad, oportunidad, objetividad, imparcialidad...*". Por su parte, el principio de imparcialidad rige también en los procedimientos administrativos, por ello la LOPA expresamente estatuye en su artículo 30 que la actividad administrativa dentro de los procedimientos administrativos debe desarrollarse "*con arreglo a principios de economía, eficacia, celeridad e imparcialidad.*"

Queda claro entonces, que tanto en la instrucción de un procedimiento administrativo como en su resolución, la Administración debe permanecer siempre en abstracto, con estricta vigilancia al interés general y ajena a cualquier interés particular. Como consecuencia de esto, el funcionario encargado de la decisión del asunto debe abstenerse de emitir un pronunciamiento si posee algún interés ideológico, político, económico o de cualquier otra clase que le impida tener objetividad en el asunto. Del mismo modo, se violará el principio de imparcialidad cuando el funcionario, antes de analizar los hechos y el derecho, tenga una posición predeterminada respecto al asunto sobre el que le toca decidir.

Hemos señalado que el principio de imparcialidad resulta aplicable a los procedimientos administrativos por estar consagrado en el artículo 30 de la LOPA. Pues bien, hay que decir igualmente que para aquellos supuestos en los que la objetividad del funcionario encargado de decidir se encuentre comprometida, la propia LOPA prevé un mecanismo de inhibición de funcionarios como una vía de resguardo de la imparcialidad que debe imperar en todo momento dentro del procedimiento. De esta forma, de acuerdo a su artículo 36 los funcionarios deberán inhibirse del conocimiento de un asunto sobre el cual tengan competencia:

³¹ Decreto N° 6.217, con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicado en la G.O. N° 5.890 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008.

1. Cuando personalmente, o bien su cónyuge o algún pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, tuvieran interés en el procedimiento.
2. Cuando tuvieran amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de las personas interesadas que intervengan en el procedimiento.
3. Cuando hubieren intervenido como testigos o peritos en el expediente de cuya resolución se trate, o si como funcionarios hubieren manifestado previamente su opinión en el mismo, de modo que pudieran prejuzgar ya la resolución del asunto, o, tratándose de un recurso administrativo, que hubieren resuelto o intervenido en la decisión del acto que se impugna. Quedan a salvo los casos de revocación de oficio y de la decisión del recurso de reconsideración.
4. Cuando tuvieran relación de servicio o de subordinación con cualquiera de los directamente interesados en el asunto.

Como apuntan algunos autores, *las causales de inhibición se basan en las razones fundamentales que eliminan la imparcialidad de un sujeto frente a un caso o persona: el interés, la amistad y la enemistad, la opinión previamente manifestada³².*

En cuanto al procedimiento disciplinario, las inhibición resulta totalmente aplicable y esta puede ser solicitada por el propio funcionario investigado o puede darse de forma espontánea por parte del funcionario sobre el cual ha recaído la causal de inhibición. Hay que tomar en cuenta sin embargo, que en el procedimiento disciplinario la instrucción y la decisión del mismo son tareas que legalmente están asignadas a funcionarios distintos. Por un lado, la sustanciación del procedimiento está a cargo del jefe de recursos humanos o quien haga sus veces mientras que por el otro, la máxima

32 BREWER-CARIAS Allan R., RONDON DE SANDO Hildegard. y URDANETA TROCONIS Gustavo. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y Legislación Complementaria. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas 2001, pág. 95.

autoridad de la unidad o dependencia a la cual se encuentra adscrito el funcionario investigado será quien decida el asunto. Por ello, quizá quepa preguntarse si ambos funcionarios estarían en la obligación de inhibirse de encontrarse inmersos en alguna de las causales del artículo 36 de la LOPA, o si por el contrario tal obligación recae únicamente sobre la persona que emitirá la resolución final.

A nuestro juicio, en la sustanciación del procedimiento se encuentran en juego derechos del investigado de tal importancia, que el funcionario instructor no puede dejar de ser sujeto de aplicación de la aludida disposición. En efecto, la parcialidad de este funcionario podría llevarlo a colocar trabas injustificadas al sujeto investigado al momento de ejercer su derecho a la defensa, dificultándole el acceso al expediente, dilatando o negando la entrega de cualquier copia simple o certificada que éste le solicitare, negando de forma arbitraria la admisión de una prueba legal, pertinente y promovida por el investigado, etc. De tal manera pues, que bien podría el investigado solicitar la inhibición voluntaria tanto del encargado de decidir sobre su posible destitución, del funcionario instructor del procedimiento, o de ambos si así lo estimare conveniente. Por su parte, el segundo de los mencionados quedaría impedido de negar la solicitud con la excusa de que la inhibición es una figura que resulta aplicable solo respecto de quien emite decisión en el procedimiento.

Ahora bien, hay que decir que en el procedimiento disciplinario de destitución, en tanto que se trata de un procedimiento de naturaleza administrativa –y sancionatoria-, por más que devenga en aplicable la inhibición administrativa la imparcialidad de los funcionarios implicados resultará siempre relativa. No debemos olvidar, que en los procedimientos administrativos la Administración Pública es en realidad juez y parte, cuestión que tiende a neutralizar en mayor o menor medida la efectividad del principio de imparcialidad dentro del procedimiento. Más aún, este argumento cobra particular relevancia en procedimientos como el

disciplinario pues en estos casos la Administración ejerce además potestades sancionatorias o punitivas.

Este peligro es tan existente, que las legislaciones tienden a separar las fases de instrucción y resolución del asunto, asignando tales competencias a dependencias, órganos o funcionarios distintos, ello en un intento de evitar la aparición de parcialidades injustificadas. Tal es el caso por ejemplo de la Ley del Procedimiento Administrativo Común española (LPC)³³, en cuyo artículo 134 se estatuye para todos los procedimientos sancionadores, que la fase instructora y la sancionadora –entiéndase la resolutoria-, deberán estar separadas y además encomendadas a funcionarios distintos, con lo cual se establece una directriz que deberá verificarse en todos los procedimientos especiales a legislar.

Como podemos observar, en este aspecto la legislación española es tal vez más avanzada que la nuestra pues mientras en España esta regla rige para todos los procedimientos sancionatorios, en nuestro ordenamiento jurídico tal modalidad es más bien la excepción y solo en algunos procedimientos de índole punitiva se sigue el modelo comentado.

En todo caso, uno de esos procedimientos es precisamente el disciplinario de destitución que comentamos en el presente trabajo. En efecto, tal y como se desprende de los numerales 4 y 9 del artículo 10, y del artículo 89 de la LEFP, las funciones de instrucción y resolución en el procedimiento disciplinario corresponden a la oficina de recursos humanos y al funcionario de mayor jerarquía dentro de la correspondiente unidad respectivamente, cuestión que sin duda constituye un intento del legislador por garantizar el principio de imparcialidad en las diferentes etapas procedimentales.

Otro aspecto que debemos hacer notar sobre este tema, es que de acuerdo al artículo 89 de la LEFP, la decisión y aplicación

33 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

de la sanción respectiva está en todo caso a cargo una persona distinta a la que solicita el inicio de la investigación preliminar, lo que implica una segunda garantía al principio de imparcialidad. Ciertamente, la experiencia práctica indica que el jefe de la unidad al solicitar la apertura de una investigación en contra de un funcionario de conformidad con el numeral 1 del artículo 89 de la LEFP, generalmente lo hace porque pretende lograr su destitución, lo que significa que existen altas probabilidades de que *ab initio* se encuentre parcializado por tener una opinión formada incluso antes de que se formulen los cargos. Por esta razón no parece idóneo que la potestad sancionadora recaiga directamente sobre la misma persona que solicita el inicio de la investigación. Del mismo modo, cabe mencionar la remisión que del expediente debe hacerse al departamento de Consultoría Jurídica del organismo respectivo para que en un lapso de diez días hábiles éste emita opinión sobre el asunto, lo cual a nuestro juicio es un tercer reforzamiento al principio de imparcialidad por parte del legislador pues, si bien la referida opinión no posee un carácter vinculante para el órgano decisor, la misma en ocasiones si puede ser tomada en cuenta, dotando de mayor objetividad la Resolución final.

A nuestro modo de ver, el legislador hizo bien no solo al separar la tarea de instrucción del procedimiento de la de resolución del mismo, sino que también obró adecuadamente al distinguir entre quien solicita se investigue al funcionario presuntamente infractor y quien decidirá si esa infracción está presente o no.

e. Principio de Transparencia

El principio de transparencia se encuentra recogido en el artículo 141 de la CRBV, de acuerdo al cual "*La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios (...) transparencia...*". Este principio, sugiere que las actuaciones

administrativas estén a la vista de todos pues ciertamente la falta de transparencia es *antesala de corrupción*³⁴.

Con base en el principio de transparencia –comúnmente llamado principio de publicidad³⁵- los documentos ventilados dentro de un procedimiento administrativo no deben ser secretos, al menos no para los directamente afectados. Es en esta premisa en donde encuentra sustento y fundamento tanto la obligación de dar publicidad a los actos administrativos, como el derecho de acceso al expediente administrativo que tienen los ciudadanos.

Conforme a lo dicho, los actos administrativos deben ser públicos, lo que en algunos casos implica el cumplimiento de ciertas formalidades. Así, la LOPA en su artículo 33 establece que todas las entidades públicas deben preparar y publicar en la Gaceta Oficial correspondiente, los reglamentos e instrucciones referentes a las estructuras, funciones, comunicaciones y jerarquías de sus dependencias.

Por su parte, es del principio de transparencia de donde nace el derecho de acceso a los expedientes administrativos regulado en el artículo 59 de la LOPA, cuando en él se dice que “*Los interesados y sus representantes tienen el derecho de examinar en cualquier estado o grado del procedimiento, leer y copiar cualquier documento contenido en el expediente, así como de pedir certificación del mismo. Se exceptúan los documentos calificados como confidenciales por el superior jerárquico, los cuales serán archivados en cuerpos separados del expediente. La calificación de confidencial deberá hacerse mediante acto motivado*”. La regla por lo tanto, es que los interesados tengan acceso en todo momento al expediente y que puedan obtener cuantas copias fotostáticas deseen, siendo la única excepción los documentos declarados como confidenciales por parte del superior jerarca respectivo y, claro está,

34 PELLEGRINO PACERA, Cosimina G. *Algunas Consideraciones sobre el Procedimiento Administrativo y el Expediente Administrativo*. Revista de la Facultad de Derecho N° 64, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2010. Pág. 26.

35 BREWER-CARIAS, Allan R., RONDON DE SANDO, Hildegard y URDANETA TROCONIS. Gustavo. Ob. Cit. Pág. 96.

a través de un acto motivado. Es en este punto en donde quisiéramos detenernos un instante toda vez que la regulación del procedimiento disciplinario parece apartarse por completo y en ciertos momentos, de lo dicho.

En efecto, tal y como está regulado el procedimiento disciplinario en la LEFP, no es sino hasta que se formulen los cargos en contra del investigado cuando a éste se le concede el derecho de acceder al expediente ya instruido en su fase preliminar -y a obtener copias de él- por la oficina de recursos humanos respectiva o quien haga sus veces, con ocasión de la investigación realizada. De acuerdo a la LEFP, desde el momento en que se solicita a dicha oficina el inicio de una investigación en contra de un funcionario, durante el transcurso de la misma –cuya duración claro está, es variable dependiendo del caso-, e incluso pasados cinco días hábiles contados a partir del momento en que la propia Ley considera notificado al investigado, el expediente administrativo instruido durante dicha investigación, en su integridad, debe permanecer oculto o en secreto, quedando por tanto el funcionario contra el cual se han formulado ya cargos, absolutamente impedido de acceder al mismo, así como de obtener cualquier copia fotostática de los documentos que allí figuran. Por tanto, es solo cuando comienzan a transcurrir los cinco días hábiles para que éste presente descargos, cuando se le otorga dicho derecho de acceso, lo cual significa que en realidad el funcionario imputado tiene menos de cinco días hábiles para revisar el expediente y pedir las copias necesarias para preparar su defensa, esperar en muchos casos la entrega efectiva de las mismas, estructurar su defensa y presentarla.

Más allá de las dificultades prácticas y evidentes que en ocasiones esta regulación pudiere traer para el funcionario imputado, salta a la vista que la LEFP en este punto se aparta groseramente del principio de transparencia al permitir a la Administración Pública el mantener en secreto el contenido del expediente administrativo durante la fase investigativa del procedimiento disciplinario.

Quizá como argumento a favor de tal habilitación, podría decirse que al funcionario no se le violaría derecho alguno con no darle acceso al expediente durante la fase preliminar, pues en ella formalmente los cargos no han sido formulados, es decir, no se le ha acusado de nada, lo que en la práctica significaría que el funcionario aún no tiene contra que defenderse. Sin embargo, a nuestro juicio debe recordarse, en primer lugar, que en estos casos el funcionario investigado respecto a la Administración Pública es un verdadero débil jurídico, y como tal, son muy pocas las posibilidades que tiene de alterar el curso de una investigación que dirige la propia Administración, por lo que carecería de justificación el evitar que éste tenga contacto con el expediente en esta fase del procedimiento. En segundo lugar, el deber de preservar la transparencia en las actuaciones llevadas a cabo por la oficina de recursos humanos y la seguridad jurídica, son valores que en la práctica se ven sacrificados innecesariamente con esa excusa, innecesidad que se ve acentuada si recordamos que en todo caso, el alejamiento del funcionario con el expediente se podría lograr de forma legal por otras vías, como por ejemplo, dictando una medida de suspensión con goce de sueldo sobre el funcionario de acuerdo con el artículo 90 de la propia LEFP.

Por otro lado, si bien puede resultar cierto el hecho de que en la práctica el funcionario no tiene contra que defenderse, también es cierto que este sí podría verificar la autenticidad y rectitud de la investigación, al tiempo de que podría ir observando el curso que va tomando la misma, lo cual podría ayudarle a preparar una mejor defensa. Además, si bien en esa etapa no habrían aún cargos formulados en su contra, cabría en todo caso preguntarse: ¿Por qué no interpretar esa misma situación a favor del investigado?. No olvidemos, que la que dirige la investigación es la Administración por medio de la oficina de recursos humanos o quien haga sus veces y contra ello el funcionario investigado nada puede hacer toda vez que se trata de una competencia o atribución otorgada por ley.

Por último, no podemos dejar de poner sobre la mesa una reflexión de índole meramente práctico: si la justificación de negar el acceso al funcionario durante la fase investigativa del procedimiento es precisamente la de evitar que este tenga la posibilidad de alterar su curso, influya en el desarrollo de la misma, retardando la entrega de documentos, etc. ¿Qué garantiza que aun y cuando formalmente el funcionario no tiene acceso, este no se entere del inicio de la investigación y efectivamente tenga acceso a los documentos recabados?

f. Principio de la flexibilidad probatoria o de libertad de prueba

Al referirnos al principio del contradictorio, mencionamos que del mismo se derivan varios derechos de rango constitucional de los ciudadanos, entre ellos, el derecho a presentar defensas y alegar razones en el marco de un procedimiento administrativo, lo cual implica también la posibilidad de que dichas alegaciones sean acompañadas de las pruebas que pongan de manifiesto su veracidad. Ahora bien, resulta claro que si a los intervenientes en el procedimiento –Administración y particulares- no se les otorga total libertad de traer al expediente cualquier medio probatorio legal y pertinente que pudiere dar certeza acerca de sus argumentaciones, se vaciaría de contenido al derecho a la defensa.

Por ello, en Venezuela rige el principio de libertad probatoria para los procedimientos administrativos, conforme al cual los interesados pueden hacer valer sus defensas apartando cualquiera de los medios de prueba consagrados en el ordenamiento jurídico. En efecto, de acuerdo al numeral 1º del artículo 49 de la CRBV toda persona tiene derecho “... *de acceder a las pruebas y disponer del tiempo y los medios adecuados para ejercer su defensa*”. Por su parte, el artículo 58 de la LOPA prevé que “*los hechos que se consideren relevantes para la decisión de un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de pruebas establecidos en los Códigos Civil, de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, o en otras leyes*”.

Como podemos ver, de acuerdo a la LOPA los interesados en un procedimiento administrativo pueden hacer valer los mismos medios de prueba de los cuales se puede hacer uso en los procesos civiles y penales, teniendo como limitaciones a tales fines las dispuestas en el Código de Procedimiento Civil (CPC), el Código Civil (CC) y el antiguo Código de Enjuiciamiento Criminal, derogado por el actual Código Orgánico Procesal Penal (COPP). Así, el artículo 395 del CPC establece como únicos límites a la actividad probatoria de los interesados, la ilegalidad o la impertinencia de las pruebas presentadas, esto último es, aquellas que o nada tienen que ver con el asunto a decidir, o aquellas que estando relacionadas con la controversia no resultan idóneas para demostrar la veracidad del alegato cuyo sustento se intenta. Con relación a este principio, la Sala Político Administrativa ha indicado que:

"En primer término, observa la Sala que el principio de libertad de prueba está referido a la posibilidad de incorporación en el procedimiento administrativo de una amplia gama de medios probatorios que favorecen el mejor ejercicio del derecho a la defensa de los particulares."³⁶

Estas reglas mencionadas, resultan aplicables al procedimiento disciplinario de destitución, respecto del cual podemos decir que el numeral 6 del artículo 89 de la LEFP va en clara consonancia con lo dicho anteriormente, ello al establecer de forma expresa que el funcionario investigado en el marco del procedimiento disciplinario de destitución puede hacer valer todas las pruebas que *considere convenientes*. El uso de esta expresión, demuestra que el legislador respetó de forma inequívoca el principio de libertad probatoria al redactar este artículo. Por su lado, la aplicación en el procedimiento disciplinario de las reglas contenidas en el CPC, CC y COPP viene dada por la remisión expresa del citado artículo 58 de la LOPA.

³⁶ Sentencia N° 1815 de fecha 03 de agosto de 2000, con ponencia de Levis Ignacio Zerpa. Caso Asociación Cooperativa de Transporte de Pasajeros Universidad vs. Ministerio de Transporte y Comunicaciones.

De manera pues, que dentro del procedimiento disciplinario de destitución el funcionario investigado está amparado por el principio de libertad probatoria, el cual, *comporta para el interesado el derecho a valerse de todos los medios de prueba establecidos en el ordenamiento jurídico-positivo³⁷*, teniendo como único límite la imposibilidad de aportar pruebas ilegales o impertinentes.

2. *Principios propios del procedimiento administrativo sancionador, con incidencia práctica en el procedimiento disciplinario de destitución de funcionarios públicos.*

a. **Principio de Legalidad en materia sancionatoria**

Tal y como pudimos mencionar *ut supra*, el principio de legalidad implica que la Administración Pública está obligada, por las razones también expuestas, a ajustar todo su actuar a lo que la ley le permite. Mientras que en el ámbito privado, los particulares están habilitados para hacer todo cuanto quieran excepto lo prohibido por vía legal, en el ámbito público la situación es inversa, la Administración no puede hacer nada si ello no le está permitido por el ordenamiento jurídico. También vimos que en el campo del procedimiento administrativo, el principio de legalidad supone el encauce de la actividad administrativa en normas de rango legal o sublegal de carácter adjetivo, que le indicarán los protocolos a seguir para la consecución de un fin propuesto en el ejercicio de su función administrativa.

Pues bien, en el campo del derecho y procedimiento administrativo sancionatorio, el principio de legalidad adquiere, también por las razones comentadas, un nuevo matiz si se quiere, pues en estas áreas jurídicas la Administración actúa ejerciendo potestades sancionatorias. No olvidemos que el principio de legalidad guía y condiciona toda la actividad desplegada por el Estado y no solo una parte de ella. En materia sancionatoria

37 MEIER E. Henrique. Ob. Cit. Pág. 236.

pues, el principio de legalidad supone que solo se podrán aplicar las sanciones que como tales estén expresadas en la ley, y ello, únicamente por el acometido de conductas que en la ley estén tipificadas como infracciones legales. Este principio a nivel constitucional lo encontramos recogido claramente en el numeral 6 del artículo 49 de la CRBV, de acuerdo al cual "*ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes*".

En este sentido, el profesor Araujo –uno de los más claros en este punto- trae a colación un extracto de la sentencia de fecha 05 de junio de 1986 –cuyo dictamen fue ratificado en los años 1991 y 1997–, emanada de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso Difedemer C.A., que a nuestro juicio es oportuno reproducir al menos de forma parcial. El extracto es el siguiente:

"El principio constitucional de la legalidad en materia sancionatoria (*nullum de lictum, nulla poena sine lege*) expresado en el ordinal 2º del artículo 60 de la Constitución Nacional, según el cual 'nadie podrá ser privado de su libertad por obligaciones suyo incumplimiento no haya sido definido por la ley como delito o falta' no se limita, exclusivamente, como bien lo advierte la recurrente, al campo penal, ya que su fundamentación y finalidad es la de proteger al ciudadano de posibles arbitrariedades y abusos de poder en la aplicación discrecional de penas y sanciones, sean de tipo penal o administrativo."

El principio de legalidad en materia sancionatoria se encuentra expresado también en el artículo 10 de la LOPA, según el cual "*Ningún acto administrativo podrá crear sanciones, ni modificar las que hubieran sido establecidas en las leyes, crear impuestos u otras contribuciones de derecho público, salvo dentro de los límites determinados por la ley*". Como vemos, en resumen la Administración Pública tiene prohibido crear sanciones mediante actos administrativos, así como también modificar en forma alguna las existentes.

Ahora bien, en el campo del procedimiento disciplinario de destitución de funcionarios, el respeto al principio de legalidad en el sentido comentado implicaría en primer lugar, que la Administración no puede sino castigar con la destitución del funcionario respectivo, la incursión del mismo en alguna de las causales que a tal fin el legislador ha dispuesto en el artículo 86 de la LEFP. En segundo lugar, lo dicho implicaría también que la Administración solo puede aplicar las sanciones que la propia LEFP establece como tales, quedando impedida por tanto de aplicar lo previsto en otras leyes con fundamento en una posible similitud de las conductas tipificadas. Esto quiere decir, que la aplicación de la analogía en materia disciplinaria -y sancionatoria en general- está prohibida ya que ello violaría el principio de legalidad, y ello es así, muy a pesar de lo que en ocasiones ha expresado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, refiriéndose precisamente al ámbito disciplinario. Nos referimos concretamente a lo dicho por la Sala en su sentencia de fecha 12 de julio de 2001 en la que expuso, entre otras cosas, lo siguiente:

"En consecuencia, las sanciones establecidas en el Reglamento Interno para la Administración de Personal de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) no se encuentran establecidas en una ley preeexistente; y dichos textos, por demás, de rango inferior a la ley, sólo facultaban al Ministro de Relaciones Interiores para dictar, vía actividad administrativa reglamentaria, la organización, competencias y funcionamiento de las dependencias y direcciones de ese despacho ejecutivo, más no para normar, mediante la creación de sanciones, la cuestión disciplinaria interna de una determinada dirección, lo cual conduce, inexorablemente, a concluir que el Reglamento Interno para la Administración de Personal de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), en cuanto a las sanciones allí tipificadas, vulnera el principio de la reserva legal contemplado en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, en su artículo 137, el texto fundamental indica que la Constitución y las leyes definen las atribuciones del poder pú-

blico y el artículo 49 *eiusdem*, consagratorio del debido proceso aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, establece, en su numeral 6, que 'Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes'.

(...)

En consecuencia, conforme a los anteriores razonamientos, deben inaplicarse, por ser contrarias al texto constitucional, las disposiciones del Reglamento Interno para la Administración de Personal de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), que contienen normas sancionatorias no establecidas ni autorizadas por una ley preexistente. Así se establece.

Sin embargo, no puede ignorar la Sala, dentro del mismo contexto, que el organismo al cual se le aplica el referido reglamento es una institución policial, cuyos miembros están, por la naturaleza de sus funciones, sometidos a un régimen de sujeción especial, que necesariamente debe contemplar la subordinación, obediencia y un preciso marco disciplinario, sin el cual no pueden desarrollar satisfactoriamente las delicadas funciones de seguridad del Estado, que les ha encomendado la sociedad a través de sus órganos de representación constitucional.

En este orden, juzga la Sala indispensable preservar, en este caso concreto, la potestad que ejerció la Administración, que la facultaba para sancionar las conductas en que incurran los funcionarios adscritos a un órgano de seguridad del Estado, quienes mediante la comisión de infracciones o faltas, han participado en hechos capaces de alterar, distorsionar o enervar los cometidos e imagen que debe cumplir y mostrar una institución de resguardo público al servicio de la sociedad, cuyas complejas competencias no admiten la relajación de la indispensable disciplina que deben acatar sus integrantes.

Ante la evidente inconstitucionalidad que supone la inclusión de sanciones por vía de un texto reglamentario, aspecto que sólo compete consagrar a la Asamblea Nacional en cuanto órgano legislativo facultado en exclusividad para crear y modificar sanciones; y hasta tanto no sea dictada por el órgano legislativo la ley que regule el ámbito disciplinario de los funcionarios de la DISIP, el régimen disciplinario al cual deben sujetarse tanto la Administración como los administrados, será el contemplado por el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial, el cual fue dictado el 17 de junio de 1965, de conformidad con normas de rango legal preexistentes a su entrada en vigencia; y por ser la Dirección de los Servicios de Inteligencia y Prevención un organismo auxiliar de policía judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8, ordinal 9º de la Ley de Policía Judicial, a la vez de remitir dicho texto legal, en su artículo 17, la materia de sanciones disciplinarias a un reglamento que no puede ser otro que aquél que norma al Cuerpo Técnico de Policía Judicial; y en fin, porque resulta ineludible establecer y preservar, por razones de conservación del Estado de Derecho y de seguridad jurídica que interesan a toda la colectividad, un marco disciplinario imprescindible a los funcionarios de la DISIP. Así se decide.” (Resaltado de la Sala y subrayado nuestro).

En el citado pronunciamiento, la Sala destruyó con los pies lo que construyó con las manos. En efecto, si bien es rescatable lo dicho en la sentencia en torno a que las sanciones no pueden estipularse en un reglamento, a menos que ello sea hecho con fundamento en una habilitación plasmada de forma expresa en una ley, la Sala termina admitiendo en materia disciplinaria la aplicación de sanciones administrativas por medio de la analogía, desconociendo por completo la importancia del principio de legalidad que en un primer momento pareció reconocer, habilitando por tanto y de manera grosera a la Administración a que cometa las arbitrariedades que el mencionado principio intenta evitar.

Ciertamente, luego de desaplicar por inconstitucional las disposiciones sancionatorias contenidas en el Reglamento Interno de la DISIP, la Sala termina supliendo las faltas del legislador y declara aplicables por vía de la analogía y de manera transitoria, las sanciones previstas en el Reglamento de Régimen Disciplinario del Cuerpo Técnico de Policía Judicial. Con ello, la Sala no solo deja de lado el principio de legalidad en materia sancionatoria sino que sencillamente legisla, extralimitándose burdamente en sus funciones y violando en consecuencia el principio de separación de poderes, todo ello con la evidente intención de favorecer a la Administración Pública.

b. Principio de irretroactividad de las leyes

Otro de los principios cuya aplicación puede tener cierta relevancia en el procedimiento disciplinario de destitución, es el principio de irretroactividad de las leyes. La sociedad, es un sistema o conjunto de relaciones que se encuentran en constante movimiento y proceso de cambio suscitados u ocasionados muchas veces por diversos factores como el contacto con sociedades extranjeras, la tecnología, entre otros. Ante esto, el derecho que fue creado para regular y estabilizar esas relaciones interpersonales de un momento determinado, no tiene más remedio que irse adaptando a cambios mencionados, dando saltos en el tiempo y modificando su contenido. Dicho de otro modo, el derecho no cambia la sociedad, es la sociedad la que cambia el derecho y por ello es correcto afirmar que, al menos teóricamente, los cambios en las leyes son un indicativo de que la sociedad ha sufrido una modificación en mayor o menor medida.

Lo dicho, explica la importancia que tiene el momento de entrada en vigor de la ley y el momento en que el mismo cesa, ya que es durante ese espacio de tiempo donde la ley produce sus efectos. Ahora bien, la cuestión en realidad no es tan sencilla pues como bien lo comentan algunos autores, a menudo nos topamos con una

serie de relaciones de hecho, de situaciones jurídicas que se prolongan en el tiempo, siendo factible que caigan bajo el ámbito de dos normas diferentes³⁸. El principio de irretroactividad de la ley, solventa esta problemática y supone que en el ámbito sancionador, tanto penal como administrativo, se exige una plena coincidencia entre la vigencia material y la vigencia formal de sus normas, por lo que las normas sancionadoras solo podrán ser aplicadas a aquellos hechos ocurridos durante el período comprendido entre el momento de su entrada en vigor y el momento de derogación³⁹.

El principio de irretroactividad, encuentra su génesis en el campo del Derecho Penal y en Venezuela tiene además un rango constitucional por estar expresado en el artículo 24 de la CRBV, de acuerdo al cual “*Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea.*” De esta disposición, ciertas cuestiones pueden extraerse; en primer lugar, el principio de irretroactividad de la ley no es una regla absoluta sino que, por el contrario, admite la posibilidad de aplicar la ley a situaciones ocurridas antes de su entrada en vigencia siempre y cuando esa aplicación de la nueva sanción resulte más favorable al sujeto pasivo. Otra cuestión que se extrae de la comentada regulación constitucional, es que el principio de irretroactividad y sus excepciones entran en juego únicamente para leyes de contenido sustantivo, dejando por fuera las de contenido adjetivo.

En efecto, en principio los ilícitos se castigan con las sanciones que hayan estado vigentes en el momento en que ocurrieron, salvo

³⁸ VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. *La Irretroactividad: Problemática general*. Colección Monografías de Derecho Civil. Editorial Dykinson. Madrid, 2006, pág. 29.

³⁹ REBOLLO PUIG, Manuel, IZQUIERDO CARRASCO, Manuel, ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, y BUENO ARMIJO, Antonio. *Derecho Administrativo Sancionador. Colección EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA JURISPRUDENCIA*. Editorial Lex Nova. Valladolid España, 2010. Pág. 203.

que antes de ser aplicadas pero luego de ocurrido el ilícito, entre en vigor una nueva sanción que resulte más favorable en su aplicación para el infractor. Así por ejemplo, en el ámbito disciplinario pensemos hipotéticamente en que un funcionario incurre en alguna de las causales de destitución previstas en el artículo 86 de la actual LEFP, que como consecuencia de ello la Administración da inicio a un procedimiento disciplinario en su contra y que, antes de ser dictada la Resolución decisoria, la LEFP es derogada por otra en la que como sanción a las mismas causales se prevé ya no la destitución del funcionario sino una suspensión por tiempo determinado en sus funciones sin goce de sueldo. Ante tal supuesto, el órgano decisor quedará impedido de destituir al funcionario respectivo y en su lugar deberá aplicar la excepción prevista en el citado artículo 24 Constitucional.

Por su parte, otra cosa sucede respecto de aquellas normas que regulan el procedimiento como tal. Para estos casos, vimos que la CRBV establece que las normas procesales son de aplicación obligatoria desde el momento en que entran en vigencia sin importar los supuestos fácticos o jurídicos que se estén desarrollando en ese momento de transición. Esto significa, básicamente, que la Administración debe aplicar el procedimiento que la ley vigente establezca y deberá dejar de aplicarlo cuando esa vigencia cese. Así por ejemplo, si una vez iniciado el procedimiento el legislador deroga el numeral 4 del artículo 89 de la LEFP y amplia a diez o veinte días hábiles el lapso para presentar descargos, la Administración deberá en consecuencia respetar dicha modificación siempre y cuando los cinco días previstos actualmente no hayan transcurrido en su integridad; otro ejemplo sería que antes de remitir el expediente a Consultoría Jurídica para que ésta emita su opinión de conformidad con el numeral 8 del artículo 89 *eiusdem*, dicho numeral dicha competencia sea suprimida, en cuyo caso, el órgano decisor deberá pasar a pronunciarse directamente sobre el fondo.

En realidad, resulta más correcto referirse al principio de irretractividad de las leyes, no con dicho nombre sino utilizando la

expresión "principio de irretroactividad de las leyes desfavorables" o tal vez "principio de retroactividad de las sanciones favorables" tal y como algunos autores hacen⁴⁰, pues en realidad es precisamente en ese favor o desfavor en donde encuentra asidero máximo la aplicación de las leyes en el tiempo.

c. Principio del non bis in idem

La expresión latina "non bis in idem", significa "no dos veces por lo mismo" y el principio que la lleva por nombre tiene, al igual que en el caso de la irretroactividad de las leyes desfavorables, su origen y mayor desarrollo en el campo del derecho penal. En términos generales, el postulado de este principio reza que una persona no puede ser sancionada más de una vez por un mismo hecho. Se trata de un principio que en Venezuela tiene también rango constitucional por estar dispuesto en el numeral 7 del artículo 49 de la CRBV, según el cual "*Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.*"

La fundamentación de este principio tiene dos puntos de vista. El primero, es desde la perspectiva del principio de culpabilidad y sustenta la prohibición de sancionar dos veces a un sujeto por el mismo hecho en que ello desbordaría la proporcionalidad que debe existir entre la sanción y la culpabilidad de ese sujeto. El segundo punto de vista desde el cual puede encontrar fundamento el principio del *non bis in idem*, lo es desde la perspectiva del principio de la seguridad jurídica y en tal sentido no sería admisible en un Estado de Derecho, que un sujeto pueda estar permanentemente amenazado con ser sometido a juicio y sancionado por un mismo hecho⁴¹.

⁴⁰ MARINA JALVO, Belén. *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*. Editorial Lex Nova. Valladolid España, 2006. Pág. 173 y ss.

⁴¹ Recomendamos la lectura de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El Principio Non Bis In Idem*. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa. Editorial Dykinson. Madrid, 2004.

A nivel jurisprudencial, la reiteración de criterios ha sido pacífica en torno a la definición del principio en cuestión. Así, la Sala Político Administrativa ha aceptado la aplicación de este principio en el derecho administrativo y ha dicho además, refiriéndose al numeral 7 del artículo 49 de la CRBV, lo siguiente:

"La norma antes transcrita establece uno de los principios generales del derecho que se manifiesta en la imposibilidad de que el Estado juzgue y sancione dos veces a una persona por hechos que fueron objeto de juicio. Tal principio se manifiesta también en el derecho administrativo sancionador como límite a que el administrado sea sancionado dos veces por un mismo hecho.

Ahora bien, con respecto al contenido y alcance de este principio se ha pronunciado en reiteradas oportunidades la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, indicando lo siguiente:

'Al respecto, el autor Eduardo García de Enterría ha señalado que '...el non bis in idem es un principio general del derecho que se aplica cuando se aprecia identidad de sujeto, hecho y fundamento entre una conducta sancionable por la vía penal y administrativa y que se encuentra íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad.'

*Igualmente el autor Antonio Domínguez Vila, en su obra 'Los Principios Constitucionales'. Haciendo un análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Español del 14 de febrero de 1986 señaló que '... el ámbito del non bis in idem comienza y termina en que autoridades del mismo orden, a través de procedimientos distintos, sancionen repetidamente una conducta. El non bis in idem sólo es admisible cuando se pretende sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos mismos hechos.'*⁴²

Ahora bien, la aplicación del principio del *non bis in idem* en materia disciplinaria suscita la cuestión referente a la compatibilidad

42 Sentencia N° 1755 de fecha 18 de noviembre de 2003, Caso Corporación Principal C.A. vs. Ministerio de Finanzas.

de las sanciones administrativas y penales de las que un mismo sujeto –en este caso, funcionario– puede llegar a ser acreedor. Ciertamente, puede darse el caso de que un funcionario con una misma conducta se convierta en sujeto pasivo de una condena penal y al mismo tiempo de una sanción administrativa de destitución de su cargo. La cuestión se resume entonces a determinar si la aplicación en forma conjunta de estas sanciones significa o no una violación al principio de *non bis in idem*. Para Araujo, lo importante para resolver esta interrogante, es ver la finalidad con la que ambas autoridades, la penal y la administrativa, actúan al imponer sus respectivas sanciones. Si hacemos esto, nos comenta el autor, observaremos que a pesar de que en ambos casos el Estado actúa en ejercicio de potestades sancionadoras, lo cierto es que *la Administración Pública en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora no actúa con el objeto de reintegrar el ordenamiento general, como ocurre a través de la actividad jurisdiccional del Estado, sino para cuidar de los intereses que titulariza, y reintegrar el ordenamiento jurídico administrativo*⁴³.

En efecto, tal y como nos indica el citado autor –cuestión con la que comulgamos íntegramente– en estos casos la violación del principio *non bis in idem* es sólo aparente y en realidad inexistente, toda vez que a pesar de que puede existir un solo hecho, lo cierto es que se generan dos infracciones que acarrean la imposición de sanciones desde diversos ángulos. Así también lo reconoció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2003, cuando dijo:

"Resulta importante destacar que la doctrina ha establecido la posibilidad de sancionar un mismo hecho doblemente, pero sólo en el caso de que tales sanciones sean impuestas por autoridades diferentes, esto es, por ejemplo una sanción penal y otra administrativa a una actuación que tenga la consideración de ilícito penal y administrativo y aún una tercera sanción cuando la misma actuación genera responsabilidad civil".⁴⁴

43 ARAUJO JUÁREZ, José. Ob. Cit. Pág. 469.

44 Sentencia de la Sala Constitucional N° 238 del 20 de febrero de 2003.

De esta manera, podemos concluir que el inicio de un procedimiento disciplinario de destitución en contra de un funcionario público y la posterior imposición de la sanción correspondiente, no está condicionada a existencia de una condena previa en materia penal, por lo que la Administración está liberada de descartar previamente tal posibilidad para poder formular cargos. Sin embargo, lo que si no podría hacer es iniciar un procedimiento y destituir al funcionario con base a una conducta ya investigada por ella misma en el pasado y de la cual dicho funcionario resultó airoso.

d. Principio de presunción de inocencia

La presunción de inocencia del investigado es otro de los principios propios del derecho penal que resulta plenamente vigente y aplicable en el derecho administrativo sancionador, por ende, en el derecho disciplinario. Esta innegable aplicación proviene, como aseguran algunos autores⁴⁵, del hecho de que el procedimiento administrativo sancionador y la regulación de sanciones de carácter administrativo son parte del ordenamiento punitivo del Estado y que por ello, la presunción de inocencia no puede considerarse circunscrita de forma exclusiva al ordenamiento penal. Además, la aplicación directa del principio de presunción de inocencia en el ámbito administrativo del derecho resulta del mandato expreso contenido en el numeral 2 del artículo 49 de la CRBV, en el que se establece textualmente que *"Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario"*.

El postulado del principio de presunción de inocencia, reza que ninguna persona puede ser considerada culpable hasta tanto dicha culpabilidad quede demostrada. Se trata de un principio que en Venezuela no solo tiene un rango constitucional tal y como vimos, sino que además se encuentra consagrado en el artículo 11

⁴⁵ Se puede revisar a PAREJO, L. *La actividad administrativa represiva y el régimen de las sanciones administrativas en el Derecho Español*. II Jornadas de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carias". FUNEDA, Caracas – Venezuela, 1996. Págs. 131 y ss.

de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según el cual "*Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad...*". Del mismo modo, la presunción de inocencia está garantizada a través de su consagración en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de acuerdo al cual "*Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*".

La presunción de inocencia a favor del investigado, pone además de manifiesto una cuestión relativa a la carga de la prueba dentro del procedimiento iniciado, pues coloca a la Administración Pública como la única obligada a probar los cargos formulados en contra del sujeto, a quien por su parte la ley le otorga el privilegio de la presunción de legalidad en sus actuaciones.

La Administración debe comprobar y de ello debe dejar plena constancia en el expediente administrativo, que el funcionario efectivamente es culpable de los cargos que le fueron formulados. Ello significa que a la Administración no le bastaría con (i) formular cargos en contra de un funcionario, (ii) tramitar desde un punto de vista formal el procedimiento disciplinario y (iii) reconocerle en ese sentido al imputado el lapso probatorio que la LEFP establece, todo ello con la intención de apoyarse luego en la presunción de legalidad de los actos administrativos para que (iv) sea declarara procedente la destitución del investigado, haya o no consignado algún documento. La cuestión es que adicionalmente a ello, debe desarrollar ella misma una verdadera actividad positiva, trayendo al expediente todos los medios probatorios que despejen cualquier duda acerca de la incursión o no del funcionario en las causales de destitución correspondientes. De este modo, no puede apoyarse la Administración en la presunción de legalidad del acta mediante la que se formulan los cargos pues debe notarse que, si bien dicho acto administrativo goza de una presunción de legalidad, su contenido refleja o se fundamenta

en meras presunciones que deben ser confirmadas o descartadas una a una en la etapa *iter* procedural.

Ahora bien, esto no quiere decir que en la práctica la presunción de inocencia sea del todo compatible con la presunción de legalidad. Todo lo contrario, debemos recordar que ambas, son presunciones *iuris tantum* y que, si bien es cierto que la presunción de legalidad de los actos administrativos no exonerá a la Administración de su obligación de probar la procedencia de los cargos formulados al funcionario⁴⁶ -pues así se lo impone los principios inquisitivo y de presunción de inocencia-, cierto es también que aún y cuando la Administración dejare de hacerlo, su Resolución decisoria igualmente se presumiría legal hasta tanto fuese revocada o su nulidad declarada, lo que quiere decir, que una vez emitida esa Resolución, sería al funcionario destituido a quien correspondería demostrar su inocencia.

En resumen, pareciera que la presunción de inocencia del funcionario investigado es una alcabala fácilmente superable por la Administración, quien tiene quizás una prerrogativa demasiado beneficiosa al tener sus actuaciones un blindaje jurídico como lo es una presunción de legalidad sin limitaciones. De manera pues que, si bien la presunción de legalidad de los actos administrativos no parece excluir el principio de presunción de inocencia durante la tramitación del procedimiento disciplinario, la verdad es que a gracias a la primera la Administración puede, con solo emitir una decisión, incluso desmotivada, colocar al funcionario en una situación inversamente perjudicial, trasladándole a él toda la carga de probar en sede jurisdiccional, la ilegalidad del acto impugnado, esto es como dijimos, su inocencia.

En todo caso, el principio de presunción de inocencia implica que durante la tramitación del procedimiento disciplinario al investigado no se le considere culpable, lo cual no solo significa que

46 DE AHUMADA RAMOS, Francisco Javier. Materiales para el estudio del Derecho Administrativo Económico. Dykinson, Madrid, 2001. Página 114.

al funcionario debe respetársele el lapso legalmente previsto en la LEFP para que pueda defenderse, sino que la Administración debe abstenerse de prejuzgar sobre el fondo del asunto, adelantando juicios de valor no comprobados. Como esgrime Marina Jalvo, *el contenido de la presunción de inocencia se refiere, pues, fundamentalmente a la prueba y a la carga probatoria, pero también se extiende al tratamiento general que debe darse al imputado a lo largo de todo el proceso*⁴⁷. Así lo ha dejado ver la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando ha dicho lo siguiente:

“Al respecto es necesario precisar que, si bien el derecho denunciado como conculado no se encontraba previsto de forma expresa en el texto constitucional para el momento en que se configuró el hecho presuntamente lesivo, el mismo fue recogido en la recién promulgada Carta Magna en el numeral 2 del artículo 49, conforme al cual ‘*toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario*’. Más aún, esta garantía se encuentra reconocida también en el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según la cual: ‘... *toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se compruebe su culpabilidad, conforme a la Ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa ...*’ Igualmente, está consagrada en el artículo 8, numeral 2 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, norma que postula que: ‘... *toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad ...*’.

Ahora bien, tal y como señaló la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, es necesario, por ser asunto objeto de debate entre las partes, determinar si el derecho a la presunción de inocencia, puede verse mermado por un acto de trámite –como es el Acta de Formulación de Cargos-, o si por el contrario, su protección sólo se extiende a los actos definitivos que imponen la sanción.

47 MARINA JALVO, Belén. Ob. Cit. Pág. 300.

Al respecto, esta Sala observa que, efectivamente, como fue sostenido por el *a quo*, la presunción de inocencia de la persona investigada abarca cualquier etapa del procedimiento de naturaleza sancionatoria tanto en el orden administrativo como judicial, por lo que debe darse al sometido a procedimiento sancionador la consideración y el trato de no partípice o autor en los hechos que se le imputan. Así lo sostiene el catedrático español Alejandro Nieto, quien en su obra '*Derecho Administrativo Sancionador*', señaló lo siguiente:

'(...) El contenido de la presunción de inocencia se refiere primordialmente a la prueba y a la carga probatoria, pero también se extiende al tratamiento general que debe darse al imputado a lo largo de todo el proceso.' (Editorial Tecnos, Segunda Edición, Madrid, 1994) (Subrayado y resaltado de la Sala).

Así estima esta Sala acertado lo expresado al respecto por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, ya que es evidente que el derecho a la presunción de inocencia es susceptible de ser vulnerado por cualquier acto, bien sea de trámite o de mera sustanciación, o bien sea definitivo o sancionador, del cual se desprenda una conducta que juzgue o precalifique al investigado de estar incurso en irregularidades, sin que para llegar a esta conclusión se le de a aquél la oportunidad de desvirtuar, a través de la apertura de un contradictorio, los hechos que se le imputan, y así permitírsele la oportunidad de utilizar todos los medios probatorios que respalden las defensas que considere pertinente esgrimir.

En este sentido, el artículo 85 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, faculta a los interesados para recurrir contra '*...todo acto administrativo que ponga fin a un procedimiento, imposibilite su continuación, cause indefensión o lo prejuzgue como definitivo...*', de tal manera que si la norma parcialmente transcrita establece la recurribilidad de ciertos actos que, aunque no sean

definitivos, ciertamente afecten o lesionen la esfera de derechos a determinado individuo, puede entonces el presunto afectado, de considerar que con tal acto se han vulnerado sus derechos fundamentales, optar por la vía del amparo constitucional, como ha sucedido en el presente caso.

En efecto, en el caso bajo análisis, la presunta trasgresión constitucional se atribuye, como ya se dijo, al contenido del Acta de Formulación de Cargos del 1º de octubre de 1999, específicamente en expresiones como: '*por haber actuado negligentemente*'; '*el vicepresidente Ejecutivo de Finanzas arriesgo (sic) el patrimonio de CADAFE, no obrando con la diligencia acorde con su experiencia, investidura y responsabilidad*'; '*la negligencia de su actuación en perjuicio de CADAFE resulta evidente al no preservar los intereses de la empresa*' '*por la forma negligente e imprudente en que se realizaron esas inversiones*'; '*por lo que su conducta encuadra en hechos generadores de responsabilidad administrativa previstos y sancionados en el artículo 41, numeral 8º de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público en el artículo 113 numerales 3 y 4 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.*'.⁴⁸

Tal y como puede observarse, el principio de presunción de inocencia obliga a la Administración a que en el Acta de Formulación de Cargos, se abstenga de prejuzgar al funcionario, haciendo afirmaciones de hecho sin haberlas comprobado durante el procedimiento disciplinario pues, es precisamente para tales fines que el procedimiento se debe iniciar. Tal y como indicamos al referirnos al inicio de este trabajo, el procedimiento administrativo sancionador suele verse, como una simple formalidad que debe cumplirse para lograr un fin público sea cual sea, y no como un verdadero mecanismo de garantía de los derechos de los particulares.

48 Sentencia de la Sala Constitucional de fecha 07 de agosto de 2001, caso: Alfredo Esquivar Villarroel vs. Contraloría Interna de la C.A. de Administración y Fomento Eléctrico (CADAFE),

III. REFLEXION FINAL

Hay una gran cantidad de principios no consagrados de forma expresa en la LEFP pero que sin embargo tienen una importante incidencia en la aplicación de su artículo 89. El procedimiento administrativo disciplinario, más que un utensilio de la Administración para destituir funcionarios, debe ser visto como un instrumento creado a favor de los investigados y así lo sugiere el análisis de los principios que hemos expuesto.

Queda claro por tanto, que una revisión y reflexión de los fundamentos sobre los cuales fueron concebidos los principios rectores del procedimiento administrativo disciplinario, sin duda aportan la solución más confiable en los conflictos que suscita la aplicación de sus normas reguladoras. Todo ello deja ver, que la importancia de estos principios no es solo carácter teórico sino práctico, pues su análisis no solo contribuye al avance doctrinario, teórico, catedrático, sino que además proporciona herramientas infalibles a la hora de resolver cuestiones prácticas y de esbozar defensas.

Por su parte, la regulación del procedimiento disciplinario aunque no es del todo desfavorable para el investigado. muy por el contrario, uno de los principios respecto del cual tal vez el legislador hizo mayores esfuerzos en garantizar, es el de imparcialidad, a cuyo efecto se dispuso una separación de las funciones de instrucción y decisión del procedimiento y, al mismo tiempo, la obligación de contar con un dictamen de recomendaciones emanado de la oficina de Consultoría Jurídica respectiva.

En todo caso, lo dicho no quiere decir que el procedimiento tal y como se encuentra regulado actualmente, no tenga aspectos negativos, la regulación resulta tal vez en extremo beneficiosa para la Administración Pública. Existen pues, ciertos elementos mejorables respecto de los cuales pudiese lograrse una mayor garantía de los principios comentados. Entre éstos, se podría nombrar la necesidad

de conceder al investigado acceso al expediente en todas las etapas del procedimiento, esto es, antes y después de formular cargos en su contra. Nos parece que en este sentido, es hora de ir hacia adelante y debe perderse el temor de poner con ello a la Administración Pública en igualdad de condiciones respecto al investigado, porque sencillamente ello nunca ocurrirá.

El abogado es un profesional del derecho que no cree en la justicia, sólo en la lucha para conseguirla, y no siempre lo consigue (Anónimo).

JURISPRUDENCIA

**COMPILEACIÓN JURISPRUDENCIAL
EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA
Septiembre – diciembre 2011; enero – abril 2012**

**Krystal M. Rodríguez C.
Manuel Rojas Pérez**

I.- La Ley del Estatuto de la Función Pública

1.- Exclusiones de la Ley del Estatuto de la Función Pública

A.-Fundaciones del Estado

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

7 de diciembre 2011

Número 001712

Caso: Ana Higuera vs. Fundación de Desarrollo Social del estado Miranda

Ponente: Evelyn Marrero

Corresponde a esta Sala resolver el conflicto negativo de competencia suscitado, para lo cual observa:

La ciudadana Ana Aurelia Higuera Jukisz, asistida de abogada, ejerció una acción por cobro de prestaciones sociales conjuntamente con solicitud de medida de embargo preventivo contra la Fundación de Desarrollo Social del Estado Miranda (FUDSESEM).

Mediante sentencia N° 2010-001287 del 29 de noviembre de 2010, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se declaró incompetente para conocer el asunto por considerar que el régimen aplicable es el previsto en las disposiciones de la Ley del Estatuto de la Función Pública y declinó la competencia en los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital .

En fecha 8 de agosto de 2011, el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital se declaró igualmente incompetente para conocer el asunto de autos, por

cuanto -a su decir- la reclamación de la parte actora se encuentra regida por la legislación laboral y los Juzgados de Primera Instancia Laboral de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, son los órganos jurisdiccionales competentes para dirimir la causa por ejercer el control de empleo existente con la administración funcionalmente descentralizada.

Ahora bien, en primer lugar, resulta necesario señalar que la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, mediante Sentencia N° 1171 de fecha 14 de julio de 2008 estableció "...que los conflictos intersubjetivos surgidos entre las fundaciones del Estado y sus trabajadores deben ser conocidos y decididos por los órganos jurisdiccionales especializados en materia laboral y no por la jurisdicción contencioso-administrativa, toda vez que las fundaciones no despliegan en tales relaciones actividad administrativa alguna cuya legalidad pueda ser objeto material de control por los jueces competentes en esta materia...".

Igualmente, el artículo 114 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario del 31 de julio de 2008, dispone lo que sigue:

"...Artículo 114. Las fundaciones del Estado se regirán por el Código Civil, el presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, y las demás normas aplicables; y sus empleados se regirán por la legislación laboral ordinaria...". (Negrillas de esta Sala).

En este sentido, al quedar establecido que los trabajadores que prestan servicios a las fundaciones de Estado se regirán por la legislación laboral ordinaria, resulta claro que en el caso bajo examen la relación laboral que existió entre la ciudadana Ana Aurelia Higuera Jukisz y la Fundación de Desarrollo Social del Estado Miranda (FUNDESEM), se encontraba regida por las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo. (Vid. Sentencias de esta Sala Nros. 01332 y 00902 del 12 de julio y 19 de octubre de 2011, respectivamente).

Precisado lo anterior, debe esta Sala determinar a cual órgano de la jurisdicción laboral le corresponde conocer y decidir la causa de autos. Al respecto, resulta necesario traer a colación el artículo 17 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 17. Los Jueces de primera instancia conocerán de las fases del proceso laboral, de conformidad con lo establecido en esta Ley. La fase de sustanciación, mediación y ejecución estará a cargo de un Tribunal unipersonal que se denominará Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo.

La fase de Juzgamiento corresponderá a los Tribunales de Juicio del Trabajo”.

De lo antes transscrito se infiere que la jurisdicción laboral en primera instancia está constituida por dos fases, una fase de sustanciación, mediación y ejecución, y otra fase que es la de juicio, las cuales se tramitan en dos órganos jurisdiccionales diferentes.

El Tribunal de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo, no tiene potestad decisoria sobre la controversia que se debate en la causa, sino que cumple exclusivamente las funciones de sustanciar, mediar y ejecutar.

Por su parte, al Tribunal de Juicio del Trabajo le corresponde la fase de juzgamiento del conocimiento del contradictorio, la valoración de los medios de prueba producidos en el curso de la causa y cualquier otro acto constitutivo del proceso.

Bajo este contexto, concluye la Sala que el órgano competente para conocer la acción por cobro de prestaciones sociales incoada conjuntamente con solicitud de medida preventiva de embargo contra la Fundación de Desarrollo Social del Estado Miranda (FUDSESEM), corresponde a los Tribunales de Primera Instancia de Mediación, Sustanciación y Ejecución del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se decide.

B.- Asociaciones Civiles del Estado

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

7 de marzo 2012

Número 000271

Caso: Francis Cedeño vs. Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista

Ponente: María Eugenia Mata

Ello así, se observa que a través del recurso interpuesto, el Apoderado judicial de la parte actora, pretende que a su representada le sea reconocido por el Instituto Nacional de Cooperación Educativa (I.N.C.E.), la condición de funcionario público como consecuencia de la aplicación de la cláusula 73 del Contrato Colectivo de la Asociación Civil I.N.C.E., para el período 2003-2005.

Al respecto esta Corte debe señalar que el Instituto Nacional de Cooperación Educativa hoy Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista constituye un ente de derecho público descentralizado funcionalmente, con personalidad jurídica propia y patrimonio propio.

En tal sentido, debe precisarse que en virtud de lo dispuesto en el artículo 4 del Reglamento Sobre el Instituto Nacional de Cooperación Educativa, dicho organismo tiene la facultad de crear “(...) entes regionales y sectoriales que serán constituidos como asociaciones civiles sin fines de lucro (...). Estas asociaciones civiles deberán constituirse de conformidad con las normas del Código Civil y cumplir, además con todas las disposiciones contenidas en las leyes que resulten aplicables y con las previsiones de este Reglamento”. De lo anterior se desprende, que el INCE Turismo, Asociación Civil, tiene una personalidad jurídica distinta al Instituto creador, es decir, al Instituto Nacional de Cooperación Educativa.

Ello así, resulta aplicable lo establecido en el artículo 17 del Decreto 677 de fecha 21 de junio de 1985, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 3.574 Extraordinario, cuyo tenor es: “Artículo 17: A los efectos del presente Decreto, se entiende por Asociaciones y Sociedades del Estado aquellas en las cuales los entes a que se refiere el artículo 2º, posean el cincuenta por ciento (50%) o más de las acciones o cuotas de participación y aquellas, en cuyo patrimonio actual, existan aportes de los entes señalados, en la misma proporción, siempre que tales aportes hubiesen sido hechos en calidad de socios o miembros...”.

Aunado a lo anterior conviene señalar lo establecido en el artículo 116 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública N° 6217, publicada en la Gaceta Oficial de

la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890, de fecha 31 de julio de 2008, el cual dispone:

“Artículo 116: La creación de las asociaciones y sociedades civiles del Estado deberán ser autorizadas por el Presidente o Presidenta de la República mediante decreto, o a través de resolución dictada por el máximo jerarca descentralizado funcionalmente, que participe en su creación, adquirirán personalidad jurídica con la protocolización de su Acta Constitutiva en la Oficina del Registro Subalterno correspondiente a su domicilio, donde se archivará un ejemplar auténtico de sus Estatutos y de la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, donde aparezca publicado el Decreto que autorice la creación. A las asociaciones y sociedades civiles del Estado le será aplicable lo establecido en los Artículos 110, 111 y 112 de esta Ley”.

Asimismo, esta Corte considera oportuno traer a colación lo establecido en la sentencia N° 377, de fecha 27 de marzo de 2001, (caso Flor Yelibeth Betancourt Ramírez Vs Junta Liquidadora del Instituto Nacional de Cooperación Educativa Construcción, Asociación Civil), dictada por este Órgano Jurisdiccional al distinguir entre la personalidad jurídica del INCE Rector y de las Asociaciones Civiles creada por aquél, en la cual señaló:

“Aprecia esta Corte que se trata de personas jurídicas distintas (Instituto Autónomo y Asociaciones Civiles), relacionadas por razones de programación, coordinación y control (del primero sobre las segundas), pero esencialmente en las actividades de formación profesional que constituyen el objeto de creación del Instituto; lo cual no implica una vinculación o relación funcionarial entre los empleados que prestan sus servicios en los entes regionales, y el Instituto. Tampoco puede ésta desprenderse –como pretende el quejoso– del hecho de que los artículos 30 y 31 de los Estatutos del Ince Miranda, A.C., reconozcan los derechos de estabilidad y jubilación al personal del Instituto Nacional de Cooperación Educativa que posteriormente a su liquidación ingresaren a prestar servicio a la Asociación; muy por el contrario, los artículos 32 del Reglamento de la Ley del Instituto Nacional de Cooperación Educativa, y el

17, parágrafo único, de los Estatutos de la Asociación Civil Ince Miranda, A.C., disponen expresamente que 'El representante del Instituto (INCE-RECTOR), los administradores y trabajadores de los entes regionales y sectoriales no tendrán el carácter de funcionarios públicos' ..."

Atendiendo al criterio sentado por esta Corte, es evidente que la Asociación Civil Ince Turismo, es una persona jurídica privada, claramente diferenciada del Instituto Nacional de Cooperación Educativa hoy Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista, y que, por otra parte, quiénes prestaban su servicio a la precitada Asociación Civil, se encontraban bajo una relación de carácter laboral, regida por la Ley Orgánica del Trabajo.

Por las razones que anteceden, estima esta Corte que, las relaciones que se suscitaron entre la Asociación Civil Ince Turismo y sus trabajadores, en definitiva corresponde a relaciones de naturaleza estrictamente laboral, regidas por la Ley Orgánica del Trabajo cuyo juez natural, son los Juzgados con competencia en materia laboral, por lo cual, evidentemente esta jurisdicción contencioso administrativa resulta incompetente para conocer de la pretensión deducida.

II.- Funcionarios Pùblicos

1.- Tipos

A.- De Libre Nombramiento y Remoción

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

1º de diciembre 2011

Número 001845

Caso: Eusebio Gilarranz vs. Ministerio Público

Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

I. La sentencia remitida para su revisión por esta Sala Constitucional fundamentó la desaplicación del artículo 3º del Estatuto de Perso-

nal de Ministerio Público basándose en la referida sentencia dictada por esta Sala que ordenó la desaplicación del artículo 100 de la Ley Orgánica del Ministerio Público; sin embargo, aunque la instancia que desaplicó la norma encuentra la misma fundamentación en el sentido de la uniformidad que debe existir en materia de ingreso a la Administración Pública; adicionalmente, debió considerar que las disposiciones de ese artículo del Estatuto cumplieron sus efectos al momento de establecerse la designación del funcionario, efectuado en un marco constitucional y legal anterior a la Constitución de 1999, por lo que no debió desaplicar una disposición de norma cuyos efectos se perfeccionaron en el pasado.

Cabe destacar, que esta Sala (s.S.C. núm. 423 del 14.03.2008; caso: Guillermo Zapata; ratificada en s.S.C. núm. 908 del 6.07.2009; caso: Luis Emiro Bravo Adames), estableció la necesidad de considerar el plano temporal en que se apliquen las normas, aludiendo a la aplicabilidad del entonces vigente artículo 15 de la Ley de Carrera Administrativa con respecto al agotamiento de la vía administrativa; por lo que una desaplicación normativa debe atender siempre a su temporalidad.

Por tanto, en atención a lo expuesto, no puede proceder la aplicación de la Disposición Derogatoria Única de esta Constitución y referido en la sentencia núm. 660/2006 cuando afirma que “toda norma preconstitucional que colida con el Texto Constitucional debe ser desaplicada o declarada inconstitucional, sea mediante el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad o del control concentrando ante esta Sala”, por cuanto debe atenderse al plano temporal de la desaplicación.

Al respecto, esta Sala debe hacer referencia a su sentencia núm. 1.225 del 19 de octubre de 2000 (caso: Ascánder Contreras Uscátegui) que alude, a su vez, al criterio asentado en el fallo num. 1/1956 dictado por el Tribunal Constitucional Italiano, referente al conocimiento del plano temporal constitucional en que se perfeccionan las situaciones jurídicas, a efectos de determinar la posibilidad de aplicar el control difuso:

“Esta doctrina ha sido reiterada por dicho Tribunal, pues estima que se trate de ‘...un problema de compatibilidad con las bases

constitucionales del ordenamiento jurídico suscitada con ocasión de la aplicación actual de una norma, aunque esta haya sido anterior. Por esta misma razón la cuestión no es planteable cuando se trata de una aplicación ya consumada bajo el antiguo ordenamiento constitucional (...)” (subrayado de este fallo).

El anterior señalamiento obedece a que si bien para el criterio de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, la normativa contenida en el Estatuto de Personal del Ministerio Público no es subsumible en los actuales lineamientos constitucionales en materia de la función pública; mal puede dicha instancia invocar los efectos de la Constitución de 1999 para regular una situación fáctica que es anterior a su entrada en vigencia debido al momento preconstitucional en que el funcionario ingresó a la función pública, y otorgarle al querellante la condición de funcionario de carrera sin haber realizado el concurso correspondiente; cuando tal consideración más bien debe corresponder a los efectos normativos y criterios jurisprudenciales que en aquel momento se establecieron conforme con la Constitución de 1961 y con la jurisprudencia que habían asentado en su momento los tribunales en materia de carrera administrativa para entonces.

Resulta cierto que los jueces de la República se encuentran en el deber ineludible de hacer prevalecer los postulados constitucionales; pero también deben establecer el carácter temporal de los hechos y el marco normativo sobre los cuales quedan determinados; es decir, reparar en la regla *tempus regit actum*. En este sentido, la Constitución vigente no puede alterar los efectos de los actos conformados en el pasado con base en el ordenamiento entonces vigente y desarrollado mediante la actividad interpretativa realizada conforme a la Constitución de 1961.

En correlación a lo expuesto, debe indicarse también que la realización de aquellos hechos que, a pesar de haberse conformado con anterioridad a la Constitución de 1999, fueron decididos mediante actos decisarios promulgados en el presente régimen constitucional, pueden ser objeto de juzgamiento mediante la revisión constitucional. Asimismo, los actos cometidos con anterioridad a la Cons-

titución de 1999, cuyos efectos rebasen el marco de la temporalidad y permanezcan en el esquema constitucional vigente, pueden ser objeto de control mediante los diversos mecanismos de protección del sistema constitucional.

En conclusión, los actos que se originen y perfeccionen en su totalidad, con el cese completo de sus efectos en el marco constitucional anterior, que se hayan agotado en su totalidad en esa época, no pueden ser enmarcados –salvo la excepción que se indica infra- a los fines de su desaplicación conforme a la Constitución de 1999.

Por tanto, la aplicación de la Constitución de 1999 no afecta derechos, ni sus términos y condiciones bajo los cuales éstos fueron adquiridos bajo la vigencia constitucional anterior. En tal virtud, no puede desaplicarse el artículo 3º del Estatuto de Personal del Ministerio Público para actos y situaciones jurídicas que se perfeccionaron antes de la entrada en vigencia de la presente Constitución, como fueron los términos para la época bajo los cuales se determinó la designación del funcionario por parte del Ministerio Público.

Al respecto, resulta pertinente hacer referencia a la doctrina reconocida en esta materia, específicamente en lo siguiente:

“Un supuesto de hecho puede constar de un solo hecho material instantáneo –como el de la mayoría de edad, que se realiza en el momento preciso de cumplir los veintiún años- o de una sucesión de hechos materiales –como puede ser un contrato, en el cual es imaginable la existencia de una oferta, discusión y aceptación sucesivas o como sucede necesariamente en la usucapión, que exige una posesión continuada en el tiempo-. Pero, en este último caso, a pesar de que el supuesto de hecho tiene una aparente prolongación en el tiempo, sólo se realiza verdaderamente en el momento preciso en que se consuma su último elemento constitutivo, que es, en el contrato, el de la perfección, y en la usucapión, el de la terminación del plazo” (SÁCHEZ-COVISA, Joaquín, La vigencia temporal de la ley en el ordenamiento jurídico venezolano. Tesis publicada por la Universidad Central de Venezuela, Editorial Sucre, Caracas 1943, p. 151, resaltado del autor).

Asimismo, esta Sala ha establecido en materia de revisión constitucional, que las únicas decisiones que pueden ser analizadas dentro

del marco de la Constitución de 1999, son aquellos en materia penal por aplicación del artículo 24 de la Ley Fundamental, por ser una excepción al principio de irretroactividad de la Ley. Esta Sala, en sentencia del 12 de septiembre de 2001 (Caso: Jesús Ramón Quintero), estableció respecto a este punto, lo siguiente:

"...dejó abierta la posibilidad de revisar sentencias proferidas con anterioridad a la vigencia de este medio. Sin embargo, debe acotarse que tal posibilidad es de aplicación restrictiva, y sólo procederá bajo aquellas circunstancias en que la propia Constitución permite la retroactividad de una norma jurídica, esto es, en el supuesto que contempla el artículo 24 constitucional, referido a la aplicación de normas que impongan menor pena (el cual ha sido extendido por la dogmática penal a circunstancias distintas mas no distantes de la reducción de la extensión de una sanción determinada). Así, dentro de las normas que mejoran una condición o situación jurídica derivada de la actuación de los entes públicos en materia penal, esta Sala considera que se encuentra la solicitud de revisión tantas veces aludida. Por lo que la admisión de un medio tal, en los casos referidos a la excepción contenida en el artículo 24 (que imponga menor pena, entendido dicho enunciado en sentido amplio), no viola el principio de irretroactividad de la ley contenido en dicho precepto. De allí que la retroactividad de la revisión quede definitivamente asociada a la nulidad de decisiones relacionados con los bienes fundamentales tutelados por el derecho penal, acaecidas con anterioridad a la Constitución de 1999, pero cuya irracionalidad o arbitrariedad, puestas en contraste con las normas constitucionales, exija su corrección, aparte, además, aquellas decisiones que evidencien de su contenido un error ominoso que afecte el orden público, es decir, que la sentencia a revisar contenga una grave inconsistencia en cuanto a la aplicación e interpretación del orden jurídico-constitucional" (subrayado de este fallo).

Incluso, a todo evento de la inaplicabilidad retroactiva de la Constitución para el presente caso, esta Sala observa que de conformidad con el artículo 146 de la Constitución, la Administración debe obligatoriamente determinar, con base en las funciones, los cargos

que son de carrera y de libre nombramiento y remoción, siendo los primeros, de obligatoria adjudicación solo cuando el funcionario ha cumplido con el concurso correspondiente que le permite la adjudicación de dicha condición; por lo que si el funcionario no ha realizado el concurso correspondiente, se supone, en ese caso, que no existe la asignación de estatus de funcionario de carrera, y por tanto, puede ser removido bajo el esquema del personal con connacionales de libre nombramiento y remoción.

En virtud de lo anterior, esta Sala determina que para el presente caso no procede la desaplicación, con base en la Constitución de 1999, del artículo 3º del Estatuto de Personal del Ministerio Público, respecto a una situación jurídica conformada en su totalidad, con los efectos jurídicos que pueda devengar, antes de la entrada en vigencia del actual marco constitucional; razón por la cual, declara no conforme a derecho la referida desaplicación; en su lugar, anula la sentencia número 2008-01126 dictada, el 26 de junio de 2008, por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que deberá dictar nueva decisión con base en lo establecido en el presente fallo. Así se decide.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

7 de febrero 2012

Número 000086

Caso: Zulay Velásquez vs. Instituto Autónomo de Policía del municipio Girardot del estado Aragua

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Del análisis detallado de las mismas nos permite identificar que contiene la modificación sustancial del estatuto que rige la estabilidad en el desempeño de la función policial en el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Girardot, pues, dispone la consagración de un régimen de empleo público bajo el cual todos los cargos del referido ente tendrán calidad de cargos de confianza, es decir, desempeños públicos cuyo desenvolvimiento no tendrá ningún tipo de estabilidad, todo en razón de la consecuente categorización como cargos de libre nombramiento y remoción.

Este Juzgador debe señalar a este respecto que aún cuando la parte querellante planteó por vía de control difuso la desaplicación de las normativas de base legal del acto administrativo dictado por el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Girardot, al señalar que todos los cargos que se presten en el Instituto son de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, fundamentándola en los artículos 19, 21, numerales 1 y 2, artículo 89 numerales 1, 2 y 5 y los artículos 137 y 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en ese sentido la disposición contenida en el artículo 146 eiusdem, establece que el régimen general de las relaciones de empleo público, a saber, de la función pública en sentido amplio, será el de la carrera funcional, y excepcionalmente, el de funcionario bajo regímenes distintos de estabilidad.

En el caso de la disposición legal en análisis, verifica este Juzgador la existencia de una colisión con la norma constitucional en último término señalada, pues, se pretende aplicar a todos y cada uno de los cargos que componen el aparato funcional del ente Instituto Autónomo de la Policía Municipal de Girardot, el régimen excepcional de libre nombramiento y remoción, lógicamente, ajeno al régimen y constitucionalmente consagrado de estabilidad semi absoluta.

Tal circunstancia forma en quien decide el criterio de que las disposiciones legales contenidas en los artículos 21 de la Ordenanza de la Reforma de la Ordenanza sobre el Instituto Autónomo de la Policía Administrativa Municipal y 48 del Reglamento de la Ordenanza sobre el Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Girardot, colide con la disposición constitucional contenida en el artículo 146 de nuestra Carta Magna, pues, en contraposición con esta última, la primera de las normas nombradas modifica totalmente el régimen consagrado constitucionalmente, desamparando al funcionario, el cual deberá desempeñarse bajo un régimen ausente de estabilidad y manifiestamente sometido a cualquier contingencia que pueda afectar la relación de servicio, en franca colisión con el imperativo constitucional de que la existencia

de tales regímenes sea excepcional y no común, como lo estatuye la norma legal en análisis.

Por tal motivo, este Juzgador, en ejercicio de la potestad jurisdiccional de control de la constitucionalidad consagrada en los artículos 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y 20 del Código de Procedimiento Civil Venezolano, desaplica, por control difuso, las disposiciones legales contenidas en los artículos 21 de la Ordenanza de la Reforma de la Ordenanza sobre el Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Girardot, en razón de su colisión con la disposición constitucional contenida en el artículo 146, en los términos arriba expresados, por cuanto si bien la Ordenanza en su Artículo 21 y el Reglamento en su Artículo 44 establece que los funcionarios del Instituto Autónomo de la Policía Municipal del Municipio Girardot, los clasifican en Funcionarios de Carrera o de Libre nombramiento y remoción, sin embargo, cuando señala el mismo artículo 21 de la Ordenanza y el Artículo 46 del Reglamento indica que los Funcionarios de Libre Nombramiento y Remoción son de Alto Nivel y de Confianza, pero luego en la misma disposición del Artículo 21 de la Ordenanza y el Artículo 48 del Reglamento señala: 'Cargos de Confianza: Son de aquellos cuyas funciones requieren un alto grado de confidencialidad y que por disposición de la Ley del Estatuto de la Función Pública se considerarán en esta categoría todos los funcionarios en este órgano de seguridad del Estado, como lo es el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Girardot, y se consideran funcionarios o funcionarias de libre nombramiento y remoción', lo que significa en puridad del derecho que suprimió o eliminó todos los funcionarios de carrera al señalar que todos los funcionarios que prestan servicio en el Instituto son de confianza, sin hacer discriminación alguna, lo que significa que eliminó el Derecho a la Estabilidad, pues convirtió en regla lo que es una excepción en la norma Constitucional contenida en el Artículo 146, en concordancia con el artículo 146, en concordancia con el artículo 89, numerales 1, 2 y 5 de la carta magna, al transgredirlas de manera flagrante. Así se decide.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

20 de marzo 2012

Número 000484

Caso: José Luis Guerrero vs. Sistema Regional de Salud adscrito a la Gobernación del estado Zulia

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Del acto administrativo antes mencionado se infiere que el Director del Sistema Regional del Estado Zulia (producto del informe presentado por la Junta Interventora del Hospital) decidió remover al ciudadano Jorge Luis Guerrero Durán del cargo de Director Encargado, por lo cual, continuaría prestando sus servicios en el cargo de Médico II.

Así las cosas, esta Corte debe destacar que no existe un procedimiento establecido para remover a un funcionario de un cargo de alto nivel o según sea el caso, de confianza. Son cargos de total disposición por parte de la Administración. Por lo cual no existe limitación alguna a la potestad decisoria de la Administración para remover libremente a un funcionario que califique como de libre nombramiento y remoción.

En este sentido, mediante decisión N° 2008-406, de fecha 28 de marzo de 2008, de esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo se señaló que:

“[...] [L]a remoción no constituye una sanción como consecuencia de un procedimiento disciplinario, [...] no se requiere la sustanciación de procedimiento previo, pues al ser un cargo de libre nombramiento y remoción, no goza de estabilidad en el ejercicio de sus funciones, es decir, podrá ser retirado del ejercicio de las mismas sin que sea necesaria la tramitación de procedimiento administrativo sancionatorio, como erradamente lo aseveró el recurrente en [...]”

De lo transcritto ut supra, se evidencia que es criterio reiterado de esta Corte, que la remoción de un funcionario de libre nombramiento y remoción no constituye una sanción, tampoco amerita un procedimiento disciplinario, ni la sustanciación de un procedimiento administrativo. Ya que constituye una potestad

inherente a la Administración, remover a un funcionario de libre nombramiento y remoción en el momento que lo considere prudente.

Visto lo anterior, observa este Órgano Colegiado que los derechos del ciudadano recurrente no se vieron lesionados al ser separado de las funciones que venía ejerciendo, en razón que ocupaba el cargo de Director Encargado, el cual es un cargo de Libre Nombramiento y Remoción. Asimismo, lo reconoció el ciudadano en su escrito recursivo al manifestar que “[...] dicho cargo es de libre nombramiento y remoción [...]”. Por tal razón resulta evidente para este Órgano Jurisdiccional que no es procedente la reincorporación del recurrente al cargo de Director Encargado. Así se decide.

B.- La Confianza

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

6 de octubre 2011

Número 000961

Caso: Elizabeth Arellano vs. Instituto Autónomo de Policía del estado Miranda

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Ahora bien, de lo anterior se colige que la presente controversia se circumscribe a determinar si la ciudadana Elizabeth Arellano Cacua, para el momento en que el Órgano recurrido decidió prescindir de sus servicios mediante el acto N° DGIAPEM/N° 333/2006 de fecha 6 de octubre de 2006, ocupaba un cargo de confianza dentro de la estructura organizativa del Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda, y para ello, esta Corte considera necesario entrar a conocer si el argumento utilizado en el Acto Administrativo impugnado, de catalogar las tareas desplegadas por la querellante como funciones de seguridad de estado, se encuentra ajustado a derecho.

Dentro de este análisis, este Órgano Jurisdiccional advierte que en el caso de marras, dentro del cúmulo de elementos probatorios

consignados por la representación judicial del instituto querellado, no se evidencia un “Manual Descriptivo de Cargos” del cual se desprendan las tareas llevadas a cabo por la querellante dentro del Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda.

Asimismo, esta Corte observa que del oficio signado DGIAPEM N° 333/2006 se desprende que el argumento utilizado por el Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda, para retirar a la ciudadana Elizabeth Arellano Cacua del cargo de “Jefe de Servicios, con la jerarquía de Subcomisario”, fue “[c]onforme con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, [...] los funcionarios que cumplen con las labores de Seguridad del Estado, pasaron a ser considerados como de libre nombramiento y remoción, por lo tanto ocupan cargos de confianza, todo en razón a que desempeñan actividades que comprenden principalmente la Seguridad de Estado, los cuales se enmarcan en preservación del orden público, y mantenimiento de la pacífica convivencia ciudadana.”

Ello así, resulta necesario examinar el contenido del artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual reza:

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

Dentro de este orden de ideas, y verificado el contenido de la normativa legal utilizada por el Órgano recurrido para retirar a la funcionaria Elizabeth Arellano Cacua de su cargo de “Jefe de Servicios, con la jerarquía Subcomisario”, conviene hacer algunas consideraciones sobre lo que debe entenderse por “Seguridad de Estado”, también llamada seguridad nacional.

Sobre este punto, esta Corte ya se manifestó en un caso similar mediante sentencia N° 1318 de fecha 6 de octubre de 2010 (Caso:

Omar José Ramírez López Vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda), exponiendo que:

“[...] la seguridad nacional se refiere a la noción de relativa estabilidad, calma o predictibilidad que se supone beneficiosa para el desarrollo de un país; así como a los recursos y estrategias para conseguirla (principalmente a través de la Defensa Nacional). Mientras que los objetivos clásicos de la seguridad nacional consistían en prevenir o rechazar amenazas militares de estados (la guerra clásica), en la actualidad las amenazas a la seguridad nacional son más difusas, e incluyen el terrorismo, los riesgos medioambientales y fenómenos sociales de escala global como las migraciones masivas. Mientras que el concepto limitado al orden público interior suele definirse como seguridad ciudadana.

Por su parte, la expresión seguridad ciudadana está conectada con un enfoque preventivo y, hasta cierto grado, los problemas de violencia y delincuencia. El término pone énfasis en la protección de los ciudadanos y contrasta con el concepto de la seguridad nacional que dominaba el discurso público en décadas pasadas y que enfocaba más en la protección y la defensa del Estado. Existen múltiples conceptos y nociones del término ‘seguridad ciudadana’ y su contenido concreto puede variar considerablemente dependiendo del actor o autor quien lo utilice. Por ejemplo, no hay un consenso si la seguridad ciudadana se refiere también a riesgos o amenazas de tipo no intencional (accidentes de tránsito, desastres naturales) o de tipo económico y social. Un punto en que sí concuerdan la gran mayoría de autores es que el término referencia a dos niveles de la realidad:

Primero: se refiere a una condición o un estado de un conjunto de seres humanos: a la ausencia de amenazas que ponen en peligro la seguridad de un conjunto de individuos. En ese sentido, el término tiene un significado normativo. Describe una situación ideal que probablemente es inexistente en cualquier lugar del mundo pero que funciona ‘como un objetivo a perseguir’ (González 2003: 17). El PNUD (2006: 35), por ejemplo, define la seguridad ciudadana como la condición personal, objetiva y subjetiva, de encontrarse libre de

violencia o amenaza de violencia o despojo intencional por parte de otros.

Segundo: se refiere a políticas públicas encaminadas a acercar la situación real a la situación ideal, es decir, se refiere a políticas que apuntan hacia la eliminación de las amenazas de seguridad o hacia la protección de la población ante esas amenazas. En ese sentido, el término se refiere a prácticas sociales empíricamente existentes.” Es manifiesta entonces la abismal diferencia que existe entre los conceptos de seguridad de estado y seguridad ciudadana, estando orientada la primera, primordialmente, a la prevención de riesgos exógenos; mientras que la segunda, se circscribe a la prevención y erradicación de problemas de seguridad dentro de la colectividad, y a menudo originados dentro de la misma.

Igualmente, el artículo 1º de Ley de Coordinación Ciudadana, publicada mediante Gaceta Oficial número 37.318, de fecha 6 de noviembre de 2001, establece que:

“Se entiende por Seguridad Ciudadana, el estado de sosiego, certidumbre y confianza que debe proporcionarse a la población, residente o de tránsito, mediante acciones dirigidas a proteger su integridad física y propiedades.”

De todo lo anterior, resulta clara la distinción entre los Órganos que desarrollan funciones de seguridad del Estado, que primordialmente realizan labores dirigidas a prevenir y rechazar las posibles amenazas que afecten la tranquilidad, integridad, independencia y soberanía de un país; y, ya en otro ámbito de competencias, las actividades intrínsecas desarrolladas por los órganos que integran los cuerpos policiales, las cuales tienen como objetivo o finalidad, proteger a los ciudadanos comunes de otros individuos que ponen en peligro su integridad física o sus derechos, violentando flagrantemente el régimen jurídico legal establecido.

Lo anterior ha sido respaldado por la Sala Constitucional de nuestro Tribunal Supremo de Justicia, por ejemplo, mediante decisión N° 2530 de fecha 20 de diciembre de 2006, en la cual estableció la diferencia entre los órganos que desarrollan labores de seguridad de Estado, y los cuerpos policiales que ejercen actividades de seguridad ciudadana, considerando que:

"En atención a lo cual, resulta menester señalar en principio que el Cuerpo de Investigaciones Científicas Penales y Criminalísticas no desempeña actividades de seguridad de Estado (debido a que estos son las que corresponden, -entre otras- a la Dirección de Servicios de Inteligencia y Prevención adscrita al Ministerio del Interior y Justicia (DISIP), así como a la Dirección de Inteligencia Militar adscrita al Ministerio de la Defensa (DIM), ya que por el contrario sus actividades se circunscriben esencialmente a ejecutar la investigación criminalística en los procesos penales, así como a desempeñar funciones de seguridad ciudadana (policía administrativa), de allí que seguridad ciudadana y seguridad del Estado sean conceptos totalmente disímiles"

El anterior criterio, también ha sido objeto de desarrollo por esta Alzada, por lo cual se estima oportuno hacer referencia a lo dictaminado en un caso similar en cuanto a la discrepancia existente entre los órganos que ejercen actividades de seguridad de Estado y los cuerpos policiales que desarrollan tareas de seguridad ciudadana, señalándose:

"Por su parte esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia N° 2008-560, de fecha 17 de abril de 2008, caso: José Betancourt Berbeci Vs. Instituto Autónomo de Policía Municipal del Estado Miranda, dejó sentado lo siguiente:

[...Omissis...]

Así, infiere este Juzgador de los criterios jurisprudenciales supra transcritos, que los únicos órganos policiales que desarrollan actividades de seguridad de estado, en principio, son la Dirección de Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP), y la Dirección de Inteligencia Militar (DIM), por lo que el resto de los referidos órganos policiales, ya sean estos Nacionales, Estadales o Municipales, desarrollan esencialmente, son actividades de preservación y mantenimiento del orden público.

En consecuencia de lo expuesto, a juicio de este Órgano Jurisdiccional, las labores desarrolladas por los órganos policiales, que no guardan relación alguna con la DISIP o la DIM, no pueden ser subsumidas dentro de las aludidas actividades de seguridad del Estado, por lo

que no resulta posible la aplicación del aludido artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.” [Véase sentencia N° 1205 de fecha 2 de julio de 2008, emanada de esta Corte].

En atención a los criterios jurisprudenciales señalados, este Órgano Jurisdiccional a continuación pasa a determinar si el Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda fue creado como un órgano que emprende funciones de seguridad de Estado o, por el contrario, desarrolla funciones que implican actividades de seguridad ciudadana, ello a los fines de conocer la verdadera naturaleza de las funciones desarrolladas por ciudadana Elizabeth Arellano Cacua, hoy parte actora en el presente proceso.

Por tanto, es menester señalar que la Ley de Policía del Estado Miranda, prevé en su artículo 2 lo siguiente:

“El Servicio de Policía del Estado Miranda tiene como finalidad garantizar la seguridad de las personas naturales y jurídicas, y de sus fines, así como la preservación del orden público entendido como el respecto a las normas generalmente aceptadas, de moral y buenas costumbres, salubridad e higiene pública y convivencia social en el territorio del Estado Miranda, de conformidad con lo establecido en las leyes y ordenanzas respectivas.”

Asimismo, el artículo 8 ejusdem contempla que:

“El Instituto de Policía del Estado Miranda tiene como finalidad:

1.- Establecer y coordinar las políticas de seguridad dentro del territorio del Estado, fijar las prioridades de la entidad en las materias de su competencia y la ejecución de las mismas.

2.- Organizar y prestar los servicios de policía del Estado Miranda.

3.- Instrumentar la aplicación del régimen disciplinario que se dicte, a los efectivos policiales.

4.- Instrumentar el reglamento que se dictó sobre ascenso y premiación de los efectivos policiales.

5.- Instrumentar el régimen de mejoras sociales y económicas que contemple el reglamento interno del Instituto.”

Aunado a lo anterior, se observa el artículo 332 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que:

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

1. Un cuerpo uniformado de policía nacional.
2. Un cuerpo de investigaciones científicas, penales y criminalísticas.
3. Un cuerpo de bomberos y bomberas y administración de emergencias de carácter civil.
4. Una organización de protección civil y administración de desastres.

Los órganos de seguridad ciudadana son de carácter civil y respetarán la dignidad y los derechos humanos, sin discriminación alguna.

La función de los órganos de seguridad ciudadana constituye una competencia concurrente con los Estados y Municipios en los términos establecidos en esta Constitución y la ley."

De las normas anteriormente transcritas, se desprende que la Policía del Estado Miranda fue creada con el único propósito de garantizar la seguridad integral de los ciudadanos habitantes de dicha localidad, lo que le permite concluir a esta Instancia que las funciones desarrolladas por la ciudadana Elizabeth Arellano no se extienden más allá a las de garantizar y mantener el orden público a nivel estadal, ello en clara contravención a lo apreciado por el Director del Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda al momento de dictar el acto de remoción que dio origen a la presente controversia, cuando estimó que las actividades propias del cargo de Jefe de Servicios con la jerarquía de Subcomisario adscrita a la Dirección de Operaciones, representaban para la institución cierto carácter de confidencialidad por entrañar actividades de seguridad de estado.

En este contexto, esta Corte debe aclarar que en los casos de funcionarios cuyos cargos previamente se encuentren establecidos como de confianza en la normativa que los rige (condición que resulta irrelevante cuando se trata de funcionarios que ejercen

actividades de seguridad del Estado), los mismos únicamente podrán ser removidos de los cargos que desempeñan, mas no podrán ser retirados sin la tramitación del procedimiento legalmente establecido para ello.

De esta forma, en atención a las consideraciones realizadas precedentemente, esta Corte considera que el Instituto querellado erró en su apreciación al indicar que la ciudadana Elizabeth Arellano ejercía funciones de seguridad de Estado dentro del Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda, con lo cual devino que lo clasificaran como funcionario de confianza y la removieran del cargo de Jefa de Servicios con la Jerarquía de Subcomisario, adscrita a la Dirección de Operaciones del referido Ente policial; por lo que, al observar esta Corte que la Policía del Estado Miranda no es un cuerpo policial con competencia en este tipo de rama – seguridad de Estado-, le resulta forzoso a esta Instancia Jurisdiccional desechar el argumento plateado por la representante judicial del ente querellado, en lo relacionado al que el actor ejercía funciones de seguridad de Estado [Véase sentencias Nº 634 de fecha 23 de abril de 2009, (Caso: Alejandro José Bencomo Gutiérrez Vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda); Nº 780 de fecha 7 de mayo de 2009 (Caso: Eutemio José Rivas Delgado Vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda); y Nº 1302 de fecha 27 de julio de 2009 (Caso: Eloína Ramona Páez Mota Vs. Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda) todos de esta Corte]. Así se decide.

Decidido lo anterior, y visto que la Resolución Nº DGIAPEM/Nº 333/2006 de fecha 6 de octubre de 2006, que consta a los folios 8 y 9 del expediente judicial, removió al querellante por considerar que éste era de confianza, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, razón por la cual también se hace necesario determinar si la querellante estaba desempeñando funciones de tal naturaleza.

Al respecto, esta Corte considera oportuno destacar que a través de la reiterada y pacífica jurisprudencia dictada por las Cortes de lo Contencioso Administrativo, se ha precisado, que en principio

podría, según el caso, ser suficiente que la norma que regula la materia funcionarial, determine que cargos son de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, siendo posible también determinarlos mediante la evaluación de las funciones asignadas a un determinado cargo, resultando, en principio y salvo un mejor elemento probatorio, como medio de prueba idóneo para demostrar las funciones propias de un cargo en particular, y en consecuencia, establecer la naturaleza del mismo, el “Registro de Información del Cargo” o cualquier otro documento en que se reflejaran las funciones ejercidas por el funcionario y de las cuales se pudieran desprender la confianza del cargo desempeñado [Véase sentencia N° 1175 de fecha 26 de junio de 2008, caso: Carmen Rosa Mavares Gutiérrez Vs. Instituto Autónomo de Policía de Miranda].

Ahora, en aplicación directa de lo anteriormente expuesto, y tal y como fue señalado en párrafos precedentes, luego de efectuar una revisión detallada de las actas procesales que conforman el presente expediente, se constató que en el mismo no cursa inserto documento alguno en el cual se reflejaran las funciones ejercidas por la funcionaria Elizabeth Arellano y de las cuales se pudieran desprender el grado de confidencialidad desempeñado, ello, aunado al hecho de que el Instituto querellado no probó las funciones asignadas al querellante mediante la evacuación de alguna otra prueba, conlleva a esta Corte a declarar que la querellante era una funcionaria de carrera, por lo que el acto administrativo impugnado se encuentra está viciado de suposición falsa, tal como lo sostuvo el Juzgado Superior Sexto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital.

Igualmente, es meritorio de la atención de esta Corte que en la aludida Resolución DGIAPEM/N° 333/2006, el Director Presidente del Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda reconoció que el carácter funcionaria de carrera de la querellante, por cuanto indicó que “[...] dado que con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida Ley del Estatuto de la Función Pública, [la recurrente] desempeñó cargos dentro de la Institución que lo acreditaban como funcionario de carrera, le notifico que, de conformidad con

el artículo 76 de la referida Ley, en la actualidad no existen cargos vacantes que permitan su reincorporación en el Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda (IAPEM)."

Ahora bien, ante tal afirmación, esta Alzada considera oportuno destacar que el procedimiento aplicable a los fines de poner fin a la relación de empleo público, de conformidad con la normativa que regula la materia funcionarial, imponía al Instituto querellado, abrir un procedimiento administrativo de destitución, y dado que el referido organismo no dio cumplimiento a trámite o procedimiento de ningún tipo, esta Corte comparte lo decidido por el Juzgado Superior Sexto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, al declarar la nulidad de la Resolución N° DGIAPEM/N° 333/2006, y ordenar la reincorporación de la querellante al cargo que en razón del servicio sea designado para ejercer funciones propias de la Jerarquía de Subcomisario, así como el pago de los sueldos dejados de percibir desde su ilegal remoción, efectuada en fecha 6 de octubre de 2006, hasta su total y efectiva reincorporación, lo cuales serán pagados de manera íntegra, esto es, con el incremento que haya operado sobre el sueldo. Así se decide.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

1º de noviembre 2011

Número 001588

Caso: Luis Gustavo Romero vs. Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia

Ponente: Emilio Ramos González

Ahora bien, en relación al vicio de falso supuesto de hecho, se verifica cuando el acto se encuentra fundamentado en hechos inexistentes, falsos o no relacionados con el asunto. Se observa que el apoderado judicial del querellante en el recurso contencioso administrativo funcionarial presentado, alegó que "(...) para la remoción del cargo que ocupaba [su] representado de VIGILANTE adscrito al Internado Judicial de Coro, no es un cargo de Libre Nombramiento y Remoción, (...) el cargo desempeñado por [su] representado no

era de confianza (...) ni tiene ninguna característica que lo haga determinar como de Libre Nombramiento y Remoción, y así pido lo decida el Tribunal (...)"

Visto que el apoderado judicial alega que su representado no ejercía un cargo de confianza y por lo tanto no era de libre nombramiento y remoción, motivo por el cual se hace necesario para la Corte, analizar la naturaleza jurídica del cargo de Vigilante que ostentaba el querellante y al respecto se debe traer a colación la sentencia la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 18 de noviembre de 2008 (Caso: Alejandro Padrón Bresán), en la cual se estableció lo siguiente:

" (...) En esa línea de razonamiento, observa esta Sala que la discusión acerca de la calificación del cargo ejercido por el actor, formó parte de los hechos controvertidos ante las instancias contencioso administrativas correspondientes, para lo cual se incorporaron los medios probatorios pertinentes e idóneos, entre éstos el Registro de Información de Cargos, tendentes a demostrar que las funciones inherentes al cargo de Ingeniero III se encuadran dentro de aquellas propias de los funcionarios de confianza y, por tanto, como de libre nombramiento y remoción. De allí que, mal puede pretender la parte accionante que esta Sala, a través de un juicio de amparo constitucional, reabra la controversia con el propósito de revisar elementos probatorios que no desvirtúan la calificación del cargo que efectuó la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

En tal sentido, resulta necesario destacar que, dentro de las nociones del Derecho Administrativo Funcionarial, los cargos de confianza son aquellos cuyas funciones requieran un alto grado de confiabilidad o cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad de Estado, de fiscalización e inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, sin perjuicio de lo establecido en la ley, ello conforme a la definición contenida actualmente en el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, otra vez desarrollado por el derogado Decreto Presidencial N° 211, en la letra b de su único artículo (...)"

Respecto al criterio anterior se evidencia que los cargos de confianza vienen a ser aquellos que entre sus funciones requieran un alto

grado de confiabilidad o que las funciones realizadas comprendan principalmente actividades de seguridad de estado, fiscalización, inspección, rentas, aduanas, control de extranjeros y fronteras, ello conforme al artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. En este mismo sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 23 de febrero de 2010 (Caso: Ayumarys Gómez Patiño), estableció lo siguiente:

“(...) Así, en tal sentido debe precisarse que la solicitante alega en revisión constitucional, como a suerte de tercera instancia, su falta de condición de funcionaria de confianza en los términos del Decreto Presidencial N° 1879 del 16 de diciembre de 1987. A este respecto, esta Sala debe indicar que la sentencia objeto de impugnación analizó que el mencionado instrumento normativo determinó con suma claridad los cargos de confianza del Instituto Nacional del Menor, siendo el Código 70.553, Grado 25, el referente a la denominación Jefe de Centro de Atención por Tratamiento, cargo éste alegado por la querellante y solicitante de la revisión, por lo que detentaba una condición especial como funcionaria, no asumible a un cargo de carrera administrativa.

Adicionalmente, debe señalarse que la calificación de los cargos denominados de confianza se encuentran determinados en relación con el ámbito dentro del cual ha de actuar el funcionario, de manera que, la calificación independientemente de que sea genérica o específica, debe también ser considerada dentro del contexto de la estructura de cada organismo, aunado a las actividades que le sean asignadas al funcionario (...)”

Del criterio anterior, se desprende que la calificación de los cargos de confianza se encuentran determinados por el ámbito en que actúa el funcionario, es decir, por las funciones que desempeña cada funcionario, de igual forma hay que destacar el hecho de que dependerá del organismo y de la estructura del mismo al cual se encuentra adscrito cada funcionario su calificación, es decir, que dependerá de las actividades asignadas al funcionario dentro del organismo al cual se encuentra adscrito. En relación a lo anterior y siguiendo el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo

de Justicia, en sentencia N° 1176 del 23 de noviembre de 2010 (Caso: Ramón José Padrinos Malpica), se estableció:

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

De la jurisprudencia parcialmente trascrita, se advierte que la calificación de un cargo como de confianza, no depende de la denominación del cargo en sí, sino de la constatación que las funciones inherentes a dicho cargo se subsuman dentro de los supuestos establecidos en la ley para calificarlo como tal.

En tal sentido, esta Corte considera oportuno destacar que, a través de la reiterada y pacífica jurisprudencia dictada por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en principio podría ser suficiente, según el caso, que la norma que regula la materia funcionarial, determinara cuáles cargos son de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, siendo posible también determinarlos mediante la evaluación de las funciones asignadas a un determinado cargo, resultando, en principio y salvo un mejor elemento probatorio, como medio de prueba idóneo para demostrar las funciones propias de un cargo en particular, y en consecuencia, establecer la naturaleza del mismo, el Registro de Información del Cargo o cualquier otro documento en que se reflejaran las funciones ejercidas por el funcionario y de las cuales se pudieran desprender la confianza del cargo desempeñado. (Vid. Sentencia N° 2007-1731 de fecha 16 de octubre de 2007, caso: “Luz Marina Hidalgo Briceño Vs. El Instituto Autónomo Dirección de Aeropuertos del Estado Lara”).

Teniendo en cuenta lo anteriormente expresado, esta Corte evidencia que consta a los folios 8 al 10 de los antecedentes administrativos, se encuentra el elemento idóneo, el registro de información del cargo, del cual se desprende primeramente que el cargo desempeñado por el querellante es el de vigilante; igualmente, se observa que entre las características del cargo, y específicamente en el punto 31 , se indica la letra "D", se hace mención a la característica de CONTROLAR, en este mismo orden, se hace referencia en el mencionado punto sobre otras características de importancia en el cual se hace la mención a " La ejecución de las actividades asignadas requieren un alto grado de confiabilidad y conocimiento de los procedimientos de régimen penitenciario", así mismo se evidencia que en el punto 36 se hace mención al tipo de información manejada la cual es de carácter confidencial.

De lo anterior se puede traer a colación que una de las características más importante del cargo realizado por el querellante según el registro de información del cargo es la de CONTROLAR, cabe destacar, que la Real Academia Española para definirlo hace referencia a "Ejercer el Control", igualmente el concepto de control lo definen como "Comprobación, inspección, fiscalización, intervención. Dominio, mando, preponderancia. Donde se controla." Ahora bien, al respecto del control se hace acotación a que este se refiere a la comprobación o inspección de una situación o sobre algo en específico, en el cual se tiene el dominio sobre este. Igualmente se observa que en la definición respecto a la palabra inspección se refiera a este como "Acción y efecto de inspeccionar. Cargo y cuidado de velar por algo"; se hace referencia entonces que la inspección se relaciona directamente al hecho de cuidar y de velar por algo que esté a cargo de alguien, es decir, que la inspección se subsume en el concepto de control.

Asimismo, se observa que riel a los folio 11 al 16 del expediente administrativo, evaluación del desempeño del personal de fecha 15 de marzo de 2005, específicamente en la sección donde se establecen los objetivos de desempeño que el funcionario en el cargo de Vigilante, se señala dentro de sus funciones "1) Coordinar los

procedimientos de requisas y otros objetos de tenencia prohibidas en los internos. 2) Aplicar a los internos todo lo concerniente a su Reeducación dentro del centro Penitenciario. 3) Velar por el buen comportamiento del interno y hacer cumplir las normas dictadas por el Director del Centro, según las leyes del Organismo que este a su disposición". Se evidencia que la mencionada evaluación de funciones se encuentra suscrita por el querellante, en consecuencia, hay una aceptación de que las funciones allí mencionadas, y que son correspondientes con las realizadas.

De igual forma, se evidencia del análisis de los antecedentes administrativo, que en el acta de audiencia oral de presentación que riel a los folios 42 al 47, en virtud de la causa penal que se lleva en el Tribunal Quinto de Control del Circuito Judicial Penal del Estado Falcón, por presunción de la comisión del delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas, en dicha audiencia, se interrogó al querellante, quedando expresado lo siguiente: " (...) interroga el Fiscal quien pregunta (...) ¿Actualmente cual es su función? Respondiendo: 'llevo el libro de novedades, estoy pendiente del pasillo principal, los pabellones A,B Y C y de las aéreas administrativas del penal, recibo ingreso y egreso, recibo boletas de traslado' ¿Tiene funciones de Requisa? Respondiendo: 'No, no tengo esas funciones, yo requiso a los internos cuando veo alguna sospecha, lo que entra al penal lo requisa la Guardia Nacional, uno como funcionario les solicita a la Guardia Nacional las requisas'. De lo anterior cabe señalar que las funciones realizadas por el querellante requieren un alto grado de confianza.

Ahora bien de un análisis exhaustivo de las actas que conforman el presente expediente, se hace palmario que las funciones realizadas por el querellante se refieren al cuidado de ciertas áreas del recinto penal, así como, recibo, ingreso y egreso de reos, y el de recibo de boletas de traslado, de lo cual se desprende que dichas funciones requieren de un alto grado de confianza, en consecuencia, el cargo que ocupaba el querellante era un cargo de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción.

En el mismo orden de ideas, del acto administrativo transcrto anteriormente, por el cual se remueve al querellante se evidencia

que la Administración lo realiza en función de que “(...), el cargo que ocupa actualmente, califica el cargo como de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, debido a las funciones y tareas inherentes al mismo (...).” Cabe señalarse que en el mencionado acto la administración transcribió parcialmente la base legal por el cual remueve al querellante, el cual son los artículos 19 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, antes transcritos.

En relación a lo anterior, se evidencia que el querellante realizaba funciones de alto grado de confidencialidad en el mencionado Internado Judicial, siendo que las funciones realizadas, se encuentran subsumidas la función de inspección. Cabe destacar que dicho acto estuvo ajustado tanto a los hechos como al derecho, motivo por el cual debe esta Corte desechar el argumento referido al vicio de falso supuesto en el acto administrativo, puesto que no encuentra este Órgano Jurisdiccional que el acto se fundamente en hechos inexistentes, o que ocurrieron de forma distinta a la apreciada por la Administración o que haya utilizado como fundamento un supuesto de derecho que no es aplicable al caso. Así se decide.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

13 de diciembre 2011

Número 001947

Caso: Aleida Rojas de Marín vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Ello así y circunscribiéndonos al caso de marras, evidencia esta Corte de los argumentos expuestos por la parte apelante que la misma afirma que el Juez de primera instancia incurrió en el delatado vicio al considerar que la querellante ostenta la condición de funcionario de carrera, siendo que a su decir el cargo de Jefe de Unidad ocupado por la misma era de libre nombramiento y remoción, aunado a que de conformidad con la Ley del Estatuto de la Función Pública, los funcionarios de carrera son los que habiendo ganado el concurso público y superado el periodo de

prueba, en virtud de nombramiento, presten servicio remunerado y con carácter permanente, lo cual del expediente administrativo y de los autos no se evidencia prueba alguna de que la querellante haya ganado concurso público alguno que le permitiese optar a un cargo de carrera, cosa que no cambiaba aún y cuando la misma hubiere ejercido cargos de carrera en diferentes entes de la administración pública, pues específicamente el cargo que ejerció en ese ente de la administración fue de alto nivel y por tanto de libre nombramiento y remoción.

Expuesto lo anterior, esta Corte observa que el acto administrativo cuya nulidad ha sido solicitada fundamentó la remoción de la recurrente del cargo de Jefe de Unidad I de la Unidad de Recursos Humanos del Hospital "J.M de los Ríos", en el artículo 11 del Decreto N° 039 relativo al Régimen Especial Sobre el Sistema de Administración de Personal en el Distrito Metropolitano de Caracas, siendo que en el mismo entre otras cosas expreso lo siguiente:

"Artículo 1º.- Se remueve a la ciudadana ALEIDA ROJAS DE MARIN, titular de la cédula de identidad N° 5.525.236, del cargo de Jefe de Unidad I, en la Unidad de Recursos Humanos del Hospital de Niños 'J.M DE LOS RÍOS', de la Secretaría de Salud de la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto N° 039, relativo al RÉGIMEN ESPECIAL SOBRE EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE CARACAS, de fecha 18 de diciembre de 2000, publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.108, de fecha 28 de diciembre de 2000, según el cual el mencionado cargo es de libre nombramiento y remoción".

Visto lo anterior, y por cuanto de las actas procesales que conforman el expediente judicial, esta Corte observa que corre inserto al folio 9 del mismo, copia del certificado expedido por la Oficina Central de Personal de la Presidencia de la República, de fecha 17 de julio de 1989, que acredita a la ciudadana Rojas de Marin Aleida, parte recurrente, como funcionario de carrera, y en virtud que tal condición jurídica una vez adquirida no se extingue, sino en el único

caso en que el funcionario público sea destituido, de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, razón por la cual es esa la condición que debe reconocérsele a la referida ciudadana.

Precisado lo anterior, y visto que a la recurrente se le removió de un cargo catalogado por la administración como de libre nombramiento y remoción, en virtud de ser considerado por la misma como un cargo de alto nivel, debe forzosamente esta Corte traer a colación lo señalado en el mencionado artículo 11 del Decreto N° 039 relativo al Régimen Especial Sobre el Sistema de Administración de Personal en el Distrito Metropolitano de Caracas, en el cual se basó la administración para destituir a la querellante de su cargo, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 11. Son funcionarios de alto nivel los que, en virtud de nombramiento, desempeñan los cargos de Secretariado de Gobierno, Director de Unidades Operativas de Apoyo Técnico, Director de Línea, Adjunto a los anteriores funcionarios, Gerente, Secretario Ejecutivo, así como aquellos otros cargos que sean declarados como de alto nivel por Decreto u Ordenanza especial o se ubiquen en un elevado rango de la escala administrativa”

A la luz del artículo transscrito, en el cual se basó la administración para catalogar el cargo de Jefe de Unidad I ejercido por la querellante como de libre nombramiento y remoción, no se desprende ciertamente, que el mismo se encuentre dentro del catálogo de los cargos considerados por dicho Decreto como de “Alto Nivel”.

No obstante, esta Corte a los fines de cumplir cabalmente su función Juzgadora, debe atender a las funciones desempeñadas en el mencionado cargo ya que pudiera tener cobertura legal en los cargos calificados como de “Confianza”, los cuales son considerados igualmente dentro de la categoría de libre nombramiento y remoción, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, de allí que resulta indispensable analizar (dadas las particularidades del presente caso), las funciones ejercidas por el recurrente en el referido cargo.

En ese sentido, esta Corte observa que no se encuentra demostrado en autos que la actora desempeñara un cargo de confianza, pues aún y cuando esta Corte mediante decisión de fecha 2 de agosto de 2006, ordenó a la parte querellada que remitiera en un plazo de 5 días de despacho siguientes a que constara en autos su notificación, copia certificada de la estructura organizacional del Hospital "J.M de los Ríos" así como el Manual Descriptivo de Cargos o Registro de Información de Cargos, en los cuales se evidencie las funciones correspondientes al cargo de Jefe de Unidad I en la Unidad de Recursos Humanos de la referida institución hospitalaria, no se evidencia que la misma haya cumplido con tal carga, pues aún y cuando fue debidamente notificada mediante oficio CSCA-2010-001135 de fecha 15 de marzo de 2010, no cumplió ni dentro del lapso solicitado ni después de su vencimiento con tal requerimiento, razón por la cual debe esta Corte forzosamente concluir que el señalado cargo no se configura como un cargo de confianza, motivado a la imposibilidad de analizar las funciones inherentes al mismo. Así se establece. Por lo antes expuesto, concluye esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que la Administración no demostró fehacientemente, ni en el acto administrativo, ni en el transcurso del presente proceso, que la funcionaria recurrente ejerciera un cargo cuyas funciones fueran de confianza y que, por ende, ejerciera un cargo de libre nombramiento y remoción.

Por las consideraciones anteriores, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo estima que la administración pública en el presente caso, tal y como fue señalado por el iudex a quo, incurrió en falso supuesto de hecho al considerar el cargo ejercido por la recurrente como de libre nombramiento y remoción, siendo que en razón de ostentar un cargo de carrera, como fue señalado, incurrió a su vez en prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido; ello así constata esta Corte que el fallo apelado no incurrió en el delatado vicio de falso supuesto. Así se decide.

2.- De Carrera

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

6 de diciembre 2011

Número 001903

Caso: Yngrid Castro vs. Alcaldía del municipio Baruta del estado Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

Visto el contenido de la Comunicación anteriormente transcrita, 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 calidad de funcionario de carrera.

3.- El funcionario suplente o interino

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de octubre 2011

Número 001571

Caso: Ricardo Castillo vs. Instituto Nacional de Geología y Minería

Ponente: Alexis Crespo Daza

Del análisis efectuado a las mencionadas documentales se advierte, que por resolución N° 005/04, el Instituto Nacional de Geología y Minería (INGEOMIN), designó al ciudadano Ricardo Rumardo Castillo García para asumir, interinamente, el cargo de "Auditor Interno", señalándose expresamente en la misma, que dicha elección era "desde esa fecha hasta la designación del Titular mediante Concurso Público", y que a través de la Resolución 032/05 de fecha

31 de octubre de 2005, se decidió su remoción del cargo que ejercía, provisionalmente, como Auditor Interno del referido Instituto.

También se observa que el acto administrativo contentivo de la remoción, se indica que el cargo de Auditor Interno Interino (I) es grado 99 del citado Instituto, lo cual revela que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, y por ende, puede ser directamente retirado, sin necesidad de invocarse ninguna causal.

Ante tal circunstancia, se considera pertinente señalar que el término interino significa la ocupación en un cargo de manera temporal o por un tiempo determinado para suplir la falta de otra persona. (Vid. MANUEL OSSORIO, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", Editorial Heliasta S.R.L.; año 2005, Pág. 503).

En este mismo sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 2659, de fecha 14 de diciembre de 2001, (caso: NURIA ESPERANZA VILLASMIL SÁNCHEZ), en torno a la condición de los Fiscales Interinos del Ministerio Público, señaló lo siguiente:

"Ahora bien, precisa esta Sala señalar que, de conformidad con el Estatuto de Personal del Ministerio Público, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.654 del 4 de marzo de 1999, la designación del accionante como Fiscal Auxiliar encargado, no le confiere la calidad de Fiscal del Ministerio Público de carrera que la ley contempla, por cuanto como bien se señaló en su oficio de designación, había sido encargada del cargo hasta tanto se produjera el concurso respectivo. En este sentido, es oportuno referir que la Sala ha establecido con anterioridad que la designación en un cargo de la Fiscalía con carácter interino, no le confiere al funcionario la calidad de personal fijo de ese organismo y, por ende, tampoco goza de los derechos inherentes a la carrera de fiscal, por lo que muy bien puede ser removido por el Fiscal General de la República, conforme a las atribuciones que competen a la máxima autoridad del ente fiscal (Vid. Sentencia del 27 de octubre de 2000, caso Henry A. Jaspe Garcés, y sentencia del 10 de agosto del 2001, caso Gary Joseph Coa León).

Siendo así, aprecia esta Sala que el hecho que el entonces Fiscal General de la República designase a otra persona distinta de la que viene ejerciendo la suplencia en un cargo determinado, no comporta la violación de derecho o garantía constitucional relacionado con el trabajo, ni con la estabilidad laboral, dado que el carácter provisional de su designación al cargo denota que en principio no gozaba de tales derechos. Igualmente, esta Sala observa que el Fiscal General de la República al girar nuevas instrucciones y designar a otra persona como Fiscal Auxiliar, sólo dio cumplimiento a la condición señalada tanto en el oficio de designación de la accionante en el mencionado cargo, como en el de ratificación de dicho nombramiento, la cual estipulaba que se encargaría interinamente del mismo, por lo que, advierte esta Sala que, mal podría considerarse que la falta de apertura de un procedimiento para destituirla del cargo que venía ejerciendo como suplente conculcó los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, alegados por la accionante”.

Así, en aplicación del criterio transcritto, el cual acoge esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, la cualidad de “Auditor Interno Interino (I)”, que ostentaba el querellante, no le hace gozar de estabilidad, como lo considerara el Juzgado Superior, pues desde su ingreso en el Instituto Nacional de Geología y Minería (INGEOMIN), lo hizo en un cargo de carácter Interino, por tanto para la separación del recurrente del cargo que ocupó, bastaba sólo la voluntad del Presidente del Instituto recurrido, quien tenía plena facultad para removerlo, retirarlo o sustituirle en el cargo, y a su vez designar a otra persona, a los fines de cubrir esa vacante temporalmente, ya que éste nunca ingresó a la carrera funcionarial. Aunado a lo anterior, cabe hacer referencia a la sentencia Nº 34 de fecha 26 de enero de 2004, proferida por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal, mediante la cual se hizo referencia al principio de “Paralelismo de las formas”, de la manera siguiente:

“(...) la Constitución recoge parcialmente el denominado principio de ‘paralelismo de las formas’, que preconiza que los actos se deshacen en la misma forma en que se hacen, o que se modifican o revocan siguiendo el mismo procedimiento con que se constituyen (...”).

Igualmente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 02112 de fecha 27 de septiembre de 2006, (caso: Miriam Mercedes Rendón Gómez de Da Silva Vs. Inspectoría General de Tribunales), hizo uso del citado principio al indicar que: “(...) considera la Sala que en aplicación del principio del paralelismo de las formas, visto que fue la Comisión Judicial de este Alto Tribunal la que designó a la accionante, correspondía a dicha Comisión destituirla o removerla de su cargo y no al Inspector General de Tribunales; quien si bien dirige dicho órgano, no tiene actualmente atribuida tales competencias (...).”.

Con fundamento en las sentencias parcialmente transcritas, y evidenciándose en autos, que fue el Presidente del Instituto Nacional de Geología y Minería (INGEOMIN), quien suscribió la Resolución de ingreso del mencionado funcionario en la citada Institución, en aplicación al principio de paralelismo de las formas, relativo a que los actos se deshacen de la misma forma que se hacen, correspondía al referido Presidente dictar bajo tal circunstancia el acto de remoción del hoy querellante.

Asimismo insiste esta Corte, que la condición del accionante como Auditor Interno Interino no generaba estabilidad dentro de la administración pública, motivo por el cual era completamente removible, es por ello que su egresó se dio sin mayor formalismo que el acto administrativo N° 032/05 de fecha 31 de octubre de 2005, efectuándose en el caso de marras una “remoción” y no “destitución” como mal se expresara el recurrente en la fundamentación a la apelación, es menester destacar, que el retiro del actor, no se encuentra sobrevenido a la aplicación del procedimiento disciplinario de destitución previsto en el artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, por cuanto éste es exclusivamente aplicable a los funcionarios que ingresan en la administración pública a través de los canales ordinarios, lo cual se evidencia ocurrió en el caso de autos.

En ese sentido, y dado que la naturaleza del cargo es de libre nombramiento y remoción, la Administración podía remover al hoy recurrente ciudadano Ricardo Rumardo Castillo García, sin mediar

procedimiento alguno, razón por la cual el acto administrativo contenido en la Resolución N° 0032/05 de fecha 31 de octubre de 2005, se encuentra ajustado a derecho, en tal virtud al ser un acto dictado conforme al ordenamiento jurídico mal puede ser acordado el pago de los sueldos dejados de percibir "(...) bonos, vacaciones vencidas (...) aguinaldos y ajustes salariales (...)", por cuanto es una indemnización que sólo se otorga cuando la Administración ha dictado un acto ilegal, lo cual no ocurrió en el presente caso.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

10 de abril 2012

Número 000620

Caso: Magda Muñoz vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Así pues, de la resolución antes aludida, se observa que en el presente caso, no podría hablarse de que la ex empleada, per se tenga la condición de docente ordinaria, puesto que la citada resolución era únicamente aplicable a aquellos docentes que estuvieren en cumplimiento de funciones correspondientes a una vacante absoluta y en el caso de la querellante desde el momento de su ingreso en el año 1995, la misma fungió como docente interina cumpliendo un margen de 15 horas de clase por jornada semanal en la institución educativa a la cual se encontraba adscrita, lo cual en forma alguna permite establecer con certeza que se trate de una vacante absoluta tal y como lo dispone la resolución antes aludida. Igualmente se observa de los antecedentes administrativos que por constancia de fecha 04 de junio de 1997, emanada del Director de la Escuela Técnica Policial "Com. Eduardo Meza Isturiz", se dejó constancia de que la querellante cumplía una carga horaria de 10 horas semanales, en su condición de docente interina. De manera pues que no se evidencia de autos ni de ninguna otra documental que la parte accionante haya cumplido con lo estipulado en la referida resolución para ser considerara docente ordinario, puesto

que nunca ejerció una vacante absoluta durante un año, por el contrario, estaba condicionada al margen de horas académicas que le asignase la institución educativa a la cual se encontraba adscrita y en forma alguna dicha ex empleada se desempeñó en una vacante absoluta. Así se establece.-

Visto lo anterior, es pertinente señalar que el fundamento central esgrimido por la querellante en su escrito libelar es que supuestamente fue destituida del cargo que venía ejerciendo por la presunta comisión de faltas que dieron lugar a su desincorporación sin antes haberse tramitado el correspondiente procedimiento disciplinario propio de los docentes titulares, pues en su opinión, nunca fue notificada ni se le dio oportunidad de defenderse respecto de las faltas que se le imputaba.

Ahora bien, considerando que desde el momento en que la querellante comenzó a prestar servicios en calidad de Docente Interino, y que esta última aduce que nunca le fue notificado del procedimiento de destitución ni tuvo la oportunidad de ejercer su defensa, esta Corte estima prudente traer a colación lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley Orgánica de Educación, publicada en la Gaceta Oficial N° 2635 de fecha 28 de julio de 1980, aplicable rationae temporis, que dispone:

“Artículo 78: El ejercicio de la profesión docente estará a cargo de personas de reconocida moralidad e idoneidad docente comprobada, previstas del título profesional respectivo. El Ejecutivo Nacional establecerá un régimen de concursos obligatorios para la provisión de cargos. El Ministerio de Educación, cuando no fuese posible obtener los servicios de personal docente titulado, podrá designar interinamente para los cargos a personas sin título, previo el cumplimiento del régimen de selección establecido. Cuando el nombramiento no corresponda al Ministerio de Educación, éste deberá autorizar la designación en las mismas condiciones previstas en este artículo.”

De manera pues que en atención a las disposición antes transcrita, el Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Educación, es el encargado de establecer el régimen para

otorgar la titularidad a las personas que vayan a ejercer la profesión docente, previa acreditación o cumplimiento del concurso dispuesto para tales fines.

Asimismo es importante resaltar que la forma de ingreso de los docentes a la función pública parte de dos (2) categorías distintas, como lo son a saber: a)- el Docente Ordinario y b)- el Docente Interino, los cuales en ambos casos dependen del nombramiento que dicte la autoridad competente, ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 del Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente de fecha 4 de octubre de 2000, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.496 Extraordinaria del 31 del mismo mes y año, asimismo, en atención a lo dispuesto en el artículo 24 de la referida norma:

“Artículo 24.- El ingreso al servicio de la docencia en la condición de ordinario, se hará mediante la aprobación del concurso de méritos . Así que, en atención a la disposición legal antes esbozada, los Docentes Ordinarios son aquellos que obtienen la titularidad mediante la aprobación del concurso de mérito respectivo, los cuales gozan de la estabilidad absoluta funcionarial por su permanencia en el cargo para el cual fueron designados.

Por consiguiente, para que un docente pueda gozar de la estabilidad absoluta propia del personal fijo o de carrera, debe ingresar como docente ordinario, es decir, a través de la aprobación del concurso de mérito respectivo, pues aunque un docente interino haya desempeñado sus funciones de forma indefinida, bien porque el ordinario renunció a su cargo o no se ha reincorporado en la oportunidad que debía hacerlo, o porque no se ha abierto el cargo desempeñado por el interino a concurso, ello no le garantiza que su condición pueda cambiar a la de ordinario por efecto del transcurso (antigüedad) del tiempo en el cargo que desempeña, ya que la única forma de ingreso como docente ordinario es mediante el concurso de mérito a que alude el artículo 24 eiusdem. (Vid. Sentencia de esta Corte Nro. 2010-1721, proferida en fecha 16 de noviembre de 2010, caso: Xiomara Jacqueline Silva, contra la Zona Educativa del Distrito Capital)

A tal efecto, resulta imperioso traer a colación lo dispuesto en Sentencia Nro. 1587 de fecha 23 de agosto de 2001, caso: Felicidad Del Carmen Espinoza contra el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, relativo a un caso similar al de autos donde la demandante había prestado servicios por más de dos (2) años en calidad de docente interino; y en donde la máxima instancia estableció que el cargo del docente interino no tiene estabilidad absoluta y por ende está sujeto a remoción, la cual es del siguiente tenor:

En tal sentido, considera esta Sala que, de acuerdo con lo establecido en el mencionado Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente, la designación de la accionante como docente interina no le confirió la cualidad de docente con carácter de ordinario que la ley contempla, por cuanto, como bien consta en el oficio de designación inserto en autos, claramente se señaló que la ciudadana FELICIDAD DEL CARMEN ESPINOZA fue propuesta para cubrir el cargo de docente interina, en sustitución de quien, para ese momento, ocupaba dicho cargo en la E.B. 'Guzmán Blanco'. Por ende, al no haber ingresado la accionante al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte como docente ordinario, esto es, como personal fijo o de carrera, no gozaba de los derechos inherentes a dicho cargo, por lo que podía ser suspendida del pago de nómina y removida del cargo de docente interino, una vez culminado los reposos por maternidad que le fueron expedidos por el Instituto de Previsión Social de dicho Ministerio, así como también con posterioridad a su reincorporación, en cumplimiento con la providencia administrativa dictada por la Inspectoría del Trabajo, dado el carácter de interino del cargo docente que ejercía.

Por consiguiente, esta Sala estima que, en el presente caso, no se ha configurado violación alguna de los derechos que se denunciaron conculcados, pues, el hecho de que el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte suspendiera a la ciudadana FELICIDAD DEL CARMEN ESPINOZA el pago de la nómina y la removiera del cargo de docente interino en la E.B. 'Guzmán Blanco', no comporta

la violación de derecho o garantía constitucional relacionado con el trabajo, ni con la estabilidad laboral, dado que el carácter provisional de su designación al cargo denota que no gozaba de tales derechos.” Así pues, en atención a la decisión sub iudice, los docentes interinos no gozan de la estabilidad absoluta funcionarial propia de los docentes ordinarios quienes, como lo señala la referida decisión son aquellos funcionarios fijos o de carrera, y por ende el docente interino puede ser desincorporado del cargo sin necesidad de que sea sustanciado el correspondiente procedimiento de destitución propio de los docentes titulares, pues tal condición como lo señala la Sala Constitucional *ut supra*, es de carácter provisional Igualmente mediante decisión Nro. 2710 de fecha 18 de diciembre de 2001, caso: Sindicato de Profesionales Encargados de la Docencia del Estado Zulia (SIPROEDEZ), emanada de la precitada Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, referente a que los cargos de los docentes ordinarios están sometidos a concurso público, la cual señaló lo siguiente:

Ahora bien, en el presente caso adujeron las apoderadas judiciales de los accionantes que no es concebible que sus representados, a pesar del tiempo de servicio en la profesión docente, aun sean considerados como profesores interinos, en razón de lo cual solicitaron que se ordene al Ministerio de Educación, Cultura y Deportes la clasificación de los mismos como docentes ordinarios. Al respecto, esta Sala observa que la pretensión solicitada en la acción de amparo ejercida, no es otra que obtener la condición de docentes ordinarios de los accionantes que, actualmente se encuentran ejerciendo sus funciones de docencia bajo la calificación de personal interino.

Así las cosas, vista la solicitud esgrimida por los accionantes, esta Sala precisa que tal petición no puede ser acordada mediante el amparo interpuesto, toda vez que la misma no busca el restablecimiento de una situación jurídica infringida; antes por el contrario, se pretende obtener una condición o la declaración de una situación que no era previa al ejercicio de la presente acción, lo cual no es consistente con su naturaleza restitutoria, y así se declara.

Asimismo, no obstante que la pretensión aducida por los accionantes no es materia de amparo constitucional, esta Sala observa que el hecho que el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes haya convocado el concurso para el ingreso y ascenso a la carrera docente en el Estado Zulia, no implica per se un menoscabo de los derechos constitucionales de los accionantes; toda vez que dicho concurso no significa, en modo alguno, que los mismos queden excluidos de sus cargos como docentes; antes por el contrario, ofrece una posibilidad de ingreso y ascenso a la carrera de la docencia a través del respectivo concurso, el cual es convocado en resguardo de los derechos constitucionales, no sólo de los accionantes sino de todo aquel que, al igual que éstos, aspiren ingresar o conservar su estabilidad en el ejercicio de la carrera docente.

De manera pues que, cuando se habla de docentes ordinarios, su ingreso a la Administración Pública se encuentra sometido a concurso de mérito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente de fecha 4 de octubre de 2000, en concordancia con lo establecido en el artículo 24 del derogado Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente, publicado en la Gaceta Oficial de la república Bolivariana de Venezuela Nº 4.388 Extraordinario de fecha 19 de noviembre de 1991, vigente para el momento en que la querellante ingresó a prestar servicios personales como docente interino.

Atendiendo a las consideraciones que anteceden, el hecho de que la querellante haya prestado servicios como docente interino por más de 11 años no le garantiza que su condición pueda cambiar a la de docente ordinario por efecto del transcurso del tiempo (antigüedad) en el cargo que desempeñaba, puesto que, por el carácter de docente interina de la accionante, su estadía en la Administración era meramente provisional, y en consecuencia por el hecho de ser desincorporada no se le está violentando en forma alguna su derecho a la estabilidad laboral ni al trabajo como erradamente lo sostuvo en su escrito libelar parte querellante. Así se establece.-

A mayor abundamiento, observa esta Corte que la querella intentada por la ciudadana Magda Rosa Muñoz en contra de la

República Bolivariana de Venezuela por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Educación (Escuela Técnica Policial “Com. Eduardo Meza Isturiz”), tiene como petitorio principal la solicitud de reincorporación a sus funciones en la Institución Académica a la cual estaba adscrita, donde ha prestado servicios desde el año 1995, hasta el día 22 de noviembre de 2005, momento en que fue excluida de la nómina de personal de dicha unidad educativa en razón de que fueron eliminadas las quince (15) horas académicas que tenía asignada en sus funciones de docente interino.

Al respecto, se observa que en el presente caso, aun cuando la parte actora adujo que la querellante le imputó la comisión de una supuesta falta que dio lugar a su destitución, al analizar las actas procesales que conforma la presente causa así como el contenido del expediente administrativo, no se desprende de ningún instrumento, algún tipo de acto que implique la voluntad de la administración de destituirla, por el contrario lo que conllevo a que la relación de empleo público que las vinculase culminara, se debió a unas vías de hecho a través de las cuales, la querellante fue desincorporada de la nómina de empleados de la Institución a la cual se encontraba adscrita.

En efecto, de los propios dicho de la querellante en su escrito libelar, se observa que fue en el día 22 de noviembre de 2005, cuando la secretaria de la Directora de la Escuela Técnica Policial “Com. Eduardo Meza Isturiz”, le entregó comunicación de fecha 17 de noviembre de 2005, a la aparte accionante donde le indicó que no podía tener acceso a impartir clases a la citada institución educativa, por tanto, no se trató de ningún acto de destitución que obligase a la Administración a la sustanciación de procedimiento alguno, tal y como erradamente lo sostuvo el Tribunal de Primera Instancia en la decisión objeto de la presente consulta de Ley.

En ese sentido, al haberse eliminado las horas académicas de la actividad que tenía asignada la prenombrada ciudadana en la entidad educativa *ut supra*, dicha actuación fue realizada en atención a las potestades atributivas de la directora de precitado plantel educativo, de manera que yerra el Juez de Instancia al considerar que se había

desincorporado a la querellante del cargo que venía ejerciendo sin el correspondiente procedimiento legalmente establecido, cuando en efecto, dada la condición de interina de la accionante, la cual la hace un personal provisorio en dicha institución, no podía someterse a esta última al procedimiento de destitución propio de los docentes titulares tal y como fue señalado en los acápite anteriores, por tanto, a todas luces era improcedente su reincorporación al cargo *ut supra*, así como el pago de sueldos dejados de percibir en los términos señalados por el Iudex a quo, y en consecuencia, la asunción del cargo como interino no la equiparaba a la condición de docentes titulares, para que ello ameritara procedimiento alguno para su desincorporación de la nómina de docentes del ente querellado. Así se establece.

III.- Derechos de los Funcionarios Pùblicos

1.- Derecho a la Remuneración

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia

1º de diciembre 2011

Número 001848

Caso: Luis Manuel Ocanto Prado

Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

En el presente caso, se trataba del pago de un bono por metas alcanzadas, es decir un bono directamente relacionado con la prestación del servicio del trabajador y la productividad de la empresa, caso en el cual, el trabajador tiene derecho a una más alta remuneración, conforme a lo previsto en el artículo 137 de la Ley Orgánica del Trabajo.

El salario por lo tanto, goza de la protección constitucional y en este caso, el órgano jurisdiccional debe preservar al máximo la esencia del derecho fundamental que le recubre y ello se hará ubicando el contexto real en que se da la violación constitucional, tal y como ocurre en el presente caso. (Vid. Del Rosario Rodríguez Marcos,

Aspectos por considerar en la interpretación constitucional de los Derechos Fundamentales. 2010, Anuario de Derecho Procesal Constitucional. Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Bogotá. Pág.405 y sgts). En el caso que se analiza, los bonos por metas alcanzadas, son cancelados por el patrono por el esfuerzo rendido por el trabajador y que redundan en ingresos para el empleador y es motivado a la fuerza de trabajo que se procura la compensación del trabajador. No se trata pues de una dádiva o de un premio. Es el reconocimiento al esfuerzo, individual o colectivo, que realiza el trabajador, siendo por lo tanto justo que dichos pagos formen parte del salario, tal y como lo establece el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Así se observa que el bono ejecutivo por cumplimiento de metas alcanzadas, aunque eran cancelados por la empresa en oportunidades diferentes y no eran reflejados en el recibo mensual de pago del trabajador, sí eran cargados a su cuenta personal, por lo tanto apreciables en dinero en efectivo y era calculado con base en la evaluación de la gestión gerencial del trabajador, para compensar a éste por la eficiencia y la productividad de su trabajo, por su participación en contribuir en alcanzar las metas propuestas por el patrono, razón por la cual está íntimamente relacionado con la prestación del servicio lo que se corresponde con lo establecido en la primera parte del artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo que define el salario, y en consecuencia, la sentencia objeto de revisión si debió considerar que el bono de incentivo por cumplimiento de metas tiene carácter salarial y debió tomarse en cuenta para calcular el salario integral del trabajador.

Sobre este particular, esta Sala se ha pronunciado en reiteradas oportunidades, destacando que a los derechos de estirpe laboral se les ha rodeado de un manto protector aún más impermeable del que disfrutan los derechos derivados de otras relaciones jurídicas. Y ello en razón de la siempre presupuesta plusvalía, indefensión, subordinación, debilidad o presunción de incapacidad en que se ha tenido a la fuerza de trabajo respecto a los que gerencian los demás

factores de producción. (Vid sent. núm. 442 del 23-05-2000; sent. núm. 1.482 del 28-06-2002; sent. núm. 528 del 13-03-2003 y sent. núm. 449 del 09-03-2006).

Se trata pues, que esta crisis de la abarcabilidad de la normativa laboral, su interpretación, no debe serle ajena al juez o jueza laboral y mucho menos al juez o jueza constitucional; más bien, debe la jurisprudencia desmontar las situaciones jurídicas evasivas en fraude a la legislación laboral, asimilar la prevalencia del principio de la realidad sobre las formas y adelantarse incluso a las previsiones del legislador en procura de una protección extensiva que coadyuve a la superación del esquema binario de la regulación del trabajo, para cubrir la prestación de servicios personales asalariados que muchas veces no entran en la dogmática contractual de la legislación laboral y en consecuencia desprotegen al trabajador asalariado y convierten al patrono en un ganador sin límites.

Con el producto del trabajo nos proveemos de alimentación, vestido y disponemos de casi todos los elementos necesarios para la vida material y cultural. El trabajo provee lo necesario para la vida familiar e institucional, en el plano más doméstico y en el más globalizado. Venezuela se constituye hoy en un país que marcha a pasos acelerados hacia profundas transformaciones. El texto constitucional que nos rige, marca el rumbo del nuevo contrato social. Ese cuerpo normativo no puede andar por un lado y la sociedad que se construye por otro. En el marco de las nuevas relaciones de trabajo, esto debe ser comprendido a cabalidad, en la aplicación atinada de los principios de progresividad y tangibilidad de los derechos de las y los trabajadores venezolanos.

Ahora bien, relacionados como han sido los precedentes judiciales similares de la Sala de Casación Social, transcritos *ut supra*, observa esta Sala que el ciudadano Luis Manuel Ocanto Prado tenía la expectativa legítima de que su caso sería resuelto a su favor conforme al criterio reiterado de esta Sala; por lo que al obtener un pronunciamiento diferente al que de manera reiterada la Sala de Casación Social venía sosteniendo, se produjo una violación a los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, al no dársele el mismo

trato, respecto de otros casos análogos. De tal manera que, la sentencia objeto de revisión se apartó de la doctrina pacífica y reiterada de la Sala de Casación Social, referida a que los bonos por metas alcanzadas, sí forman parte del salario, como en el caso sub júdice. Ergo, la inobservancia a la doctrina jurisprudencial reiterada de la misma Sala de Casación Social, sin que se haya advertido un cambio de tal doctrina, pone al descubierto la violación del derecho a la igualdad del ciudadano LUIS MANUEL OCANTO PRADO; ya que, en su caso en particular, la sentencia objeto de revisión incurrió en un error de interpretación que había conducido a la declaratoria de nulidad en casos precedentes, por lo que le otorgó un trato distinto al que venía otorgando en anteriores oportunidades en casos análogos, contrariando con ello, el contenido del artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como la doctrina asentada por esta Sala.

En efecto, el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra el principio de igualdad en los siguientes términos:

“Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas que, en general, tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.
 2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
 3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.
 4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias”.
- Respecto de la interpretación que debe dársele a la norma transcri-

ta, esta Sala ha expresado en reiteradas oportunidades que el derecho a la igualdad implica brindar el mismo trato a todas las personas que se encuentran en idénticas o semejantes condiciones, por lo que aquellos que no se encuentran bajo tales supuestos podrían ser sometidos a un trato distinto, lo que hace posible que haya diferenciaciones legítimas, sin que tal circunstancia signifique alguna discriminación o vulneración del derecho a la igualdad (vid. sSC N° 2490/2007, caso: "Didier Enrique Contreras Camargo").

Este derecho a la igualdad, debe ser garantizado por los jueces y juezas en todo iter procesal, toda vez que el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece la obligación de los funcionarios encargados de impartir justicia, dentro del ámbito de su competencia y conforme a lo previsto en la Carta Magna, de asegurar la integridad del Texto Fundamental.

Por otra parte, observa esta Sala que el solicitante de la revisión denunció, que el fallo impugnado violó el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales y del orden público de la legislación laboral, al señalar "(...) ya que la empresa reconoció que era por laq (sic) prestación de servicio de la agencia en general pero no en la forma individual por el demandante Luis Ocanto y que eso son políticas del banco...el fallo que hoy se solicita su revisión, la Sala de Casación Social bastó esa expresión para así considerarlo y dejar a [su] representado sin el derecho a recibir sus prestaciones sociales con el cálculo de su verdadero salario, ya que no es posible que él pueda renunciar a dicho beneficio, por solo ser políticas del banco, cuando se denota que la intención del patrono era otorgar cantidades de dinero para mejorar la calidad de vida del trabajador".

Ahora bien, en cuanto al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el artículo 89.2 de nuestra Carta Magna, establece que

"Los derechos laborales son irrenunciables. Es nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos. Sólo es posible la transacción y convenimiento al término de la relación laboral, de conformidad con los requisitos que establezca la ley".

En igual sentido, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Trabajo, señala que:

“En ningún caso serán renunciables las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores”.

Dentro de este mismo orden de ideas, esta Sala en sentencia N° 1482/02, (Caso: “José Guillermo Báez”), al analizar el orden público de la legislación laboral, estableció lo siguiente:

“...las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo son de orden público (ex artículo 10) y establecen un conjunto de derechos de los trabajadores que son irrenunciables y que constituyen un cimiento jurídico inexpugnable, pues, por debajo de esos derechos, no es válido ningún acuerdo entre trabajadores y patronos que implique la inderogabilidad de tales preceptos (por ejemplo, el trabajador y el patrono no pueden celebrar un contrato donde estipulen que no habrá derecho a vacaciones, preaviso, antigüedad, etc, ya que, tal disposición sería absolutamente nula). El carácter tuitivo de la ley atiende a la débil naturaleza económica del trabajador; de no ser así, el patrono podría controlarlo fácilmente, mediante la imposición de su voluntad en la constitución de las condiciones de la relación laboral”(Negrillas de la Sala)

De las normas y jurisprudencia parcialmente transcritas concatenadas con la denuncia del solicitante, advierte esta Sala que efectivamente el fallo objeto de revisión igualmente infringió el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales al ignorar el carácter de orden público que ostentan las disposiciones protectoras contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo.

En efecto, constata esta Sala como en la decisión objeto de revisión se estableció contrariamente a lo señalado en las normas transcritas *ut supra*, que, los bonos por metas alcanzadas no son parte integrante de el salario, lo cual contraría la normativa constitucional y legal invocadas en el presente fallo, dictadas precisamente para proteger los derechos constitucionales de trabajadores y trabajadoras y el trabajo como hecho social.

En tal sentido, esta Sala considera importante destacar que los principios que informan el Derecho del Trabajo, entre los que se encuen-

tra el principio de irrenunciabilidad de las normas que beneficien al trabajador, son directrices dirigidas al juez para asegurar la consecución del objeto propio del Derecho del Trabajo y, evitar así que se altere la intención del legislador en perjuicio de los trabajadores, razón por la cual carecen de validez las estipulaciones mediante las cuales el trabajador admite prestar servicio en condiciones menos favorables a las establecidas en la normativa vigente, no entendiéndo, esta Sala por consiguiente, cómo en la decisión objeto de revisión se admitió el supuesto de que el trabajador renunció de forma tácita a sus derechos laborales de orden público y constitucionalmente irrenunciable máxime cuando “[e]s nula toda acción, acuerdo o convenio que implique renuncia o menoscabo de estos derechos”, por mandato constitucional.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, estima esta Sala que el fallo objeto de revisión al sentenciar que los bonos por metas alcanzadas no son parte integrante del salario, lesionó los derechos constitucionales del solicitante, apartándose de la propia jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Social, y desconociendo el criterio vinculante de esta Sala acerca del principio de la confianza legítima y la seguridad jurídica, por lo que se declara ha lugar la solicitud de revisión propuesta, y en consecuencia se anula la sentencia N° 290 del 26 de marzo de 2010, dictada por la Sala de Casación Social de este Máximo Tribunal, y se ordena a dicha Sala dicte nueva decisión sobre el recurso de casación interpuesto tanto por la representación judicial del Banco Occidental de Descuento (BOD) como por el ciudadano Luis Manuel Ocanto Prado contra la sentencia dictada el 2 de julio de 2008, por el Juzgado Superior Primero del Trabajo del Estado Carabobo, con prescindencia de los vicios en los que incurrió en el fallo que aquí se anula. Así se decide.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

9 de diciembre 2011

Número 001502

Caso: Mileidys Torres vs. Gobernación del estado Apure

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Ahora bien, con relación al derecho a percibir un salario, observa este Órgano Jurisdiccional que el artículo 91 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone lo siguiente:

"Artículo 91. Todo trabajador o trabajadora tiene derecho a un salario suficiente que le permita vivir con dignidad y cubrir para sí y su familia las necesidades básicas materiales, sociales e intelectuales. Se garantizará el pago de igual salario por igual trabajo y se fijará la participación que debe corresponder a los trabajadores y trabajadoras en el beneficio de la empresa.

El salario es inembargable y se pagará periódica y oportunamente en moneda de curso legal...".

La norma constitucional transcrita consagra el derecho que tienen los trabajadores y trabajadoras a percibir una remuneración, por los servicios prestados a un patrono o empleador, ya sea en el sector público o privado, erigiéndose como un derecho social de rango constitucional que corresponde sin distingo alguno, el cual es de exigibilidad inmediata.

Igualmente, el artículo 133 de la Ley Orgánica del Trabajo (LOT), define como salario, lo siguiente:

"Artículo 133. Se entiende por salario la remuneración provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda."

De la norma supra citada, se colige que el salario, es una contraprestación del patrono o empleador, valorada en dinero efectivo, hacia el trabajador o trabajadora, por la prestación de sus servicios, en tal sentido, vendría a constituir para estos trabajadores, el fruto o producto de la prestación de esos servicios reiterados y subordinados, el cual les permite cubrir las necesidades básicas de ellos y sus familias.

2.- Derecho a las Vacaciones y al pago del bono salarial

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

26 de septiembre 2011

Número 000961

Caso: Olivia Paraqueimo vs. Alcaldía del municipio Páez del estado Bolivariano de Miranda

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Para decidir, esta Corte observa que el artículo 223 de la Ley Orgánica del Trabajo, establece lo siguiente.

“Artículo 223. Los patronos pagarán al trabajador en la oportunidad de sus vacaciones, además del salario correspondiente, una bonificación especial para su disfrute equivalente a un mínimo de siete (7) días de salario más un (1) día por cada año a partir de la vigencia de esta Ley hasta un total de veintiún (21) días de salario...”.

De la norma transcrita, se desprende que los trabajadores, además de su respectivo salario, tendrán derecho a percibir una bonificación especial para el disfrute de sus vacaciones, por un mínimo de siete (7) días de salario más un año acumulable hasta un máximo de veintiún (21) días de salario.

En cuanto al supuesto específico de la solicitud del pago de vacaciones y del bono vacacional generado en años anteriores, debe realizarse las siguientes consideraciones:

Las vacaciones constituyen un beneficio laboral consistente en el descanso anual obligatorio a que tiene derecho tanto el trabajador y el funcionario público durante la existencia de la relación contractual o funcional. En términos económicos, se tiene que durante el disfrute de las mismas, se seguirá pagando el sueldo correspondiente como si el beneficiario estuviera prestando efectivamente el servicio. Además del monto cancelado por concepto de vacaciones, se tendrá derecho a una Bonificación “... con el fin de incrementar la posibilidad del más intenso disfrute personal y familiar del descanso...” (Alfonzo Guzmán, Rafael.

"Nueva Didáctica del Derecho al Trabajo". Decimotercera Edición. Pág. 267), estando su forma de cálculo regulada en la Ley Orgánica del Trabajo.

Al respecto, es necesario señalar, que la cancelación de los señalados beneficios constituye una obligación a cargo del patrono, quien deberá cancelarlos anualmente. De esta manera, se tiene que la exigibilidad de este tipo de obligaciones periódicas, encontrándose el funcionario o empleado prestando sus servicios, no se agota en un solo período, sino que por el contrario, se prolonga en el tiempo, siendo que cuando el patrono incumpla con el pago de dicha prestación anual, se genera una expectativa de pago en el trabajador o funcionario público durante la relación, sea, laboral o funcionarial. En este mismo sentido, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en Sentencia Nº 2006-01255 de fecha 10 de mayo de 2006, (caso: David Eduardo Pereira vs. Alcalde del Municipio Vargas del estado Vargas), estableció lo siguiente:

"Estima este Tribunal que cuando la Administración incumple con una obligación de pagar periódica y oportunamente algún beneficio laboral, -como en el presente caso, y el recurrente permanezca en servicio, -en principio- no debe computarse el lapso de caducidad desde el momento en que se comenzó a incumplir con tal obligación, pues la omisión de la Administración de pagar dicho beneficio al funcionario no es un hecho perturbador que se agota en un solo momento (en el primer mes incumplido), sino que se prolonga en el tiempo, cuando de manera continua y permanente incumple con las obligaciones de trato sucesivo y cuya consecuencia jurídica sólo se aplica a los casos en los cuales el recurrente permanezca al servicio del organismo o ente recurrido, por lo que no se puede estimar una fecha cierta a efectos de computar la caducidad de la acción. Y así se decide...".

3.- Derecho a la Seguridad Social

**Corte Primera de lo Contencioso Administrativo
6 de diciembre 2011**

Número 001445

Caso: José Luis Durant vs. Instituto Nacional de Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria

Ponente: Enrique Sánchez

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

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

“Artículo 86. Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social. El Estado tiene la obligación de asegurar la efectividad de este derecho, creando un sistema de seguridad social

universal, integral, de financiamiento solidario, unitario, eficiente y participativo, de contribuciones directas o indirectas. La ausencia de capacidad contributiva no será motivo para excluir a las personas de su protección. Los recursos financieros de la seguridad social no podrán ser destinados a otros fines. Las cotizaciones obligatorias que realicen los trabajadores y las trabajadoras para cubrir los servicios médicos y asistenciales y demás beneficios de la seguridad social podrán ser administrados sólo con fines sociales bajo la rectoría del Estado. Los remanentes netos del capital destinado a la salud, la educación y la seguridad social se acumularán a los fines de su distribución y contribución en esos servicios. El sistema de seguridad social será regulado por una ley orgánica especial."

De la norma trascrita, se evidencia que el Legislador ha establecido constitucionalmente el derecho a la seguridad social, como servicio público no lucrativo, mediante un régimen de pensiones y jubilaciones, otorgados a los funcionarios públicos y trabajadores privados, con el propósito de recompensarlos por el servicio prestado y garantizarles un sustento permanente que cubra sus necesidades elementales y básicas en una etapa tan delicada como la vejez, a los fines de mantener una calidad de vida digna y decorosa. En efecto, el derecho constitucional a la seguridad social incluye el derecho a disfrutar de la pensión de jubilación, razón por la cual el objetivo de la jubilación es que su beneficiario quien cesó en la prestación de servicio, mantenga la misma o una mayor calidad de vida de la que tenía, producto de los ingresos que provengan de la pensión de jubilación, con la finalidad de asegurar una vejez consona con los principios de dignidad que recoge el Texto Fundamental en su artículo 80 y el cual reza:

"Artículo 80. El Estado garantizará a los ancianos y ancianas el pleno ejercicio de sus derechos y garantías. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, está obligado a respetar su dignidad humana, su autonomía y les garantizará atención integral y los beneficios de la seguridad social que eleven y aseguren su calidad de vida. Las pensiones y jubilaciones otorgadas mediante el sistema de Seguridad Social no podrán ser inferiores al salario

mínimo urbano. A los ancianos y ancianas se les garantizará el derecho a un trabajo acorde con aquellos y aquellas que manifiesten su deseo y estén en capacidad para ello”.

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

4.- Derecho a la Prestación de Antigüedad

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

20 de octubre 2011

Número 001182

Caso: Alfa González vs. Ministerio del Poder Popular para la Salud

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Ahora bien, de la revisión de las actas del expediente observa esta Corte que riel a folio doscientos diecisiete (217) del expediente, copia certificada de constancia de fecha 15 de junio de 1979, emanada del Concejo Municipal del Distrito Bolívar del estado Táchira, en la cual se señala que la ciudadana Alfa María González de Agelviz desempeñó el cargo de Inspector de Escuelas Municipales “...del 5 de agosto de 1968 al 30 de octubre de 1971...”, lo cual constituye plena prueba del tiempo de servicio prestado en dicha institución; asimismo, se observa que no consta en autos que el órgano recurrido haya incluido en el cómputo de la antigüedad y a los fines de efectuar el pago por concepto de prestaciones sociales, el tiempo de servicio comprendido desde el año 1968 hasta 1971 en el Concejo Municipal del Distrito Bolívar del estado Táchira, por cuanto corre inserta al folio cuarenta y tres (43) del expediente judicial, copia certificada de

la planilla de liquidación de prestaciones sociales de la ciudadana Alfa María González de Agelviz, de la cual se desprende que a la prenombrada ciudadana no le fue reconocido a los efectos del cálculo de las prestaciones sociales, el referido tiempo de servicio. Así las cosas, contrario a lo expuesto por la representación judicial de la parte apelante, observa este Órgano Jurisdiccional que no se evidencia del presente expediente pago alguno por concepto de prestaciones sociales sobre el período reclamado, razón por la cual estima esta Alzada que el órgano recurrido debió dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 51 de la Ley de Carrera Administrativa vigente para la fecha y 33 del Reglamento General eiusdem, que establecen lo siguiente:

“Artículo 51. (...) Cuando ingrese a la carrera quien haya estado con anterioridad al servicio de un organismo público, el tiempo transcurrido en los cargos anteriores, será considerado a los efectos de la antigüedad en el servicio”.

“Artículo 33. El tiempo de servicio a los fines del cálculo y pago de las prestaciones sociales será el que resulte de computar los lapsos de servicios prestados en cualquier organismo público”.

De modo que, las normas transcritas establecen que a los fines de efectuar el cómputo de la antigüedad y de las prestaciones sociales debe incluirse el tiempo de servicio prestado en otros organismos públicos, lo cual conlleva a concluir que habiéndose evidenciado que en la presente causa no se efectuó pago alguno por concepto de prestaciones sociales por el período comprendido desde 1968 hasta 1971, aún cuando del expediente administrativo no se evidencia que el Concejo Municipal del Distrito Bolívar del estado Táchira, haya cancelado dicho período al momento del egreso y tratándose de un derecho protegido por la Constitución, considera esta Corte que lo expuesto por el Juzgado de instancia resulta ajustado a derecho. Así se decide.

5.- Derecho a la Protección a la Maternidad

**Corte Primera de lo Contencioso Administrativo
29 de septiembre 2011**

Número 001012

Caso: Erany Piñate vs. Junta Liquidadora del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines

Ponente: María Eugenia Mata

En tal sentido, esta Corte observa que el Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines (FONDAFA), entró en un proceso de supresión y liquidación, conforme con lo establecido en el Decreto N° 5.837 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines (FONDAFA), publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.859, de fecha 28 de enero de 2008.

Ello así, se observa que el numeral 12 del artículo 5 del referido Decreto, establece:

“Artículo 5. La Junta Liquidadora tendrá las siguientes atribuciones:
(...Omissis...)

12. Realizar los actos que se requieran en materia de personal para la supresión y liquidación del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines, a los fines de proceder progresivamente al retiro de su personal (FONDAFA)”.

De igual manera, se observa que la recurrente fue notificada en fecha 12 de enero de 2009, del acto administrativo contenido en el Punto de cuenta de fecha 5 de enero de 2009, mediante la cual la Junta Liquidadora del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines (FONDAFA), aprobó el retiro de la recurrente, el cual riela en copia simple al folio nueve (9) del presente expediente y cuyo tenor es:

“...PROPUESTA: Se propone a la Junta Liquidadora del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines (FONDAFA), de conformidad con el Artículo 5 numeral 12 y en concordancia con la disposición primera transitoria del Decreto N° 5.837 con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines (FONDAFA), publicado en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de

Venezuela N° 38.859, de fecha 28 de Enero de 2008; se proceda al RETIRO de la ciudadana ERANY NATHALIE PIÑANTE, titular de la cédula de identidad N° V-11.029.375, del cargo de PROFESIONAL II (Abogado III), adscrita a la Gerencia de Crédito de este Instituto, en virtud de la respuesta al oficio N° 326 de fecha 02 de Diciembre de 2008 emitido por esta institución, mediante la cual se solicitó al Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Desarrollo la reubicación de la ciudadana antes identificada. A tal efecto, la Dirección General del Ministerio en cuestión mediante oficio N° DGCYS.370 de fecha 27 de Diciembre de 2008, informó: ‘...que esta Dirección General, mediante circular nro. 189 del 05 de diciembre de 2008 se instruyó realizar los trámites de reubicación los cuales han resultado infructuosos...’. En consecuencia, se procede al Retiro de la ciudadana antes identificada de este Instituto...”.

Así, esta Corte observa que conforme con lo dispuesto en el artículo 5 numeral 12, en concordancia con la disposición Primera Transitoria del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Supresión y Liquidación del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines (FONDAFA), la Junta Liquidadora del referido Fondo, procedió a retirar a la recurrente, una vez realizadas las gestiones reubicatorias a los fines de garantizar su derecho a la estabilidad.

Ahora bien, esta Corte observa que cursa al folio siete (7) del presente expediente judicial copia simple del Acta N° 316, suscrita por el ciudadano Henry Alvarado, actuando en su carácter de Jefe Civil de la Parroquia San Pedro, Municipio Libertador del Distrito Capital, mediante el cual dejó constancia que “...hoy DIECISIETE DE ABRIL DEL DOS MIL OCHO, me ha sido presentada una niña, por HECTOR RAUL (sic) GUERRA MENDEZ, (...) quien manifestó que la niña cuya presentación hace, nació el día: VEINTE DE FEBRERO DEL DOS MIL OCHO, a las Ocho y cuarenta y cinco post-meridiem, (...) y tiene por nombre: ARIADNA SIMONE, que es hija del presentante y de su esposa: ERANY NATHALIE PIÑATE GUERRA...”..

Ello así, esta Corte considera necesario traer a los autos lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone:

“Artículo 76. La maternidad y la paternidad son protegidas integralmente, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre. Las parejas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos o hijas que deseen concebir y a disponer de la información y de los medios que les aseguren el ejercicio de este derecho. El Estado garantizará asistencia y protección integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio, y asegurará servicios de planificación familiar integral basados en valores éticos y científicos...”.

Así, este Órgano Jurisdiccional observa que la figura del f uero maternal implica una obligación de parte del Estado, referente a la protección a la niñez y a la familia, de acuerdo a lo previsto en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la cual se consagra la protección a la maternidad y a la paternidad, garantizando la “...asistencia integral a la maternidad, en general a partir del momento de la concepción, durante el embarazo, el parto y el puerperio...”.

De esta manera, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela instauró un régimen de derecho de familia, el cual comporta una protección y asistencia integral a cada uno de sus integrantes, ubicando a la maternidad en un lugar preponderante, cuya defensa se ha convertido en un objetivo compartido por los Órganos que ejercen el Poder Público y uno de los fines del Estado Social de Derecho y Justicia en el cual se ha erigido la República Bolivariana de Venezuela, tal como se ha señalado anteriormente. En este orden constitucional, puede advertirse que las previsiones establecidas ofrecen la tutela y protección de figuras como los permisos pre y post natales, así como la inamovilidad laboral de un año para la madre a partir del nacimiento del niño o niña. Dichas previsiones no tienen una naturaleza protectora de la trabajadora en sí misma, sino en calidad insustituible de la vida que se desarrolla

dentro de su ser; siendo así la madre, como portadora de esa vida por nacer, a quien corresponde en primera y última instancia la protección que brinda el Estado, en todas las formas posibles desde la perspectiva de una interpretación progresiva de las normas legales que conforman el marco de referencia insustituible.

Ello así, siendo que fue probada mediante el Acta N° 316, suscrita por el ciudadano Henry Alvarado, actuando en su carácter de Jefe Civil de la Parroquia San Pedro, Municipio Libertador del Distrito Capital, que la querellante dio a luz una niña el 20 de febrero de 2008, debe tenerse en cuenta que la protección a la maternidad a la cual se hace alusión, se inicia a partir de dicha fecha, comenzando a transcurrir el lapso de un (1) año de inamovilidad por estar amparada de conformidad con lo establecido en el artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo en concordada con el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este sentido, advierte este Órgano Jurisdiccional que el verbo protección lleva en sí mismo un contenido que, al ser definido, implica tomar la defensa de algo, preservar, resguardar, cuidar los intereses jurídicos de un sujeto de derecho. Siendo ello así, la protección a la maternidad implica el conjunto de medidas que deben ser tomadas por el Estado para el resguardo de la vida del puerperio y por consiguiente el conjunto de posibilidades de resguardo a la cual debe tener derecho la mujer embarazada por ser esta el continente de la vida que se encuentra en gestación.

Siendo ello así, considera este Órgano Jurisdiccional que a los fines de mantener el estado de protección de la querellante en virtud de su situación, más allá del aspecto laboral o en este caso funcionarial, manifestado a través del ejercicio del cargo que desempeñaba, el verdadero sentido de resguardo se encuentra en el mantenimiento del aspecto pecuniario, manifestado a través del derecho a la contraprestación económica de índole laboral, aunado al hecho que para el momento en que esta Corte dicta la presente decisión, las causales de inamovilidad bajo las cuales se encontraba la recurrente amparada, han cesado, por lo que dicho alegato pierde validez como fundamento para exigir una reincorporación,

en consecuencia, correspondería (en principio) el pago de todos los beneficios socioeconómicos dejados de percibir que no requieran de la prestación efectiva de servicio contados a partir desde el momento en que comenzó el estado de inamovilidad laboral de la querellante por razones del puerperio hasta el último día de la misma en esa condición.

En consecuencia, visto que la recurrente en fecha 12 de enero de 2009, fue notificada de su retiro del cargo de Profesional II (Abogado III), esto es, estando dentro del periodo de inamovilidad le corresponde sólo el pago de todos los beneficios socioeconómicos dejados de percibir por la querellante que no requieran de la prestación efectiva de servicio contados a partir del momento en que fue notificada del acto administrativo de retiro hasta el último día de inamovilidad laboral de la recurrente, esto es, desde el 12 de enero de 2009 hasta el 20 de febrero de 2009. Así se decide.

En virtud de las consideraciones realizadas en la presente causa, para este Órgano Jurisdiccional el retiro de la querellante, efectuado en virtud de la liquidación y supresión del Fondo de Desarrollo Agropecuario, Pesquero, Forestal y Afines (FONDAFA), una vez realizadas las gestiones reubicatorias a los fines garantizar su derecho a la estabilidad, no contraría lo preceptuado en el artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; no obstante, resulta necesario para el resguardo del referido derecho constitucional, que la medida estuviese acompañada de todos los beneficios socioeconómicos a los cuales la querellante tendría derecho por el estado de puerperio en el cual se encontraba. Así se decide.

6.- Otros Beneficios Laborales

A.- Prestaciones Sociales

**Corte Primera de lo Contencioso Administrativo
9 de diciembre 2011
Número 001502**

Caso: Mileidys Torres vs. Gobernación del estado Apure

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Declarado lo anterior, se observa que el Juzgado A quo ordenó el pago de los intereses moratorios de los salarios retenidos a la parte actora, ante lo cual, debe señalarse que el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece: "Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el servicio y los amparen en caso de cesantía. El salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata. Toda mora en su pago genera intereses, los cuales constituyen deudas de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal".

De la norma constitucional transcrita, se desprende claramente el reconocimiento del derecho a percibir el salario y las prestaciones sociales como derechos sociales que corresponden a todo trabajador, sin distingo alguno, de forma inmediata, cuya mora en el pago generará intereses.

B.- Intereses moratorios de las Prestaciones Sociales

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

26 de septiembre 2010

Número 000962

Caso: Richard Hernández vs. Gobernación del estado Falcón

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Al respecto, el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, prevé en su encabezamiento y primer aparte, lo siguiente:

"Artículo 108. Después del tercer mes ininterrumpido de servicio, el trabajador tendrá derecho a una prestación de antigüedad equivalente a cinco (5) días de salario por cada mes.

Después del primer año de servicio, o fracción superior a seis (6) meses contados a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, el patrono pagará al trabajador adicionalmente dos (2) días de

salario, por cada año, por concepto de prestación de antigüedad, acumulativos hasta treinta (30) días de salario".

De la norma parcialmente transcrita, se desprende el derecho que tiene el trabajador a percibir una prestación mensual de antigüedad, equivalente a cinco (5) días de salario, después del tercer mes de servicio ininterrumpido, y adicionalmente, dos (2) días de salario mensual acumulativos hasta treinta (30) días por cada año, después del primer año de servicio.

Respecto a la noción de salario, el artículo 133 eiusdem, establece en su encabezamiento lo siguiente:

"Artículo 133. Se entiende por salario la remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio y, entre otros, comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono vacacional, así como recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda." (Negritas de esta Corte).

De la norma parcialmente transcrita, se desprende un concepto amplio de salario, entendido como toda remuneración, provecho o ventaja, cualquiera fuere su denominación o método de cálculo, calculable en efectivo, que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio, quedando comprendidos, entre otros, los conceptos de "participación en los beneficios o utilidades" y "bono vacacional", lo que se corresponde con la denominación de salario integral.

Ello así, cursa al folio quince (15) del expediente judicial, copia de la constancia de trabajo de fecha 5 de febrero de 2009, suscrita por el Comandante General de la Policía de Falcón, en la cual se lee "...que el (la) ciudadano (a): HERNANDEZ TELLERIA RICHARD SIMON (...) presta sus servicios en esta Institución desde el 01-12-98 (...) Devengando un sueldo integral mensual por años de servicios de: 1998 de 181,56; 1999 de 206,00; 2000 de 228,55; 2000-05 (sic) de 271,27; 2001 de 274,26; 2002 de 341,70; 2003 de 424,64; 2004

de 519,79; 2005 de 638,23; 2006 de 803,04; 2007 de 893,64; 2008 de 1.083,00; 2009 de 1.567,00 Bs.”

Del folio doscientos treinta y dos (232) al doscientos treinta y tres (233) del expediente judicial, consta copia certificada de la Planilla de “Estado de Cuenta de Prestaciones de Antigüedad durante el Periodo 01/12/1998 al 31/03/2009” de fecha 7 de mayo de 2005, correspondiente al ciudadano Richard Hernández, en la cual se evidencian los montos reflejados por la Administración a los fines de calcular la prestación de antigüedad e intereses, correspondientes a el sueldo base mensual devengado por el Ciudadano Richard Simón Hernández Tellería.

Asimismo, cursa del folio doscientos treinta (230) al doscientos sesenta y cuatro (264), copias certificadas de los recibos de pago del sueldo quincenal comprendidos desde el 1º de diciembre de 1998 al 15 de marzo de 2009, correspondientes al ciudadano Richard Hernández.

Ahora bien, observa esta Corte de los recibos de pago anexos al expediente, los conceptos incluidos en el sueldo mensual percibido por la parte recurrente los cuales son: “sueldo básico personal fijo, prima por hijo de empleados, bono policial, primas por riesgo de personal”, sueldo mensual que se corresponde con los indicados en la constancia de trabajo antes citada, aplicados por la Administración a los fines de realizar el cálculo de la prestación de antigüedad “... sin considerar las asignaciones vinculadas al servicio como lo son el bono vacacional y la bonificación de fin de año...”, tal como lo estableció el Juzgado A quo en su decisión, razón por la cual considera esta Corte que los cálculos realizados por la Administración por concepto de antigüedad presentan errores, en virtud de lo cual, esta Corte ordena realizar experticia complementaria del fallo de conformidad con lo previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de determinar la diferencia que por dicho concepto debe pagarse a la parte recurrente una vez realizado el descuento de lo que ya recibió. Así se decide.

Asimismo, el Juzgado A quo indicó que “...tal y como quedó demostrado la cantidad depositada por el concepto de antigüedad

fue errada, al haber sido así, los montos por intereses sobre prestaciones sociales depositados, igualmente resultan errados, razón por la que de conformidad con lo establecido en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el salario y las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata, siendo ello así, se ordena que a las cantidades que se generen del informe pericial le sean aplicadas el cálculo de intereses moratorios. Así se decide.”

Al respecto, el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone lo siguiente:

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

De la norma transcrita se desprende que las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata, por lo cual el retardo en el pago de la misma genera intereses moratorios, los cuales constituyen la única indemnización prevista para resarcir al trabajador por la demora en el cumplimiento de su obligación de pagar oportunamente las prestaciones sociales, los cuales deberán computarse desde la fecha del egreso hasta la fecha del pago efectivo de dichas prestaciones.

Al respecto, cursa al folio dieciséis (16) del expediente judicial, original de comprobante de egreso N° 00004532 de fecha 29 de mayo de 2009, emanado de la Gobernación del estado Falcón, suscrito por el ciudadano Richard Hernández, en su condición de beneficiario del cual se lee “Prestaciones Sociales por concepto de pensión por incapacidad a favor de Hernández Richard (...) durante el periodo 01-12-1.998 (sic) hasta el 31-03-2.009 (sic)...”.

Ello así, en virtud de que el ciudadano Richard Hernández egresó de la Comandancia General de la Policía del estado Falcón en fecha 31 de marzo de 2009, y posteriormente en fecha 29 de mayo de

2009, le fueron canceladas sus prestaciones sociales, y dado que no se evidencia del expediente que la Administración haya pagado al referido ciudadano los señalados intereses, esta Corte estima procedente el pago de los mismos con base en las cantidades que se establezcan en la experticia complementaria del fallo, asimismo, resulta ajustado a derecho el pago de los intereses de mora causados de la diferencia de prestaciones sociales que se genere mediante la experticia complementaria del fallo, razón por la cual se ordena que a las cantidades que se generen del informe pericial le sean aplicadas el cálculo de intereses moratorios, tal como lo indicó el Juzgado A quo en el fallo objeto de consulta. En consecuencia, esta Corte CONFIRMA el fallo dictado en fecha 5 de octubre de 2010, por el Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Falcón, conforme a lo dispuesto en el artículo 72 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Reforma Parcial del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Así se decide.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

24 de enero 2012

Número 000006

Caso: María Fernanda Rincón vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura

Ponente: Alexis Crespo Daza

En tal sentido, conviene acotar que este Órgano Jurisdiccional ha establecido a través de su reiterada y pacífica jurisprudencia que “(...) las prestaciones sociales, son un derecho adquirido que corresponde a todo funcionario de forma inmediata a la culminación de la relación de empleo público que existió con la Administración, no debiendo existir impedimento alguno para el cobro de las mismas, ya que éstas, fungen como una suerte de recompensa por los años de servicio prestados a la Administración Pública, lo cual debe ser retribuido mediante una prestación pecuniaria de forma inmediata”. (Vid. Sentencia N° 2008-2161, de fecha 26 de noviembre de 2008, caso: Edgar Castillo Vs. Gobernación del Estado Apure).

En este mismo orden de ideas, se ha establecido igualmente, que en "(...)" reclamaciones como las aquí tratadas, se ha dado una interpretación en sentido lato a la expresión prestaciones sociales, en donde además de la prestación de antigüedad y sus intereses, se ha mencionado (...) todos aquellos conceptos que se le adeuden al funcionario al momento de culminar la relación de empleo público (...)" . (Vid. Sentencia N° 2008-979, de fecha 4 de junio de 2008, caso: Katiuska Yobalina Agüero Vs. Instituto de la Vivienda del Estado Apure (INVAP), dictada por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo).

De tal manera que, siendo este un derecho de carácter irrenunciable y de exigibilidad inmediata conforme a lo preceptuado en el artículo 92 de nuestra Carta Magna, y en el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, todo trabajador tiene derecho al cobro de sus prestaciones sociales, las cuales recompensan la antigüedad en el servicio, siendo de obligatorio cumplimiento, sin poder eximirse de dicha responsabilidad ni las instituciones privadas ni los órganos del Estado.

Siendo ello así, previo el estudio minucioso de las actas que conforman el presente expediente judicial, no evidenció este Órgano Jurisdiccional, que hasta la presente fecha se haya efectuado pago alguno a la recurrente por conceptos de prestaciones sociales, siendo una obligación de la Administración realizar el pago oportuno de las mismas, pues reiteramos, el mismo es un derecho adquirido, y por tanto irrenunciable, razón por cual debe esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, ordenar a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (D.E.M), realice el pago de la prestación de antigüedad, que corresponde a la ciudadana María Fernanda Rincón Quintero, por la prestación de su servicio, durante el período comprendido desde el 1º de febrero de 2003 hasta el 30 de junio de 2010. Así se decide.

Por otra parte, en lo que respecta a los intereses moratorios causados por el retardo en el pago de las prestaciones sociales, esta Corte ha señalado en reiteradas oportunidades que, efectuado el egreso del funcionario de la Administración Pública, procede el pago

inmediato de sus prestaciones sociales, de lo contrario, se comienzan a causar los intereses moratorios consagrados en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que dispone expresamente que:

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

De la norma constitucional citada *ut supra*, dimana de manera precisa que las prestaciones sociales constituyen créditos laborales de exigibilidad inmediata, y que el retardo en su pago genera intereses moratorios los cuales constituyen deudas de valor, de manera que una vez llegado el término de la relación laboral o funcionarial de la cual se trate, nace el derecho del funcionario o trabajador a que se le pague de manera inmediata el monto que le corresponde por concepto de prestaciones sociales generado por el tiempo de servicios.

En este sentido, colige esta Alzada que al ser los intereses moratorios antes referidos un derecho constitucional no disponible, irrenunciable y de orden público, los órganos sentenciadores están llamados a protegerlos, “(...) siendo que con el pago de tales intereses, se pretende paliar, la demora excesiva en que, -en la mayoría de los casos-, incurre la Administración, al hacer efectivo el pago a las prestaciones sociales a los sujetos que de la misma egresan”. (Vid. Sentencia de esta Corte N° 2007-00942, de fecha 30 de mayo de 2007, caso: José Noel Escalona Vs. Ministerio de Educación y Deportes).

De tal manera que, deduce esta Corte que los intereses de mora generados por el retardo en el pago de las prestaciones sociales de la ciudadana María Fernanda Rincón Quintero, deberán realizarse sobre la cantidad que le debe ser pagada a ésta por concepto de prestación de antigüedad, conforme a los resultados que arroje

la experticia complementaria que al efecto se haga y deberán ser calculados desde el 30 de junio de 2010, fecha en la cual cesó la recurrente en la prestación de su servicio, hasta la fecha en la cual la Dirección Ejecutiva de la Magistratura (D.E.M), realice el pago de las prestaciones sociales adeudadas. Así se declara.

C.- Indemnización por antigüedad

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

5 de octubre 2011

Número 001063

Caso: Isaac Guerrero vs. Gobernación del estado Mérida

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

De la revisión del escrito de contestación de la querella, se observa que el Ente querellado no refutó la fecha de ingreso alegada por el recurrente, por lo que, en atención a las actas que rielan en el expediente esta Corte considera como fecha de ingreso el 1 de octubre de 1981 (vid. Folios 61 al 65). Así se decide.

Ello así, se aprecia que la parte actora alegó que la primera diferencia surge con ocasión a la indemnización de antigüedad correspondiente al antiguo régimen, al señalar que la Gobernación incurrió en error por tomar como fecha de inicio el 25 de enero de 1990 “Por tanto, al calcular la indemnización por antigüedad desde el 1-10-1981 al 18-6-1997, tenemos que el monto correspondiente asciende a cuatro millones once mil ochocientos veintitrés bolívares con noventa y cinco céntimos (Bs. 4.011.823,95), por lo que la diferencia es de dos millones ciento treinta y nueve mil seiscientos treinta y nueve bolívares con cuarenta y cuatro céntimos (Bs. 2.139.639,44)”.

Por su parte, el ente querellado rechazó, negó y contradijo que le adeude al recurrente la cantidad de dos mil ciento treinta y nueve bolívares con sesenta y tres céntimos (Bs. 2.139,63), por concepto de diferencia de antigüedad del viejo régimen. Asimismo, señaló que de acuerdo a lo establecido en el artículo 666 de la Ley Orgánica del Trabajo, le corresponde al querellante la cantidad de tres mil cuatrocientos setenta y seis bolívares con ochenta y cinco céntimos

(Bs. 3.476,85), sin embargo, le pagó la cantidad de mil ochocientos setenta y dos bolívares con dieciocho céntimos (Bs. 1.872,18), por lo que, le adeuda una diferencia de mil seiscientos cuatro bolívares con sesenta y siete céntimo (Bs. 1.604,67). Así decide.

En ese sentido, resulta preciso citar el artículo 666, literal a, de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual prevé lo siguiente:

"Artículo 666. Los trabajadores sometidos a esta Ley, así como los funcionarios o empleados públicos nacionales, estadales y municipales, con ocasión de su entrada en vigencia, tendrán derecho a percibir:

- a) La indemnización de antigüedad prevista en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo promulgada el 27 de noviembre de 1990 y que esta Ley reforma, calculada con base al salario normal del mes anterior a la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, la cual en ningún caso será inferior a quince mil bolívares (Bs. 15.000,00).
- b) La antigüedad a considerar a estos fines será la transcurrida hasta la fecha de entrada en vigencia de esta Ley".

De la norma citada, se desprende que los trabajadores, así como los funcionarios y empleados de la Administración Pública, tienen derecho a percibir el pago de la indemnización de antigüedad, calculada con base en el salario normal percibido en el mes anterior a la entrada en vigencia de la Ley (19 de julio de 1997), considerando la antigüedad acumulada hasta esa fecha.

D.- Derecho al cobro de bonos

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

18 de abril 2012

Número 000677

Caso: Yraima Capote de Bravo vs. Ministerio del Poder Popular para la Defensa

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Con relación al principio de igualdad, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1457 de fecha 27 de julio de 2007, señaló que:

"[...] la igualdad se presenta como una de las decisiones políticas fundamentales del estado de derecho, del cual constituye un presupuesto cardinal y básico. Es decir, es una regla primaria de los sistemas jurídicos que se considera a su vez, un aspecto de libertad, pues si todos los hombres son plenamente libres, son por ello mismo iguales.

En consonancia con lo expuesto, nuestro Texto Fundamental reconoce en el artículo 21 el principio de igualdad, como un 'elemento rector de todo el ordenamiento jurídico', es decir, como "un valor inserto en nuestro Ordenamiento, que se traduce en un principio general, el cual a su vez se concreta como derecho subjetivo que afecta a todos los derechos constitucionales, y como obligación de los poderes públicos de hacerla real allí donde no surja de forma espontánea:

De este modo, nuestro sistema se adhiere por convicción y por tradición a la concepción post-revolucionaria de finales del siglo XVIII, de acuerdo a la cual el principio de igualdad, es uno de los valores sustanciales del estado de derecho, que dado su carácter metajurídico, preexiste al ordenamiento sirviéndole de sustrato esencial al Estado y del mismo modo, fungiendo de límite al Poder Público.

Con ello, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se alinea con la filosofía igualitarista de la Revolución francesa, reconociendo expresamente a la igualdad como una de las bases del sistema político instaurado, sobre el cual surge un deber de protección que trasciende la noción retórica, para asumirlo como una técnica jurídica operante, que tiende a equilibrar las situaciones jurídicas de los particulares de una manera no sólo declarativa, sino también real y verdadera.

Con ello, es uno de los fines del Estado, que consiste en el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluya a uno de lo que se concede a otro en iguales circunstancias, lo cual implica, que ante diferencias fácticas, la Ley no puede establecer disposiciones uniformes [...]".

En este contexto, se infiere que es un derecho prototípicamente relacional, por cuanto antes de concebirlo de manera autónoma,

se observa conjuntamente con otro derecho o en una determinada situación material, es decir, no se viola la igualdad en abstracto, sino en relación con – esto es en la regulación, ejecución o aplicación, ejercicio, etc.

En efecto, el derecho a la igualdad no es propiamente hablando un derecho autónomo de los otros derechos, puesto que difícilmente puede materializarse en abstracto, es decir, que aparece adminiculado con otros derechos, concretándose siempre en una situación material determinada.

Este derecho, ha ido superando cada vez más el concepto formal de igualdad ante la Ley y adentrándose en el de igualdad material, esto es, igualdad dentro de la Ley o en la Ley. En cierta forma, ello ha supuesto la ruptura, al menos parcial, de los caracteres de universalidad, generalidad, abstracción y duración de la Ley, al admitirse las Leyes singulares o sectoriales –con destinatarios individuales o grupales concretos, las leyes temporales –cuya validez se persigue sólo durante una época concreta- y las leyes diferenciadoras, que, aún siendo generales o duraderas, otorgan distintos tratamientos en función de sus características. Así, la mencionada Sala Constitucional en sentencia Número 1.197 de fecha 17 de octubre de 2000, precisó que "...no todo trato desigual es discriminatorio pues, sólo lo será el que no esté basado en causas objetivas y razonables, pero en la aplicación de la Ley puede existir diferencias de trato cuando las mismas no sean arbitrarias...", esto es, cuando están justificadas por la situación real de los individuos o grupos. Es por ello, que el derecho a la igualdad sólo se vulnera cuando se trata desigualmente a los iguales, en consecuencia lo constitucionalmente prohibido es el trato desigual frente a situaciones idénticas.

En el caso de marras, observa esta Corte que el Iudex restó aplicación a las Convenciones Colectivas en referencia, por cuanto las mismas fueron suscritas por el Ministerio de Educación y Deporte y la Federación de Sindicatos de Profesores de los Institutos y Colegios Universitarios (FAPICUV), no encontrándose obligada a ella, el Ministerio de la Defensa en representación de la Academia Militar de Venezuela.

Dentro de este marco de ideas, considera esta Corte importante señalar lo establecido en los artículos 62 y 64 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales (publicada Gaceta Oficial N° 4.884 Extraordinaria de fecha 18 de enero de 1995) aplicable ratione temporis al caso de marras las cuales señalan lo siguiente:

"Artículo 62. El Ministro de la Defensa, en ejecución de las órdenes del Presidente de la República, será la más alta autoridad en todas las cuestiones de mando, gobierno, organización, instrucción y administración de las Fuerzas Armadas Nacionales.

[...Omissis...]

Artículo 64. Correspondrá al Ministro de la Defensa, además de las atribuciones que le confiere la Ley Orgánica de la Administración Central a todos los Ministros, las específicamente conferidas por ella al Ministerio de la Defensa, y específicamente las siguientes:

[...Omissis...]

h) Planificar y desarrollar el sistema educativo de la Fuerzas Armadas Nacionales;".

De los artículos anteriormente transcritos, se evidencia que el Ministerio de la Defensa (hoy en día Ministerio del Poder Popular para la Defensa) es la autoridad encargada de las cuestiones sobre instrucción y administración de las Fuerzas Armadas Nacionales (hoy día Fuerza Armada Nacional) correspondiéndole a su vez la planificación y el desarrollo del subsistema educativo de las Fuerzas Armadas.

Una vez señalado lo anterior, se debe concatenar lo expresado con los artículos 385 y 386 ejusdem los cuales disponen lo siguiente:

Artículo 385. El Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio de la Defensa, dirigirá, coordinará y mantendrá un Sistema de Educación para las Fuerzas Armadas Nacionales, el cual será conducido desde el más alto nivel ministerial y tendrá por objeto lograr la educación integral del militar para los fines específicos de la Institución.

Artículo 386. El Ministerio de la Defensa, a través del organismo creado para estos fines, establecerá la política educativa necesaria para el correcto funcionamiento del sistema. Tal política se expresará mediante manuales directivas y órdenes pertinentes.

De los artículos antes transcritos, se evidencia que el Ministerio de la Defensa igualmente es el órgano encargado a su vez de dirigir y coordinar el Sistema de Educación para las Fuerzas Armadas Nacionales (hoy Fuerza Armada Nacional), a la vez que establece las políticas educativas necesarias para su correcto funcionamiento. Es importante resaltar que la Academia Militar de Venezuela, es un Instituto Universitario por decisión presidencial tomada según Decreto N° 1.685 de fecha 7 de marzo de 1974, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 30.348, de fecha 9 de marzo de 1974, no obstante, se advierte que el régimen administrativo y docente y demás condiciones de su funcionamiento se rigen por las normas y reglamentos que al efecto dicten los Ministerios de la Defensa y Educación (Art. 2 del Decreto supra) y así es reconocido en el artículo 37 de la Ley Orgánica de Educación, cuyo contenido reza:

“Artículo 37. La Educación Militar se rige por las disposiciones de leyes especiales, sin perjuicio del cumplimiento de los preceptos que de la presente le sean aplicables”

De allí que el Ministerio de la Defensa, haya procedido a dictar el Reglamento Educativo Militar (publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 37.519 de fecha 03 de septiembre del 2002), en cuyos artículos 81, dispone lo siguiente:

“Artículo 81. El docente civil que se desempeñe en el Subsistema de Educación Militar, será considerado como funcionario público de conformidad a lo establecido en la Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional. El Ministerio de la Defensa establece por Directiva, las normas para la administración del personal civil docente al servicio de la Fuerza Armada Nacional y el escalafón correspondiente a cada nivel educativo”.

Ahora bien en el caso de marras, observa esta Corte que las Convenciones Colectivas sobre las cuales se ampara la parte querellante, no fueron suscritas por el Ministerio del Poder Popular para la Defensa y tampoco se evidencia que éste se haya adherido al convenio o que tal consenso haya sido declarado de extensión obligatoria por parte del Ejecutivo Nacional.

De lo anterior, hay que tener en cuenta que cada organismo, cuenta con un presupuesto distinto, donde las condiciones y beneficios laborales son diferentes de acuerdo a sus metas y necesidades.

No obstante, debe esclarecerse el alegato expuesto por la parte apelante en cuanto a que el Ministerio de Educación no tiene personalidad jurídica, ya que actúa como órgano de la República, quien en definitiva es la que representa tanto al Ministerio de Educación como al de Defensa, y es quien eroga el pago del bono recreacional al que se pretende.

En ese sentido, debe indicarse que el Ministerio del Poder Popular para la Defensa y el Ministerio del Poder Popular para la Educación Superior, tienen presupuestos disímiles de acuerdo a sus propósitos y requerimientos, los cuales son tramitados conforme a las directrices establecidas en la Ley Orgánica del Régimen Presupuestario (publicada en Gaceta Oficial N° 4.718 Extraordinaria de fecha 26 de abril de 1994), aplicable ratione temporis a la presente causa, en razón de lo cual al estar la convención colectiva refrendada por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Educación, es necesario que exista una adhesión a la misma por parte del Ministerio del Poder Popular para la Defensa o en su defecto haya sido declarada por el Ejecutivo Nacional de extensión obligatoria, ya que las convenciones colectivas, en principio, sólo obligan a las partes contratantes y envuelven erogaciones que afectan el ejercicio presupuestario del organismo que la suscribió.

En el presente caso, se evidencia que la convención colectiva involucraba el presupuesto del Ministerio del Poder Popular para la Educación, y en ninguna de sus cláusulas se hace especial mención sobre los docentes del Instituto Universitario Militar, como es el caso de la Academia Militar de Venezuela, dependiente presupuestariamente del Ministerio del Poder Popular para la Defensa; tampoco se evidencia alguna adhesión por parte del organismo ni una declaración de extensión obligatoria por parte del Ejecutivo Nacional, tal como queda referido en el Capítulo V, intitulado "De la Reunión Normativa Laboral y de la Extensión Obligatoria de las Convenciones Colectivas", Sección Primera

y Segunda denominada “De la Reunión Normativa Laboral” y “De la Extensión Obligatoria de las Convenciones Colectivas”, respectivamente, cuyos artículos 539, 541 y 553 relevantes para el caso en concreto se citan a continuación:

“Artículo 539. Uno o varios sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales de trabajadores, o uno o varios patronos, que no hubieren sido convocados a una Reunión Normativa Laboral podrán adherirse a ella siempre que así lo manifiesten mediante escrito dirigido al funcionario que presida la Reunión [...]”
[...Omissis...]

Artículo 541. Los adherentes a una Reunión Normativa Laboral quedan sujetos a las mismas obligaciones y derechos que corresponden a los que hayan sido legalmente convocados

[...Omissis...]

Artículo 553. La convención colectiva suscrita en una Reunión Normativa Laboral o el laudo arbitral podrán ser declarados por el Ejecutivo Nacional de extensión obligatoria para los demás patronos y trabajadores de la misma rama de actividad, de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes, a solicitud de la propia Reunión Normativa o de cualquiera de los sindicatos, Federaciones o Confederaciones de sindicatos de trabajadores o de cualquier patrono o sindicato de patronos que sean parte en la convención colectiva o laudo arbitral”.

Al engranar todo lo anterior al caso bajo estudio, en especial para resolver lo atinente a la presunta discriminación, considera esta Alzada que existe un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran en una posición en parte similar y en parte diversa, ya que efectivamente los docentes de los Institutos y Colegios Universitarios, tienen si se quiere equiparar, la misma condición o categoría que los docentes del Instituto Universitario Militar, empero las diferencias son más relevantes que las similitudes, pues como bien se mencionara, la Academia Militar de Venezuela es un Instituto Universitario que se rige por sus leyes especiales (normas especiales que regula el funcionamiento de un determinado sector), tal como lo establece la propia Ley Orgánica de Educación, encontrándose

aquí, el punto que justifica el trato diferente entre ambas categorías de docentes. Por tanto, no debe considerarse como discriminatorio el trato desigual, ya que tal como lo sostiene la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, sólo podrá considerarse infringido tal garantía cuando el trato desigual no esté basado en causas objetivas y razonables, siendo que en el caso bajo estudio, existen causas objetivas (ley) y razonables (presupuesto) que permiten concebir las diferencias de trato. En consecuencia al verificarse que el juez a quo no se apartó de esta perspectiva, considera forzoso esta Corte desestimar del proceso la presunta discriminación. Aunado a lo anterior, es necesario agregar que corre inserta en el expediente administrativo (Vid. Folios 42 y 41 de la primera pieza del Expediente Administrativo) la Resolución N° DG-13588 de fecha 8 de octubre de 2001 emanada de la Dirección General del Ministerio de la Defensa mediante la cual se rectifica la Resolución N° DG-14094 de fecha 9 de octubre de 1998 donde se le concede la jubilación a la ciudadana Yrama Capote Díaz de Bravo, por cuanto en dicha resolución se incurrió en un error material en cuanto al porcentaje y monto de la jubilación, ordenando el reemplazo de los años de servicio el porcentaje y monto de la jubilación y la inclusión de la V Convención Colectiva de Condiciones de Trabajo FAPICUV-ME 94-95.

Ahora bien, es preciso indicar que dicho acto se encuentra circunscrito al otorgamiento de la pensión de jubilación a la ciudadana Yrama Capote, siendo facultativo del patrono, en este caso el Ministerio de la Defensa, fijar de la manera en lo que considere oportuno los montos y el fundamento legal del acto, por lo que la inclusión dentro de los fundamentos del acto de la V Convención Colectiva de Condiciones de Trabajo FAPICUV-ME 94-95 consiste en una liberalidad del patrono sólo en lo que respecta al otorgamiento de la jubilación.

Dentro de este marco de ideas, mal podría acordarse el pago del bono vacacional (denominado posteriormente recreacional) establecido en dicha Convención siendo que, tal y como fue señalado en los acápite anteriores el Ministerio de la Defensa no

fue parte contratante del mismo, sino que el ámbito de aplicación de dicha convención recae sobre los Institutos y Colegios Universitario dependientes del Ministerio de Educación Cultura y Deportes (hoy Ministerio del Poder Popular para la Educación) y aunado el hecho de que el subsistema educación de la fuerza armada se encuentra sujeto al Ministerio tal como lo señala el artículo 95 del Reglamento Educativo Militar “el Ministerio de la Defensa es el órgano competente del Ejecutivo Nacional para todo lo referido al Subsistema de Educación para la Fuerza Armada Nacional”; por lo que la mal podría condenarse al Ministerio de la Defensa el pago de un bono establecido en una convención a la que no se encuentra adherido.

FIRMA

DNI

IV.- El personal Contratado por la Administración Pública

1.- Prohibición de Ingreso a la Función Pública

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

26 de septiembre 2011

Número 000966

Caso: Cosme Montilla vs. Dirección General Estadal Miranda, órgano desconcentrado del Ministerio del Poder Popular para la Cultura

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Ahora bien, resulta preciso transcribir el acto administrativo impugnado dictado por la Dirección General Estadal Miranda, órgano desconcentrado del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, de fecha 19 de diciembre de 2008, en el cual se indicó lo siguiente : “...Me dirijo a usted en la ocasión de notificarle que el Gabinete Estadal Cultural de Miranda del Ministerio del Poder Popular para la Cultura (MPPPC), ha decidido dar por terminada su relación laboral con el mismo a partir del 01 de Enero de 2009...” Ello así, se observa de lo transcrito que el acto administrativo impugnado dictado por la Dirección General Estadal Miranda,

órgano desconcentrado del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, de fecha 19 de diciembre de 2008, no señaló los fundamentos de hecho y de derecho en los que se basó para dar por terminada la relación laboral que tenía con el ciudadano Cosme Santiago De Santiago Montilla, debido a la condición de contratado del referido ciudadano; sin embargo, resulta oportuno para esta Corte señalar que el ingreso a la Administración Pública se hace previo resultado de haberse realizado concurso público previsto en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece que:

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 las 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 o retiro será de acuerdo con su desempeño". De la norma anteriormente transcrita se desprende que efectivamente el ingreso a la Administración Pública a los cargos de carrera será exclusivamente por concurso público, esto a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por lo tanto, el ciudadano Cosme De Santiago Santiago Montilla, al no ingresar a la Administración a través de concurso público no puede ser considerado funcionario público de carrera por lo que la motivación del acto impugnado a la Administración Pública, deviene de la misma falta de concurso, conforme a lo establecido en el precitado artículo 146 Constitucional.

Ahora bien de la revisión de las actas procesales, es preciso señalar que riel a folio veintisiete (27) del expediente administrativo, copia certificada del oficio N° CJ/251/04/2009 de fecha 23 de abril de 2009, emanado del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, suscrito por el ciudadano Guillermo González Gutiérrez, quien

ostentaba el cargo de Director General de Consultoría Jurídica del mencionado Ministerio, en el cual señaló que el ciudadano Cosme Santiago De Santiago Montilla fue debidamente retirado del extinto Consejo Nacional de la Cultura, en virtud del proceso de Supresión y Liquidación del que fue objeto dicho Instituto.

Asimismo, se observa que riel a folio uno (1) del expediente administrativo copia certificada del Memorando N° DG-0584 de fecha 22 de julio de 2008, suscrito por el Director de Gabinete Michel Bonnefoy, dirigido a la Directora de Recursos Humanos, mediante el cual se indicó lo siguiente: "Asunto Contratación de personal (...) Ante usted remito los nombres y currículum para la contratación de las personas que ejercerán funciones al Gabinete Cultural del Distrito Capital y Miranda durante el año 2008, los mismos fueron nombrados en Gabinetes Estadal, a partir de 01/08/2008. Especialista Cultural: Cosme de Santiago (...) Los Mismos están cumpliendo actualmente con funciones de Operadores Culturales...".

Igualmente, se observa que riel a folio catorce (14) del expediente administrativo, copia certificada del oficio N° 21-03 GCM 2009 de fecha 10 de marzo de 2009, suscrito por el ciudadano Jorge Rodríguez Carapaica, quien ostentaba el cargo de Director General Gabinete Estadal Caracas-Miranda, dirigido a la Licenciada Alberta López, Directora de Gabinete Estadales Ministerio del Poder Popular para la Cultura, en el cual se indicó lo siguiente "...Por medio de la presente hacemos entrega del listado del personal que está próximo a culminar el contrato laboral vigente hasta el día 31 de marzo de 2.009, los compañeros que se mencionan a continuación fueron evaluados al igual que el resto del equipo de Operadores de las parroquias y Municipios del Estado Miranda en conformidad a los lineamientos emanados de la Dirección de Gabinetes Estadales, dando como resultado de las diversas asambleas de trabajadores y comunidad llevadas a cabo en las diferentes parroquias y Municipios, la solicitud de desincorporación inmediata del equipo que opera en las mismas y por ende de las labores que venían realizando para esta Dirección, de cuatro operadores: 2 Municipio Sucre, 1 Eje Plaza-Zamora y 1 Eje Barlovento, por tanto solicitamos

no le sea renovado el contrato laboral (...) Cosme De Santiago (...) Coordinador Municipio Sucre (...) Desincorporación..." (Negrillas y Subrayado de esta Corte).

De lo transscrito, se evidencia la relación contractual que mantenía el ciudadano Cosme De Santiago Santiago Montilla, con la Dirección General Estadal Miranda, órgano desconcentrado del Ministerio del Poder Popular para la Cultura, por lo que es preciso indicar que se incluyó en la Ley del Estatuto de la Función Pública, un Título completo relativo al régimen aplicable al personal que ingresa a la Administración Pública bajo la modalidad del contrato; señalándose en dicho título lo siguiente:

"Artículo 37.- Sólo podrá procederse por la vía del contrato en aquellos casos en que se requiera personal altamente calificado para realizar tareas específicas y por tiempo determinado. Se prohibirá la contratación de personal para realizar funciones correspondientes a los cargos previstos en la presente Ley.

Artículo 38.-El régimen aplicable al personal contratado será aquél previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral.

Artículo 39.-En ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública".

De la primera de las normas transcritas se desprende que el legislador permite a la Administración Pública utilizar la figura del contrato, sólo cuando se requiera de personal calificado para la realización de asignaciones específicas y por un período determinado, es decir, hasta que la Administración considere que dichas asignaciones extraordinarias hayan sido resueltas o satisfechas.

Asimismo, el artículo 38 eiusdem, señala que el régimen aplicable al personal contratado será aquel previsto en el respectivo contrato y en la legislación laboral, por lo que esta categoría de personal no goza de los derechos propios de los funcionarios públicos de carrera, tales como la estabilidad en el desempeño del cargo, pudiendo dar por terminado el contrato a su vencimiento, o por las causales contempladas en la referida Ley.

De igual modo, el citado artículo 39 -en desarrollo de los principios constitucionales relativos a la función pública- prevé que "...en

ningún caso el contrato podrá constituirse en una vía de ingreso a la Administración Pública...”, lo que delimita el modo de ingreso a la carrera administrativa, con exclusión expresa del contrato.

Se infiere entonces que por mandato legal, la estabilidad es un derecho exclusivo e inherente de los funcionarios públicos de carrera y no de otra categoría de funcionarios, y mucho menos del personal (sea profesional o no) contratado por la Administración Pública.

En consecuencia, evidencia esta Corte que el ciudadano Cosme Santiago De Santiago Montilla, prestó servicios ante el Ministerio del Poder Popular para la Cultura, bajo la figura del contrato a tiempo determinado tal y como quedó señalado en el oficio N° 21-03 GCM 2009 de fecha 10 de marzo de 2009, razón por la cual el actor no gozaba de estabilidad laboral, por lo tanto correspondía a la Administración Pública notificarle la terminación de su relación laboral, tal y como lo hizo mediante el acto impugnado de fecha 19 de diciembre de 2008.

V.- El Sistema de Administración de Personal

1.- El Concurso Público

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

17 de octubre 2011

Número 001477

Caso: Liana del Carmen Ordaz vs. Gobernación del estado Monagas

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Ahora bien, no siendo un hecho controvertido por las partes, el ingreso de la querellante en el mes de febrero del año 1987, resulta conveniente para esta Corte resaltar que la Constitución de la República de Venezuela de 1961 disponía que la ley era la encargada de establecer la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios.

Así, la entonces Ley de Carrera Administrativa en su artículo 35 señalaba lo siguiente:

“Artículo 35.- La selección para el ingreso a la carrera administrativa se efectuará mediante concurso a los cuales se dará la mayor publicidad posible. Tales concursos estarán abiertos a toda persona que reúna los requisitos previstos en el artículo anterior y los que se establezcan en las especificaciones del cargo correspondiente, sin discriminaciones de ninguna índole. La referida selección se efectuará mediante la evaluación de los aspectos que se relacionen directamente con el correspondiente desempeño de los cargos”. Claramente se desprende de la anterior disposición que la regla en la administración era la carrera siendo que tal condición se adquiría (bajo la vigencia de la Carta Magna de 1961) previa aprobación de concurso público.

Ello así, es menester para esta Corte traer a colación lo dispuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N°. 1727 de fecha 10 de diciembre de 2009 caso: Mildred Scarlet Esparragoza Rivero, relativa a aquellos funcionarios que ingresaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, sin haber participado en el concurso de oposición estipulado en el artículo 146 de la aludida norma, la precitada Sala estableció lo siguiente:

“Conforme con lo expuesto, esta Sala observa que la sentencia objeto de revisión es cónsona con los criterios jurisprudenciales de esta Sala, reiterados por lo demás, en cuanto a que el ingreso a la Administración Pública para los funcionarios de carrera, debe hacerse mediante la realización de concurso público de oposición. Así, en sentencia N° 660 del 30 de marzo de 2006, la Sala estableció lo siguiente:

(...)

En primer lugar, se aprecia que el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 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.

(...)

En tal sentido, se aprecia que la normativa constitucional zanjó un problema existente bajo el imperio de las derogadas Ley de Carrera Administrativa y la Constitución de 1961, cuando se preveía por ejemplo el ingreso de los contratados como una forma irregular de acceder a la carrera cuando el contratado ejercía el cargo mas allá del período de prueba sin haber sido evaluado, ya que al ejercer el contratado un cargo de los regulados por la ley, en las mismas condiciones que los funcionarios regulares, existía una simulación de tal contrato, concurriendo una propia y real relación de empleo público, sometida a la legislación funcional. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 949 del 21 de mayo de 2004).

De la sentencia parcialmente transcrita aprecia este Tribunal Colegiado, que los funcionarios que hubieren ingresado antes de la entrada en vigencia de la constitución de 1999 - aplicable al caso de marras-, y que hayan sido contratados o ingresados a la Administración Pública, sin previa aprobación de concurso público, y habiendo pasado el periodo de prueba sin haber sido evaluada su condición de funcionario en el ejercicio de un cargo de naturaleza pública, en las mismas condiciones de los funcionarios regulados por la ley, es decir, aquellos que ingresaron por concurso de oposición, llámese de funcionario de carrera, existía una simulación de relación de empleado público sometido a la normativa funcional.

Ahora bien, determinado como ha sido que la recurrente ingresó a la Administración Pública Estadal, en el año 1987, prestando sus servicios en calidad de Jefe de Almacén hasta el año 2005, momento en el cual fue notificada de su retiro, por haber sido afectada por una supuesta Reestructuración Administrativa en dicha Gobernación Estadal (Vid. Folio dos (2) del expediente judicial), aprecia esta Corte tal como se ha dejado establecido en pacifica y reiterada jurisprudencia, que desde la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999, se 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 servicios de carácter permanente.

Al respecto, es conveniente precisar que: i) El nombramiento establecido en la 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 ejusdem, era necesariamente el resultado de un procedimiento llamado concurso.

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 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 establezca el Reglamento General de dicha Ley.

ii) 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.

iii) Prestar servicios de carácter permanente, es decir, que tal servicio fuera prestado de forma continua, constante e ininterrumpidamente;

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

En tal sentido, resulta conveniente señalar lo referido en sentencia de fecha 14 de noviembre de 2007, emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, (caso: ciudadano Germán José Mundaraín Hernández, actuando en su condición de Defensor del Pueblo de la República Bolivariana de Venezuela), relativa a aquellos funcionarios que ingresaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela del año 1999, sin haber participado en el concurso de oposición estipulado en el artículo 145, de la norma *in commento*, la Referida Sala estableció lo siguiente:

En primer lugar, se aprecia que el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 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.

(...)

En atención a ello, se aprecia que el constituyente consagró en el referente artículo una regla que establece una directriz para los órganos de la Administración Pública, concebida en que sólo puede ser funcionario de carrera quien previamente haya sido sometido a un concurso público, por lo tanto, la misma se consagra como una regla de aplicación inmediata en el tiempo.

En consecuencia, se aprecia que a partir de la publicación del Texto Constitucional en la Gaceta Oficial, todo ciudadano para ostentar la condición de funcionario de carrera debía someterse a un concurso público ordenado por la Administración Pública, previo cumplimiento de los requisitos indispensables y especiales para el ejercicio del cargo solicitado.

Así pues, tal como se estableció en el fallo N° 660/2006 dictado por esta Sala “(...) la normativa constitucional zanjó un problema existente bajo el imperio de las derogadas Ley de Carrera Administrativa y la Constitución de 1961”, en virtud que bajo el

régimen normativo anterior los tribunales competentes en materia funcionarial -extinto Tribunal de la Carrera Administrativa y Corte Primera de lo Contencioso Administrativo-, establecieron formas irregulares del ingreso a la carrera administrativa de los funcionarios públicos al servicio de la Administración (Cfr. Funcionarios de hecho, funcionarios contratados), los cuales se les asimilaba y se le otorgaba la condición de funcionarios de carrera.

Tal situación, lejos de favorecer un régimen de seguridad jurídica y protección del derecho al trabajo establecido en el Texto Constitucional, ya que es la protección del género la que afecta al funcionario y la especialidad contemplada en el régimen de funcionamiento de la administración pública-funcionario público (ex artículo 3 de la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública), generaba una incipiente inseguridad jurídica, ya que el funcionario se encontraba al acecho de actuaciones arbitrarias de la Administración.

(...)

Sin embargo a pesar de haber consagrado el artículo 35 de la derogada Ley de Carrera Administrativa, la forma de ingreso a la carrera administrativa mediante la realización del concurso público, se debe destacar que el artículo 140 del Reglamento de dicha ley consagró una excepción, la cual establecía "La no realización del examen previsto en Parágrafo Segundo del Artículo 36 de la Ley de Carrera Administrativa, imputable a la Administración, confirma el nombramiento cuando haya transcurrido un lapso de seis meses".

A su vez el artículo 36 de la derogada Ley de Carrera Administrativa, establecía que cuando formulada la solicitud por parte del órgano administrativo y no existieren candidatos elegibles, se podría nombrar a una persona que no estuviera inscrita en el registro, establecido en el encabezado del referido artículo, sin embargo, la misma debía ser ratificada en un plazo no mayor a seis meses, previa aprobación de un examen, el cual debía ser efectuado por el órgano administrativo.

En este sentido, se desprende que la situación planteada en poco se distancia del régimen establecido en la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela, salvo que el Constituyente vista las irregularidades y arbitrariedades que tenían lugar dentro de la Administración, en virtud de la mencionada excepción, estableció con rango constitucional que la única forma de ingreso a la carrera administrativa, es mediante concurso público (Vid. Artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

En consecuencia, aprecia esta Sala que en virtud de los considerandos expuestos, deben los órganos jurisdiccionales al momento de decidir las querellas funcionariales, atender al momento y la forma de ingreso a la Administración Pública, en virtud que si el ingreso fue realizado con anterioridad a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el querellante poseía la cualidad de funcionario de carrera debe el órgano administrativo previo al dictamen de los actos de remoción o retiro atender a tal condición y, en consecuencia, proceder a efectuar las gestiones reubicatorias. En atención a lo dispuesto, debe aclararse que a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -30 de diciembre de 1999-, la única forma de ingreso a la carrera administrativa será, exclusivamente, si el funcionario ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes respectivas. (Vgr. Artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública).

En conclusión esta Sala advierte que: i) debe la Administración, de conformidad con lo establecido en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, llamar a concurso público los cargos de funcionarios que sean de carrera administrativa, en aras de proteger el derecho a la estabilidad que ampara a dichos funcionarios; ii) debe la Administración realizar los respectivos nombramientos conforme a los requisitos establecidos en la ley, siempre y cuando se cumplan previamente todas las condiciones de eligibilidad.

De la sentencia parcialmente transcrita, se evidencia que la Constitución de 1961, estableció con rango constitucional que la única forma de ingreso a la carrera administrativa, es mediante concurso público, sin embargo, infiere la referida Sala, el supuesto

en que aquellos funcionarios que hubieren ingresado antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, de forma irregular, es decir, sin haber aprobado el concurso de oposición al que hace referencia el artículo 35 de la Ley de Carrera Administrativa, de conformidad con lo estipulado en el artículo 36 del Reglamento de dicha norma, la Administración estaba obligada a llamar a concurso a dichos funcionarios pues la no realización de la evaluación correspondiente imputable a la Administración, confirmaba su nombramiento en el transcurso de seis (6) meses de acuerdo con lo establecido artículo 140 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.

En este sentido, el Reglamento de la norma antes aludida -parcialmente vigente-, establece 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 aspira ingresar a la carrera. Asimismo, dicho Reglamento estableció que el período de prueba previsto en la Ley de Carrera Administrativa no excedería de seis 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, establece: “Artículo 140: La no realización del examen previsto en el Parágrafo Segundo del artículo 36 de la ley de Carrera Administrativa, imputable a la administración, confirma el nombramiento cuando haya transcurrido un lapso de seis meses”

De lo anterior se evidencia que tal disposición reglamentaria imponía una especie de sanción a la Administración y a la vez un derecho para el sujeto que pretendía ingresar, al considerar confirmado el nombramiento del funcionario que no hubiere sido evaluado, en el lapso de los seis (6) meses contemplados en la precitada disposición legal, pues se trata de una obligación que tiene la Administración de llamar a concurso al funcionario que haya ingresado al empleo público sin cumplir con tal requisito dentro del plazo anteriormente referido.

Igualmente, en concordancia con la decisión jurisprudencial anteriormente citada, en la Administración pueden distinguirse otros tipos de funcionarios, como lo son, los denominados funcionarios de hecho caracterizados por la existencia de elementos que enervan su investidura, elementos éstos que atañen a su forma irregular de ingreso, es decir, sin haber sido llamados a concurso para ingresar a la Administración ni mediar evaluación dentro de los seis (6) siguientes a su admisión al empleo público, y en razón de ello, adquieren a plenitud su condición de funcionario de carrera. Tal clasificación, como ya se dejó por sentado, es una creación jurisprudencial y doctrinal, motivada por la justa y razonable necesidad de que, concibiendo a la Administración Pública como la legítima responsable del Interés Público, su actividad administrativa quede preservada con un manto de presunción de legalidad, el cual permita que los particulares sin averiguaciones previas, admitan como regularmente investidos a los funcionarios y por lo tanto con competencia para realizar los actos propios de sus funciones (Vid Sentencia número 2008- 01002 de fecha 4 de junio de 2008, emanada de esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, caso: Lesbia Farias contra el Estado Monagas).

VI.- Las Situaciones Activas de los Funcionarios Públicos

1.- La Transferencia

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

7 de febrero 2012

Número 000102

Caso: Rosa Orríbo vs. Gobernación del estado bolivariano de Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

In el caso bajo análisis, esta Corte considera que como punto previo lógico el sentenciador a quo debió establecer si la recurrente mantuvo relación de empleo público con la Gobernación del

Estado Bolivariano de Miranda, para lo cual hizo éste las siguientes consideraciones probatorias:

"(...) se hace necesario verificar la condición laboral de la querellante, así observamos que:

Al folio 73 comunicación N° 3616 de fecha 08 de septiembre de 2000, en el cual se designó mediante punto de cuenta N° 223 a la ciudadana hoy querellante para ocupar el cargo de Secretario (sic) de Contraloría Sanitaria y Procedimientos con el Código N° 1210513 presupuestado por el Ejecutivo Regional en la Dirección Regional de Salud del Estado Miranda (Oficina Sede).

Al folio 76 cursa oficio (sic) N° 1625 de fecha 09 de julio de 2003, emanado de la Dirección de Salud y Desarrollo Social del Estado Miranda, mediante el cual le informan a la hoy querellante que había sido ascendida a Medico (sic) de Salud Publica (sic) Jefe III, código 12105139, presupuestado por el Ejecutivo Regional.

Al folio 77 del expediente principal rielia comunicación N° 2051 de fecha 11 de abril de 2005, emanado de la Dirección de Recursos Humanos de la Corporación de Salud del Estado Miranda, en la cual le participan a la ciudadana Rosa Orribo que había sido 'transferida físicamente' para desempeñar funciones como Medico (sic) Epidemiológico (E) a nivel del centro de Salud Mental el Peñón. Al folio 80 del expediente principal comunicación N° D-330-08, de fecha 18 de octubre de 2008, emanada por el Director del Hospital Materno Infantil del Este mediante la cual informan a la ciudadana Rosa Orribo que a partir de esa fecha pasaría a 'cumplir funciones con carácter temporal y por Necesidad de Servicio como Medico (sic) Epidemiológico en el Hospital Materno Infantil del Este'

Al folio 82 comunicación N° P-144 de fecha 24 de septiembre de 2009, mediante la cual le participan a la hoy querellante que debía permanecer en sus actividades de Medico Epidemiológico en el Hospital Materno Infantil del Este 'Dr. Joel Valencia Parpacen' (sic) hasta tanto se pronunciaran las autoridades competentes en relación a la transferencia de su cargo al Ministerio del Poder Popular para la Salud.

Al folio 84 del expediente principal recibo de pago correspondiente al periodo (sic) del 01-09-2009 al 15-09-2009, en el cual se observan

los datos de identificación de la hoy querellante Rosa Orríbo titular de la Cedula (sic) de Identidad 12.105.139, condición Empleado Ejecutivo y el cargo de Medico (sic) de Salud Pública Jefe III, y que su ubicación es la Oficina Sede.

Al folio 314 del expediente principal documento de fecha 5 de mayo de 2010, el cual hace constar que la ciudadana Rosa Orríbo laboró en el Hospital Materno Infantil del Este Dr. Joel Valencia Parparcen desde el 27-10-2008, hasta el 19-02-2010, desempeñando el cargo de Medico (sic) de Salud Publica (sic) Jefe III (Epidemiológico) adscrita y presupuestada a la oficina sede de la Gobernación Bolivariana del Estado Miranda, cuyas funciones cumplió físicamente en esa institución.

Por otra parte se evidencia los folios 329 al 333, información suministrada por la ciudadana Directora General de Consultaría Jurídica del Ministerio del Poder Popular para la Salud, como respuesta al auto para mejor proveer dictado de conformidad con lo establecido en el artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, mediante la cual indica:

Que le solicitó a la Dirección General de Recursos Humanos del Ministerio del Poder Popular para la Salud, la revisión de los archivos generales con la finalidad de corroborar si la ciudadana Rosa Orríbo Infante se encontraba adscrita a ese Organismo.

Que la Dirección de Recursos Humanos con la finalidad de dar respuesta a su solicitud le comunicó mediante oficio (sic) N° 031 que la ciudadana Rosa Orríbo no era funcionaria ni fue transferida al Ministerio del Poder Popular para la Salud, y que para demostrar sus aserciones remitió sendos memorandums (sic) emitidos por las diferentes Direcciones de línea de la Oficina de Recursos Humanos (Memorandum (sic) N° DACN-0133/10, de fecha 26 de enero de 2011, emitido por el Director de la Oficina de Apoyo Administrativo) y (Memorandum (sic) N° 017/11 de fecha 27 de enero de 2011, emanado por la Directora de Recursos Humanos de la Dirección Estadal de Salud de Distrito Capital) tal como se evidencia a los folios 332 y 333.

Al respecto, alegó la apelante, que:

"(...) La querellante siempre cumplió funciones inherentes a su cargo en los diferentes Hospitales (sic) y ambulatorios que pertenecían a la Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda y que su cargo pertenece a la nómina del Ejecutivo Regional y por ende al presupuesto del Ejecutivo Regional (...) En virtud de lo anterior, la querellante es Médico de Salud Pública III perteneciente al Ejecutivo Regional del Estado Miranda y siempre se desempeñó, en los Hospitales (sic) y unidades de salud adscritos a dicho estado (...) mal podríamos entender que por pertenecer a la nómina del Ejecutivo Regional cumplía funciones en la Oficina Sede del Ejecutivo regional (sic), lo que es lo mismo en la oficina del despacho del Gobernador y que solo (sic) estaba cumpliendo funciones en el Hospital Materno Infantil del Este de manera temporal, ya que como su cargo lo indica es Medico (sic) y las funciones inherentes a su cargo deben ser desempeñadas en un Hospital (sic), en un Ambulatorio (sic) y un centro de atención medica (sic) que este (sic) adscrito al Ejecutivo Regional."

En virtud de lo referido, y por cuanto se admite por parte de la Gobernación recurrida que la recurrente mantuvo con ella una relación de empleo público considera este Órgano Jurisdiccional que el punto sobre si existió una relación de tipo funcionarial entre las partes de este proceso quedó, a tenor de lo que prescribe el artículo 397 del Código de Procedimiento Civil relativo a los hechos en los cuales estén las partes de acuerdo, relevado de pruebas. Así se decide.

Al respecto, previamente considera esta Corte prudente examinar a la luz de las probanzas solicitadas por este Órgano Jurisdiccional mediante el auto para mejor proveer N° 2011-0894 de fecha 2 de junio de 2011, la situación a que devino la relación funcionarial surgida entre la recurrente y la Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda.

Ello así, se colige del Oficio N° MDCJ N° 177-2011 emanado de la Dirección de Consultoría Jurídica de la Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda en fecha 29 de julio de 2011, que descansa a los folios 390 al 403 del expediente, ambos incluidos, que la recurrente

es funcionario de carrera cuyo ingreso a la Administración Pública se produjo en fecha 9 de julio de 2003, al cargo de Médico de Salud Pública Jefe III; que en fecha 11 de abril de 2005, fue ubicada bajo transferencia física como Médico Epidemiólogo al Centro de Salud Mental El Peñón; que, asimismo, en fecha 26 de junio de 2006, fue transferida físicamente de nuevo como Médico Epidemiólogo al Hospital Materno Infantil del Este.

Ahora bien, afirma el ente recurrido en el informe requerido por esta Corte en el auto para mejor proveer señalado, que "Esta Dirección de Recursos Humanos, dando cumplimiento a lo establecido en el numeral 1 del artículo 4 del Decreto Presidencial N° 6.543, publicado el 3 de Diciembre (sic) de 2008 (...) transfiere al Ministerio del Poder Popular para la Salud, el Hospital Materno Infantil del Este 'Dr. Joel Valencia Parparcen' y con él a su personal, del cual es parte la ciudadana Rosa Orríbo Infante."

En este sentido, se desprende del mismo informe señalado anteriormente que la Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda admite que la recurrente "(...) es un funcionario de carrera que no ha dejado de ocupar su cargo de Médico de Salud Pública Jefe III, ya que desde su nombramiento en fecha 9 de julio de 2003 según oficio (sic) N° 1625; ha sido transferida con su cargo a los diferentes centros de salud para cumplir funciones inherentes al mismo."

De tal manera que, en criterio de esta Corte, no deja margen de dudas el ente recurrido en lo relativo a que la recurrente forma parte de la nómina de personal de carrera de la Gobernación recurrida por cuanto nunca se le desprendió de esa su condición de funcionario de carrera al momento de su transferencia física al Hospital Materno Infantil del Este "Dr. Joel Valencia Parparcen".

Siendo así, la condición de funcionario de carrera de la recurrente adscrita a la Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda permaneció indemne a la "transferencia física" hecha y, por lo tanto, todavía ostenta su condición de funcionario de carrera pues no consta en autos su destitución a tenor de lo establecido por el artículo 44 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Ahora, resulta pertinente evaluar si al momento de entrada en vigencia del Decreto 6.543 dictado por la Presidencia de la República la recurrente reunía las condiciones para ser transferida al Ministerio del Poder Popular para la Salud.

Como puede observarse, ejerciendo funciones la recurrente en el Hospital Materno Infantil del Este entró en vigencia el Decreto Presidencial N° 6.543, publicado el 3 de diciembre de 2008 en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.072, que transfiere al Ministerio del Poder Popular para la Salud al Hospital Materno Infantil del Este "Dr. Joel Valencia Parparcen"; Decreto que establece en el numeral 2 del artículo 4, que:

"Artículo 4 La Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda, deberá suministrar al Ministerio del Poder Popular para la Salud, en un lapso no mayor de diez (10) días continuos a la publicación en Gaceta Oficial del presente Decreto la nómina actualizada del personal adscrito a los establecimientos y unidades móviles de atención médica, con las siguientes especificaciones:

(...Omissis...)

2. El Ministerio del Poder Popular para la Salud, no asumirá el personal que estando en nómina no preste sus servicios en los establecimientos y unidades móviles de atención médica que se transfieren, ni el personal que se encuentre en comisión de servicio que pertenezca a otra dependencia o ente público o que no preste sus servicios continuamente por razones de salud.'

Al respecto, es necesario establecer que de acuerdo con la información proporcionada por la Gobernación recurrida, la funcionaria recurrente formaba parte integrante del personal de nómina de carrera de esta Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda al momento de su alegada transferencia.

Ello así, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 4 del Decreto Presidencial publicado en Gaceta Oficial N° 3907 de fecha 3 de diciembre de 2008, que regula la transferencia, el personal transferido no podía pertenecer a otra dependencia o ente público al momento de la transferencia, por lo que esta Corte determina que efectivamente la recurrente Rosa Orríbo Infante no reunía los

requisitos del caso, pues pertenecía a la Gobernación recurrida y sólo se encontraba "transferida físicamente" al Hospital Materno Infantil del Este, incumpliendo así con el numeral 2 del artículo 4 del Decreto Presidencial. Así se decide.

En este sentido, argumenta la apelante en el punto fundamental en discordia que probó suficientemente la transferencia de la recurrente al Ministerio del Poder Popular para la Salud por acto de la propia Gobernación recurrida; expresando adicionalmente, que tal transferencia se deriva del Decreto Presidencial N° 6.543 de fecha 3 de diciembre de 2008, así como de la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 1005 de fecha 20 de julio de 2009, arguyendo en este aspecto que el Juzgado a quo en la recurrida omitió la consideración, por interpretación errónea, de estas pruebas decisivas en la estructuración del fallo.

Ahora bien, en cuanto a la denuncia de silencio de pruebas delatada por la Gobernación recurrida el Tribunal Superior estableció en cuanto a la interpretación del Decreto Presidencial que reguló la transferencia, que:

"(...) siendo ello así, existía una limitación para considerar la transferencia de la querellante prevista en el Decreto de transferencia ya mencionado, pues pertenecía a otro ente, en este caso a la Gobernación del Estado Miranda, y cumplía funciones en el hospital (sic) Infantil del Este Dr. Joel Valencia Parparcen por necesidad de servicio. Así se decide "

Así las cosas, estima este Órgano Jurisdiccional que la interpretación dada al Decreto Presidencial 6.543 de fecha 3 de diciembre de 2008, por parte del Órgano Decisor de instancia fue acertada y suficiente pues determinó con precisión el carácter de funcionaria de carrera adscrita, perteneciente, a la Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda de la recurrente.

De tal manera que, obiter dictum, considera esta Instancia Jurisdiccional apropiado señalar que la delación en cuestión está dirigida a enervar una facultad del sentenciador que sólo podría ser atacada a través de una denuncia por infracción de ley establecida en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil,

por cuanto este Decreto Presidencial constituye un instrumento legal de la República cuya interpretación errónea o inobservancia sólo sería delatable mediante el vicio señalado; aplicable al caso, este vicio, por mandato del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por lo tanto, considera esta Corte que el sentido dado por el a quo al Decreto Presidencial in commento resulta definitivo para demostrar la afirmación principal debatida, ya que al no ser enervada de alguna manera tal interpretación del Decreto Presidencial resulta innecesaria, a juicio de esta Corte, la consideración de otra prueba adicional para demostrar el punto controvertido, máxime cuando la interpretación que pueda darle al Juez a una norma jurídica sólo puede ser denunciada mediante el instituto procesal de la infracción de ley.

Por otra parte, debe observar esta Corte que la sentencia recurrida estableció en su motivación, relacionada con los salarios dejados de percibir por parte de la recurrente, que:

“(...) estima procedente la reincorporación de la querellante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o similar jerarquía al cual reúna los requisitos; e igualmente el pago de los sueldos dejados de percibir desde la fecha en que le fue suspendido su sueldo hasta el momento de su efectiva reincorporación al cargo, siempre y cuando hubiese prestado servicios, los cuales serán cancelados de manera integral, esto es con las variaciones que en el tiempo transcurrido haya experimentado el sueldo del cargo asignado, en consecuencia se anula su incorporación en la lista de transferencia.”

De tal manera que, en el dispositivo del fallo se estableció “SEGUNDO: Se ordena el pago de los sueldos dejados de percibir desde la fecha en que le fue suspendido su sueldo hasta el momento de su efectiva reincorporación al cargo de acuerdo a la motivación precedente”. (Resaltado, subrayado y mayúsculas del texto). Establecido lo anterior, referente al pago de los sueldos dejados de percibir, requiere esta Corte precisar a quién corresponde su pago en caso de que la recurrente no hubiese recibido el pago por el servicio que hubiere prestado, de ser el caso.

En fecha 29 de julio de 2011, en Oficio N° MDCJ N° 177-2011 emanado de la Dirección de Consultoría Jurídica de la Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda, dando respuesta al auto para mejor proveer emitido por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo N° 2011-0894 de fecha 2 de junio de 2011, se estableció que: “En cuanto a la solicitud de la Corte, ‘bajo cual (sic) figura jurídica comenzó a desempeñar como Médico Epidemiólogo en el Hospital Materno Infantil del Este ‘Dr. Joel Valencia Parparcen’, esta Dirección de Recursos Humanos informa que la ciudadana ROSA ORRIBO (...) fue nombrada como Medico (sic) Salud Pública Jefe III, en fecha 09 (sic) de julio (sic) 2003, y en fecha 11 de abril de 2005, fue ubicada bajo transferencia como Médico Epidemiólogo al Centro de Salud Mental El Peñón. En fecha 26 de junio de 2006, la ciudadana in commento (sic) la ubican físicamente bajo transferencia como Medico (sic) Epidemiólogo en el Hospital Materno Infantil del Este, estando laborando en ese Hospital (sic) cuando entró en vigencia el Decreto Presidencial N° 6.543, publicado el 3 de Diciembre (sic) de 2008 en la Gaceta Oficial de la República (sic) de Venezuela N° 39.072, que transfiere al Ministerio del Poder Popular para la Salud, al Hospital Materno Infantil del Este ‘Dr. Joel Valencia Parparcen’ y con él a su personal (...) queremos acotar (sic) la ciudadana Rosa Orribo, es un funcionario de Carrera que no ha dejado de ocupar su cargo de Médico de Salud Pública Jefe III, ya que desde su nombramiento en fecha 9 de julio de 2003 según oficio (sic) N° 1.625; ha sido transferida con su cargo a los diferentes centros de salud para cumplir funciones inherentes al mismo.”

En tal virtud, de lo afirmado por la Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda se desprende que la ciudadana recurrente “(...) fue nombrada como Medico (sic) Salud Pública Jefe III, en fecha 09 (sic) de julio (sic) 2003 (...) la ciudadana Rosa Orribo, es un funcionario de Carrera que no ha dejado de ocupar su cargo de Médico de Salud Pública Jefe III (...)” por lo que siendo que la relación de empleo público entre los contendientes se mantiene corresponde a la Gobernación recurrida pagar los salarios dejados de percibir por la recurrente en caso de haber sido causados de

acuerdo con la motivación de la sentencia recurrida arriba trascrita.
Así se decide.

2.- La Reducción de Personal

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

17 de octubre 2011

Número 001477

Caso: Liana del Carmen Ordaz vs. Gobernación del estado Monagas

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Ahora bien, con respecto al recurso contencioso administrativo de funcionarial incoado, la ciudadana Liana Ordaz, adujo que "[...] las razones en las cuales pretenden fundamentar [su] despido son inconstitucionales e ilegales, en virtud que infringe la forma de terminación de la relación de trabajo, las cuales han sido establecidas de manera expresa por el legislador venezolano sin que le esté dado al patrono facultad o posibilidad alguna creación dentro de las cuales de despido justificado de un trabajador no aparece la REESTRUCTURACIÓN INTEGRAL más aun no le está dado a los organismos estadales o municipales dictar normas sobre la materia" Observa esta Corte, que la querellante circunscribió sus alegatos a atacar los fundamentos que llevaron a la administración a prescindir de sus servicios, al considerar que no está contemplado en el ordenamiento jurídico nacional la figura de la "REESTRUCTURACIÓN INTEGRAL" pues según sus dichos, fue objeto de un despido injustificado, contrario a la normativa constitucional, por otra parte la representación judicial

Por otra parte, la representación judicial de la Gobernación del Estado Monagas, negó rechazó y contradijo que "[...] el acto por el cual se retira a la Ciudadana: Liana del Carmen Ordaz de la Administración pública se realizó en forma expuesta, por vía de hecho con prescindencia del procedimiento legalmente establecido sin causa que lo justifique y en consecuencia que esté viciado de

nulidad absoluta, ya que al no ser la querellante una funcionario de carrera, con estabilidad en el cargo, siendo su ingreso irregular, la sola voluntad del jerarca que la designó era suficiente retirarla [...]” No obstante, aprecia esta Corte que la representación judicial de la Gobernación del Estado Monagas no señaló alegato ni defensa alguna en su escrito de contestación en primera instancia sobre el acto administrativo contenido en la comunicación N° DRH 582 de fecha 17 de enero de 2005 (Vid. folio dos (2) y tres (3) del expediente judicial), mediante la cual se le notificó a la ciudadana Liana Ordaz que había sido afectada por la “REDUCCIÓN DE PERSONAL” en virtud del proceso de “REESTRUCTURACIÓN INTEGRAL” del referido ente gubernamental.

Ello así, este Órgano Jurisdiccional observa del acto recurrido, esto es, la comunicación N° DRH 582 de fecha 17 de enero de 2005, suscrita por la entonces Directora de Recursos Humanos de la Gobernación del Estado Monagas, lo siguiente:

“[...] siguiendo las instrucciones del Ciudadano Gobernador del Estado Monagas [...] del Secretario General de Gobierno y Directora General de planificación y Desarrollo, previo análisis de la [...] estructura burocrática de la Gobernación del Estado, se [dio] inicio al proceso de REESTRUCTURACIÓN INTEGRAL del Ejecutivo Estadal, razón por la cual [esa] Dirección de Recursos Humanos se [permitió] comunicarle que [...] ha sido afectado por la medida de REDUCCIÓN DE PERSONAL que [permitiría] la adecuación de la estructura al modelo de gestión que establece el Gobierno Nacional a través de políticas y lineamientos ya generados por el Ministerio de planificación y Desarrollo. En tal sentido, a partir de la presente fecha (17-01-2005) [prescindieron] de sus servicios [...]” [negrillas y mayúsculas del original]

De la comunicación anteriormente trascrita, se evidencia que la Administración, le informó la ciudadana Liana Ordaz que ésta se vio afectada por una “REDUCCIÓN DE PERSONAL” como consecuencia de una “REESTRUCTURACIÓN INTEGRAL”, figura ésta contemplada en los artículos 53 y 54 de la derogada Ley de Carrera Administrativa, sin señalar en dicho acto la fundamentación

jurídica asumida por la Gobernación del Estado Monagas, ni la naturaleza del cargo desempeñado por la demandante.

Por tanto, en opinión de este Órgano Jurisdiccional no existe en el acto recurrido, motivación legal expresa que le confiera sustento jurídico al actuar de la referida Gobernación, no obstante el fundamento que utilizó la Administración para “prescindir de los servicios” de la ciudadana Liana Ordaz, fue la figura de “REDUCCIÓN DE PERSONAL”, como consecuencia del “inicio al proceso de RESTRUCTURACIÓN INTEGRAL del Ejecutivo Estadal”.

Partiendo de ello, resulta necesario traer a colación las disposiciones contenidas en los artículos 118 y 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, que disponen:

“ARTÍCULO 118: La solicitud de reducción de personal será acompañada de un informe que justifique la medida y de la opinión de la Oficina Técnica competente, en caso de que la causal invocada así lo exija”.

“ARTÍCULO 119: Las solicitudes de reducción de personal debida a modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa, se remitirán al Consejo de Ministros por lo menos, con un mes de anticipación a la fecha prevista para la reducción, con un resumen del expediente del funcionario. En el caso de los institutos autónomos se remitirán por órgano del Ministro de adscripción”

A mayor abundamiento, resulta pertinente resaltar lo que esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo a través de su jurisprudencia ha interpretado y desarrollado el proceso de cambios en la organización, sinónimo de “Reestructuración Integral”, así en la sentencia Número 2006-02108 de fecha 4 de julio de 2006 caso: Yerméis Madera Salas contra el Municipio Baruta del Estado Miranda, esta Corte precisó que en tal proceso debían cumplirse con lo siguiente:

“1.- Un Decreto del Ejecutivo que ordene la ‘reestructuración’, visto que el Ejecutivo Nacional es el Superior Jerárquico de la Administración Pública Centralizada y, como tal, es de su competencia todo lo relativo a la función pública y a la administración de personal (...).

2.- Nombramiento de una Comisión para tal fin.

3.- Definición del plan de reestructuración (examen interno para elaborar el proyecto de reorganización a ser presentado ante el Consejo de Ministros).

4.- Estudio y análisis de la organización existente (estimación de las debilidades y fortalezas, ello, como análisis necesario para elaborar el proyecto de reorganización, el cual arrogará (sic) o no, la necesidad de una reducción de personal).

(...)

5.- Elaboración del Proyecto de Reestructuración (el cual deberá ser presentado ante la Oficina Técnica especializada, antes CORDIPLAN, ahora Ministerio de Planificación y Desarrollo).

(...).

6.- Aprobación técnica y política de la Propuesta:

(...)

7.- Ejecución de los Planes".

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

En consonancia con lo anterior, se aprecia que cuando la reducción de personal se debe a cambios en la organización administrativa o "Reestructuración"-como es el caso de autos-, se requiere el cumplimiento de varias condiciones que, resumidas, comprende lo siguiente: i) Informe Técnico, realizado por una Comisión que diseñará el plan de reorganización, fase contemplada en el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, ii) La aprobación de la solicitud de reducción de personal, realizada por el Consejo de Ministros en caso de ser a nivel nacional, y por los Consejos Legislativos en el caso de los Estados, y iii) la remisión del listado individualizado de los funcionarios afectados por la medida de reducción.

Ahora bien, de una revisión exhaustiva del expediente no se evidencia que la representación judicial de la querellada aportara

algún argumento de defensa sobre la Comunicación N° DRH 582 de fecha 17 de enero de 2005, mediante la cual la Gobernación del Estado Monagas procedió a prescindir de los servicios de la Ciudadana Liana Ordaz, así como tampoco se evidencia de las actas contenidas en el expediente judicial, el procedimiento de "Reestructuración Integral" que justifique la actuación de la Administración; en consecuencia el acto contenido en la Comunicación número DRH 582 de fecha 17 de enero de 2005, mediante la cual se prescindió de los servicios de la referida ciudadana, enmarca en el supuesto de nulidad absoluta tipificado en el numeral 4º del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos; coincidiendo esta Corte con la decisión del Juzgado Superior Quinto Agrario, Civil y Bienes de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con Competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Sur Oriental, que declaró la ilegalidad del referido acto. Así se declara.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de octubre 2011

Número 001561

Caso: Rubén Moreno vs. Gobernación del estado Zulia

Ponente: Alexis Crespo Daza

Planteada de esta manera la controversia, es preciso indicar que la derogada Ley de Carrera Administrativa –vigente para el momento de ocurrencia de los hechos-, sostenía que los funcionarios de carrera administrativa gozaban de estabilidad, con lo cual, sólo podían ser retirados de la Administración Pública por los motivos previstos en la aludida Ley. Por lo que el artículo 53 - hoy artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública; disponía como causales de retiro de la Administración Pública:

"Artículo 53: El retiro de la Administración Pública procederá en los siguientes casos:

(...Omissis...)

2. Por reducción de personal, aprobada en Consejo de Ministros, debida a limitaciones financieras, reajustes presupuestarios,

modificación de los servicios, o cambios en la organización administrativa; (...)"

Al respecto, debe desprenderse de la norma in commento que dicha causal de retiro -reducción de personal- no resulta una causal única y genérica, sino que comprende cuatro situaciones distintas una de otra, que si bien, originan la misma consecuencia, no pueden confundirse ni resultar asimilables como una sola. Aunado a ello, es oportuno indicar que las dos primeras son causales objetivas y, para su legalidad, basta que hayan sido acordadas; mientras que las dos últimas, requieren una justificación y la comprobación de los respectivos informes, además de la aprobación de dicha reducción de personal por parte del Consejo de Ministros

Además de ello, debe atenderse a lo previsto en los artículos 118 y 119 del aún vigente Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, que disponen lo siguiente:

"ARTÍCULO 118: La solicitud de reducción de personal será acompañada de un informe que justifique la medida y de la opinión de la Oficina Técnica competente, en caso de que la causal invocada así lo exija".

ARTÍCULO 119: Las solicitudes de reducción de personal debida a modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa, se remitirán al Consejo de Ministros por lo menos con un mes de anticipación a la fecha prevista para la reducción, con un resumen del expediente del funcionario. En el caso de institutos autónomos se remitirán por órgano del Ministro de adscripción".

De las citas precedentes se extrae que, la reducción de personal prevista en la derogada Ley de Carrera Administrativa y en su Reglamento General, puede darse en cuatro (4) modalidades: i) limitaciones financieras; ii) reajuste presupuestario; iii) modificación de servicios y; iv) cambios en la organización administrativa. Siendo que, en las dos primeras, la simple aprobación del Ejecutivo Nacional les otorga plena validez, en tanto que, para los dos últimos casos, es necesario tramitar un procedimiento previo dirigido a mantener incólume el derecho a la estabilidad laboral de los funcionarios de la Administración Pública, en tanto se demostrara que la adopción de la medida de reducción de personal es justificada.

Dentro de esta perspectiva, queda claro que la discrecionalidad administrativa para nombrar y remover funcionarios, encuentra su límite en casos donde la declaratoria de reducción de personal -por cambios en la organización administrativa o modificación en los servicios- condiciona tal dictamen a la realización de un procedimiento previo.

De tal manera que, el análisis que antecede, permite a esta Alzada aseverar que el procedimiento a seguir a los fines del decreto de una medida de reducción de personal, fundada en cambios en la organización administrativa o en modificación de los servicios, se compone de tres (3) fases o estadios fundamentales. El primero de ellos, la aprobación del Consejo de Ministros, al respecto cabe destacar que en el presente proceso de reducción de personal fue trámitedado bajo la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, la cual establecía el ordinal 2º del artículo 53 la aprobación por parte del Consejo de Ministros -como órgano Ejecutivo Nacional- para proceder a la reducción de personal; sin embargo, en casos como el de autos, dicha aplicación debe adecuarse a las estructuras organizativas existentes en los Estados, es decir, no se le puede exigir al Ente querellado la aprobación de la medida de reducción por parte del Consejo de Ministros, sino que tal aprobación debe realizarla un órgano que se equipare a éste, que no puede serlo el Consejo Legislativo, los cuales son de esencia legislativa, por lo que siguiendo el criterio expuesto, la remisión de las solicitudes de reducción de personal por reorganización administrativa debe realizarse en el presente caso por el órgano de la estructura ejecutiva que tenga atribuida la competencia para nombrar y remover al personal, en aras del respeto a la autonomía y organizativa que ostenta el Órgano. (Vid. Sentencia de esta Corte Segunda Nº 2009-1676 del 15 de octubre de 2009, caso: Judith Mariela Cossi de Oropeza contra la Gobernación del Estado Falcón). En segundo lugar, la elaboración del Informe Técnico donde se expusieran las razones que justifican la medida; y, por último el otorgamiento al funcionario público de carrera del mes de disponibilidad previsto en el artículo 54 de la derogada Ley de

Carrera Administrativa, dentro del cual tenían que desplegarse las actividades tendentes a la reubicación dentro de la Administración Pública del funcionario afectado por la medida (gestiones reubicatorias) (Vid. Sentencia N° 2007-1996 de este Órgano Jurisdiccional del 12 de noviembre de 2007, caso: Doris Evangelina Carrasco de Ramírez contra Municipio Torres del Estado Lara).

Así las cosas, considera esta Corte que en un proceso de reestructuración de personal, deben individualizarse por seguridad jurídica, los cargos a eliminar con la respectiva identificación de los funcionarios que los desempeñan, su situación laboral y la justificación de dicha elección, con la finalidad de limitar y controlar legalmente el ámbito de aplicación de la medida, en virtud del derecho a la estabilidad que gozan dichos funcionarios.

En este orden de ideas, el Organismo está en la obligación de señalar el por qué de ese cargo y no otro es el que se va a eliminar, precisamente para evitar que la estabilidad, como derecho fundamental de los funcionarios públicos de carrera, se vea afectada por un listado que contenga simplemente los cargos a suprimir, sin ningún tipo de motivación, toda vez que los requisitos de un proceso tan delicado y de consecuencias tan dramáticas para los funcionarios, no puede convertirse en meras formalidades.

Siendo así, esta Corte pasa a verificar si en el caso de autos se realizó el procedimiento de reducción de personal cumpliendo con los parámetros ya descritos, en consecuencia, advierte esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que el acto aquí atacado de nulidad, fue derivado de un presunto proceso de reducción de personal ocurrido en la Secretaría de Cultura de la Gobernación del Estado Zulia, sobre la base del artículo 49 y artículo 48, ordinal 2º de la Ley de Carrera Administrativa Estatal, en concordancia con el Decreto N° 31 de fecha 3 de enero de 1994 y 127 de fecha 23 de junio de 1994.

Establecido lo anterior, esta Corte aprecia que cursa agregado al expediente, los antecedentes administrativos del ciudadano Rubén Moreno Franco, los cuales fueron consignados por la sustituta del Procurador del Estado Zulia; y en el que se evidencia en el folio 32, un Movimiento de Personal (A.D.E.) de fecha 26 de enero de 1995, donde consta el retiro del mencionado ciudadano del cargo

de Abogado III, "(...) de acuerdo al proceso de Reorganización que adelanta esta Secretaría por reducción de personal, debido a las limitaciones financieras, reajuste presupuestario, modificaciones de los servicios o cambios en la Organización Administrativa. Así como también los Arts. 84 y 118 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa".

Asimismo, cursa en el folio 35, Oficio de fecha 26 de octubre de 1994, mediante el cual se le notifica al querellante su pase a situación de disponibilidad por el lapso de un mes.

Igualmente, cursa al folio 36, Oficio de fecha 24 de noviembre de 1994 dirigido a Recursos Humanos de la Gobernación del Estado Zulia, solicitando que se realicen las gestiones reubicatorias del ciudadano Rubén Moreno.

No obstante lo anterior, de un exhaustivo estudio de las actas que conforman el presente expediente, esta Corte evidenció la inexistencia de la solicitud de aprobación de la medida de reducción de personal; del "Informe Técnico" que justifique la medida; y por último, del resumen de los funcionarios afectados por la medida adoptada, es decir, no se cumplió con los pasos necesarios para llevar a cabo la referida reducción de personal.

Siendo ello así, reitera este Órgano Jurisdiccional, que de acuerdo a la documentación que consta en autos, la forma en que se llevó a cabo la medida de reducción de personal de la Secretaría de Cultura de la Gobernación del Estado Zulia, no cumplió los pasos necesarios para remitir al Ente encargado de aprobar la reducción de personal, los recaudos exigidos por la Ley a tales fines, por lo cual, vicia el mismo de ilegalidad, toda vez que la reducción de personal es un procedimiento administrativo integrado por una serie de actos sucesivos, que no pueden verse aisladamente, sino que deben cumplirse y ejecutarse conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable y no a la simple discrecionalidad de la Administración, sobre todo si tales medidas afectan los intereses legítimos de los administrados.

En tal sentido, para que la reducción de personal resulte válida los respectivos actos de remoción y retiro, no pueden apoyarse en meras resoluciones y/o acuerdos, sino que en cada caso deben verificarse en estricta observancia, lo que establecía la extinta Ley de

Carrera Administrativa, hoy Ley del Estatuto de la Función Pública y el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, han dispuesto al respecto. (Vid. Sentencia dictada por esta Corte N° 2009-000042 de fecha 21 de enero de 2009 caso: Alexis Ramón Corro Romero contra Municipio Zamora Del Estado Miranda).

De allí, que los procedimientos de reducción de personal que pretenda llevar a cabo la Administración Pública (Nacional, Estadal o Municipal) conllevan a la realización de ciertos actos, tales como: 1.- la elaboración de informes que justifiquen la medida; 2.- opinión de la oficina técnica correspondiente, 3.- presentación de la solicitud de reducción de personal; 4.- su respectiva aprobación y 5.- un listado de los funcionarios afectados por la medida, esto es la individualización de los cargos a eliminar, el acto de remoción y, finalmente, el acto de retiro.

De modo pues, que es un procedimiento formado por una serie de actos, como la elaboración de informes justificados, opinión de la Oficina Técnica, presentación de la solicitud, aprobación por parte del Órgano competente, que por tratarse el caso de autos de un Estado, será el órgano de la estructura ejecutiva que tenga atribuida la competencia para nombrar y remover al personal; que no basta con la simple manifestación del ente, "proceso de Reorganización" como lo es el caso que nos ocupa- pues se debe acompañar un informe que justifique la medida y la opinión de la Oficina Técnica competente. (Vid. Sentencia dictada por esta Corte N° 2010-1936 de fecha 14 de octubre de 2010, caso: Vilmary Avilés contra Municipio General Rafael Urdaneta Cúa del Estado Miranda).

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

8 de noviembre 2011

Número 001647

Caso: Javier Oropeza vs. Alcaldía del municipio Torres del estado Lara

Ponente: Emilio Ramos González

Anulado como ha sido el fallo apelado, esta Corte pasa a conocer del fondo del presente caso, conforme lo dispone el artículo 209 del

Código de Procedimiento Civil, estableciendo al respecto que el recurso de marras versa sobre la pretensión de nulidad de los actos de remoción y retiro S/N dictados en fechas 26 de marzo y 26 de abril de 2003, respectivamente, mediante los cuales, se "removió" y "retiró" al ciudadano Javier José Oropeza Colmenarez del cargo de Auxiliar de Tesorería, adscrito al Departamento de Tesorería de la Dirección de Finanzas de la Alcaldía del Municipio Torres del estado Lara. Asimismo solicitó el recurrente, la nulidad de los Decretos Nros. A-009-2002, del 25 de marzo de 2002 y A-013-2002, de fecha 26 de abril de 2002, dictados por el Alcalde del Municipio recurrido, que según sus dichos sirvió de sustento de los actos de remoción y retiro.

Ello así, debe esta Corte referirse a la solicitud de nulidad de los Decretos Nros A-009-2002, del 25 de marzo de 2002 y A-013-2002, de fecha 26 de abril de 2002, dictados por el Alcalde del Municipio Torres del estado Lara, y en tal sentido debe precisar que no encuentra este Órgano Jurisdiccional argumentos que fundamenten la solicitud de nulidad de los aludidos Decretos, visto que de lo que se narra en el libelo y conforme a los vicios alegados, lo que se persigue es la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales fue removido y retirado el querellante.

En relación con dichos actos, es decir, el de remoción y retiro, la representación judicial del ciudadano Javier José Oropeza Colmenarez expresó que se encontraban viciados de nulidad absoluta al haber sido dictados sin el acatamiento del debido procedimiento administrativo a seguir en casos de reducción de personal por cambios en la organización administrativa, y adolecer de falso supuesto de hecho y desviación de poder.

Adicionalmente, agregó que los actos recurridos no cumplen con las formalidades previstas en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y a tal efecto, esta Corte observa en primer lugar, con relación a la notificación de los actos administrativos, que una vez que la Administración Pública emite un acto administrativo, para que éste pueda surtir plenos efectos, se requiere del cumplimiento de ciertas condiciones, destinadas a

erigir y encaminar el debido proceso en resguardo del derecho a la defensa del afectado, y en efecto, constituye un presupuesto para que transcurran los lapsos de impugnación, de allí que se exija la indicación de las vías de defensa con expresión de los órganos y lapsos para su ejercicio. (Vid. Sentencia N° 2010-791, dictada por esta Corte Segunda Contencioso Administrativo, en fecha 7 de junio de 2010, caso: Roldan José Pernía Ramírez Vs. Municipio Libertador del Estado Táchira).

Así pues, una vez que la Administración Pública emite un acto administrativo, se requiere para que éste surta plenos efectos, dotarlo de publicidad, que procura lograr que la persona o personas afectadas en sus derechos subjetivos o en sus intereses legítimos, personales y directos, tengan conocimiento tanto de la existencia del acto que ha sido dictado por la Administración, como de su contenido, siendo tales condiciones desarrolladas en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual se verifica, como regla general, con la notificación del mismo, por un medio idóneo, esto es, a través de telegrama, memorando u oficio dirigido a las personas que resulten afectadas en sus derechos subjetivos, o en su interés legítimo, personal y directo.

De esta manera, como garantía del derecho a la defensa de los administrados, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos preceptúa las reglas generales aplicables a la publicación de los actos administrativos de efectos particulares en sus artículos 73 al 77. En el primero de ellos, además de establecerse el principio general de que todo acto administrativo de carácter particular debe ser notificado al interesado, se formula cual debe ser el contenido mínimo de la notificación; ese contenido mínimo está compuesto, en primer lugar, por la información relativa a la recurribilidad del acto: los recursos que procedan contra él, los términos para ejercerlos y los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.

Ello así, aprecia esta Corte que con fundamento en las indicadas normas se cumple con la doble función atribuida a la notificación de los actos administrativos de efectos particular, esto es: (i) que el administrado conozca de la existencia del acto que pueda afectar

sus derechos e intereses y, (ii) que la misma se constituye en presupuesto para que transcurran los plazos de impugnación. Así las cosas, la notificación se convierte en el elemento esencial que permite fijar con certeza el momento a partir del cual se inician los lapsos establecidos para ejercer válidamente la impugnación de un acto administrativo de efectos particulares, lo que permite asegurar aún más el derecho del administrado de acceder a los órganos jurisdiccionales -concretamente a la jurisdicción contencioso administrativa- en la búsqueda de protección y reparación frente a la posible ilegalidad en la actuación de la Administración Pública (Vid. Grau, María Amparo. Comentarios: Eficacia de los Actos administrativos: Obligación de la Administración de Comunicarlos. Publicación y Notificación. En "III Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo". Funeda. 2da Edición. Caracas. 2005. p. 100).

En este orden de ideas, cabe señalar que los artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos son muy claros en ese sentido cuando disponen lo siguiente:

"Artículo 73. Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.

Artículo 74. Las notificaciones que no llenen todas las menciones señaladas en el artículo anterior se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto."

De esta manera, atendiendo al especial carácter concedido a la notificación del acto administrativo, con la cual se pretende garantizar el derecho a la defensa del administrado, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos regula de manera precisa el contenido que debe poseer dicha notificación con el objeto de que posea la información completa para el administrado sobre: (i) la literalidad del acto administrativo en cuestión; (ii) los medios de impugnación que -en caso de ser procedentes- puede intentar contra



el mismo; (iii) el término dentro del cual debe ejercerlos y; (iv) los órganos o tribunales ante los cuales debe interponerlos.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 eiusdem, las notificaciones que no cumplan con todas las menciones anteriormente enumeradas, se consideran defectuosas y no producirán ningún efecto.

En este orden de ideas, resulta oportuno para esta Corte destacar por una parte, que de los folios cincuenta y tres (53) al setenta y ocho (78) del expediente judicial, consta escrito de contestación al recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto, mediante la cual el Síndico Municipal del Municipio Torres del estado Lara, alegó la caducidad de recurso *in commento* por haber sido interpuesto fuera de los lapsos legalmente establecidos, y por otra parte, que al folio diecisiete (17) del expediente judicial, reposa original de la Resolución S/N, de fecha 26 de marzo de 2002, suscrito por el Alcalde del Municipio Torres del Estado Lara, mediante la cual le notificó al ciudadano Javier José Oropeza Colmenarez -según sus dichos ver folio dos (2) del expediente judicial-, de la remoción del cargo de Auxiliar de Tesorería adscrito al Departamento de Tesorería de la Dirección de Finanzas de la Alcaldía del Municipio Torres del Estado Lara, a pesar que le indica la literalidad y contenido del acto, con expresa mención de los hechos que afectan sus derechos subjetivos, o intereses legítimos, personales y directos, no es menos cierto que no indica los medios de impugnación que puede intentar contra el acto; el término dentro del cual debe ejercerlos ni los órganos o tribunales ante los cuales debe interponerlos.

En tal sentido, entiende esta Corte que la referida notificación contiene graves violaciones que afectan el derecho de acceso a la justicia que recoge el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y razón de ello, llena los extremos previstos en el artículo 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que preceptúa que la notificación defectuosa de un acto administrativo no produce ningún efecto legal para iniciar el cómputo del lapso de caducidad del presente recurso contencioso administrativo funcionarial. Así se decide.

Visto lo anterior, este Órgano Jurisdiccional debe precisar que en el presente caso los actos impugnados se dictaron con ocasión a la reorganización administrativa de la que fue objeto la Alcaldía del Municipio Torres del Estado Lara, declarada en el Decreto Número A-003-2002 de fecha 22 de enero de 2002, emanado de la aludida Alcaldía, el cual corre inserto a los folios dieciocho (18) y diecinueve (19) del expediente judicial.

Planteada de esta manera la controversia, es preciso indicar que la derogada Ley de Carrera Administrativa -aplicable al caso de autos rationae temporis-, sostenía que los funcionarios de carrera administrativa gozaban de estabilidad, con lo cual, sólo podían ser retirados de la Administración Pública por los motivos previstos en la aludida Ley.

Entre dichos motivos, resaltaba aquel contenido en el numeral 2 del artículo 53 eiusdem, relativo a la reducción de personal “(...) aprobada en Consejo de Ministros, debida a limitaciones financieras, reajustes presupuestarios, modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa (...)”, la cual, una vez acordada, implicaba el inicio de las gestiones reubicatorias del funcionario afectado por la medida, siendo que las mismas debían desarrollarse dentro del mes de disponibilidad contemplado en la derogada Ley de Carrera Administrativa.

Aunado a lo anterior, el órgano o ente afectado por la reducción de personal estaba conminado a cumplir con lo estipulado en los artículos 118 y 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, cuyo texto expreso dispone:

“Artículo 118: La solicitud de reducción de personal será acompañada de un informe que justifique la medida y de la opinión de la Oficina Técnica competente, en caso de que la causal invocada así lo exija.

Artículo 119: Las solicitudes de reducción de personal debida a modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa, se remitirán al Consejo de Ministros por lo menos con un mes de anticipación a la fecha prevista para la reducción, con un resumen del expediente del funcionario. En el caso de institutos

autónomos se remitirán por órgano del Ministro de adscripción". Los aludidos presupuestos legales permiten deducir que las medidas de reducción de personal acogidas en virtud de una reorganización administrativa del Órgano o Ente, están sujetas al cumplimiento de un procedimiento previo tendente a preservar el derecho a la estabilidad que abriga a todo funcionario público, principio desarrollado tanto en la derogada Ley de Carrera Administrativa como en la Ley del Estatuto de la Función Pública, cuyo fin es garantizar al funcionario de carrera la permanencia en el cargo al servicio de la Administración.

Al respecto, se pronunció la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en decisión número 1.543 dictada el 28 de noviembre de 2000, caso: Edilia Araujo Salcedo vs. Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana (CORPOZULIA), aseverando que las reducciones de personal por reorganización administrativa requieren de aprobación previa, ello en los siguientes términos:

"Ahora bien, es reiterada la jurisprudencia de esta Corte en cuanto al procedimiento a seguir en los casos de reducción de personal, dejando por sentado que no es una causal única o genérica, sino que comprende cuatro situaciones totalmente diferentes, que aún cuando todas den origen a la reducción de personal, no por eso pueden confundirse y asimilarse en una sola causal. En efecto son cuatro los motivos que justifican el retiro de la administración por reducción de personal: el primero, las limitaciones financieras; el segundo, reajuste presupuestario; el tercero, modificación de servicios y el cuarto, cambios en la organización administrativa. Los dos primeros, son objetivos y para su legalidad basta que haya sido acordado por el Ejecutivo Nacional, y aprobada la reducción de personal en Consejo de Ministros, al ocurrir modificaciones en la ejecución de los respectivos presupuestos fiscales; y, en cuanto a los dos últimos se requiere una justificación y la comprobación de los respectivos informes, además de la ya nombrada aprobación del Consejo de Ministros".

Posteriormente, ese mismo Órgano Jurisdiccional, en aplicación del criterio *ut supra* señaló lo siguiente:

"(...) Al respecto, considerando que en el presente caso debió aplicarse el procedimiento de reducción de personal previsto en la Ley de Carrera Administrativa y su Reglamento General, aplicable rationae temporis al caso bajo análisis, debe señalar esta Corte que el retiro de un funcionario público fundamentado en ello, es un procedimiento administrativo constitutivo integrado por una serie de actos, como son la elaboración de informes justificativos, presentación de la solicitud de la medida y subsiguiente aprobación por parte del Consejo de Ministros y finalmente, la remoción y el retiro.

Así las cosas, considera esta Corte que en un proceso de reestructuración de personal, deben individualizarse por seguridad jurídica, los cargos a eliminar con la respectiva identificación de los funcionarios que los desempeñan, su situación laboral y la justificación de dicha elección, con la finalidad de limitar y controlar legalmente el ámbito de aplicación de la medida, en virtud del derecho a la estabilidad que gozan dichos funcionarios.

En este orden de ideas, el Organismo está en la obligación de señalar el por qué de ese cargo y no otro es el que se va a eliminar, precisamente para evitar que la estabilidad, como derecho fundamental de los funcionarios públicos de carrera, se vea afectada por un listado que contenga simplemente los cargos a suprimir, sin ningún tipo de motivación, toda vez que los requisitos de un proceso tan delicado y de consecuencias tan dramáticas para los funcionarios, no puede convertirse en meras formalidades.

En efecto, el acto administrativo de retiro que afectó el derecho de estabilidad de la funcionaria pública de carrera, estima esta Corte que debió ser dictado una vez efectuado el procedimiento de reducción de personal por modificación de servicios y cambios en la organización administrativa del Organismo, previsto en los artículos 53 y 54 de la Ley de Carrera Administrativa y 118 y 119 de su Reglamento General, aplicable rationae temporis al caso de marras, con la finalidad de motivar y justificar legalmente su actuación, siendo ello, un límite a la discrecionalidad del Ente Administrativo (...)".

(Vid. sentencia N° 2002-3282 del 27 de noviembre de 2002,

caso: Elsy Coromoto Ojeda de Viloria vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales).

De las citas precedentes se colige que, la reducción de personal prevista en la derogada Ley de Carrera Administrativa y en su Reglamento General, puede darse en cuatro (4) modalidades: i) limitaciones financieras; ii) reajuste presupuestario; iii) modificación de servicios y; iv) cambios en la organización administrativa. Siendo que, en las dos primeras, la simple aprobación del Ejecutivo Nacional les otorga plena validez, en tanto que, para los dos últimos casos, es necesario tramitar un procedimiento previo dirigido a mantener incólume el derecho a la estabilidad laboral de los funcionarios de la Administración Pública, en tanto se demostrara que la adopción de la medida de reducción de personal es justificada.

Dentro de esta perspectiva, queda claro que la discrecionalidad administrativa para nombrar y remover funcionarios, encuentra su límite en casos donde la declaratoria de reducción de personal -por cambios en la organización administrativa o modificación en los servicios- condiciona tal dictamen a la realización de un procedimiento previo.

El análisis que antecede, permite a esta Alzada aseverar que el procedimiento a seguir a los fines del decreto de una medida de reducción de personal, fundada en cambios en la organización administrativa o en modificación de los servicios, se compone de tres (3) fases o estadios fundamentales. El primero de ellos, la aprobación del Consejo de Ministros, al respecto cabe destacar que en el presente proceso de reducción de personal fue tramitado bajo la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, la cual establecía el ordinal 2º del artículo 53 la aprobación por parte del Consejo de Ministros -como órgano Ejecutivo Nacional- para proceder a la reducción de personal; sin embargo, en casos como el de autos, dicha aplicación debe adecuarse a las estructuras organizativas existentes en los Municipios, es decir, no se le puede exigir al Municipio recurrido la aprobación de la medida de reducción por parte del Consejo de Ministros, sino que tal aprobación debe realizarla un órgano que se equipare a éste, que no puede serlo la Cámara Municipal, los

cuales son de esencia legislativa, por lo que siguiendo el criterio expuesto, la remisión de las solicitudes de reducción de personal por reorganización administrativa debe realizarse en el presente caso por el órgano de la estructura ejecutiva que tenga atribuida la competencia para nombrar y remover al personal. (Vid. Sentencia de N° 2007-2180, dictada por esta Corte en fecha 4 de diciembre de 2007, caso: Óscar Hernán Gutiérrez Herrera Vs. Municipio Torres del Estado Lara).

En segundo lugar, la elaboración de un Informe Técnico, donde se individualice los cargos a eliminar con la respectiva identificación de los funcionarios que los desempeñan, su situación laboral y la justificación de dicha elección, con la finalidad de limitar y controlar legalmente el ámbito de aplicación de la medida, en virtud del derecho a la estabilidad que gozan dichos funcionarios. En este orden de ideas, el Organismo debe señalar el por qué de ese cargo y no otro es el que se va a eliminar, precisamente para evitar que se vea vulnerado el derecho a la estabilidad, como derecho fundamental de los funcionarios públicos de carrera, y por último, el otorgamiento al funcionario del mes de disponibilidad previsto en el artículo 54 de la derogada Ley de Carrera Administrativa, dentro del cual tienen que desplegarse las actividades tendentes a su reubicación dentro de la Administración Pública del funcionario afectado por la medida (gestiones reubicatorias) (Vid. Sentencia 2007-1996, dictada por esta Corte en el 12 de noviembre de 2007, caso: Doris Evangelina Carrasco de Ramírez contra Municipio Torres del Estado Lara).

Así, hechas las anteriores consideraciones, pasa esta Corte a constatar que en el caso de autos la Administración Pública Municipal haya dado cumplimiento a cada uno de los requisitos que deben cumplirse a los fines de llevar a cabo un procedimiento de reducción de personal por cambios en la organización administrativa.

Corre inserto al folio diecisiete (17) del expediente, el acto administrativo de remoción de fecha 26 de marzo de 2002, dirigido al ciudadano Javier José Oropeza Colmenarez, mediante el cual se le notificó de la remoción del cargo de Auxiliar de Tesorería

adscrito al Departamento de Tesorería de la Dirección de Finanzas de la Alcaldía del Municipio Torres del estado Lara.

Consta de los folios dieciocho (18) al veintidós (22) del expediente judicial, Decreto N° A-003-2002 de fecha 22 de enero de 2002, donde se declaró a la Alcaldía del Municipio Torres del estado Lara en proceso de reorganización administrativa y Decreto N° A-007-2002 del 19 de marzo de 2002, por el cual se prorrogó la duración del período de reorganización.

Consta de los folios dieciocho (18) al veintidós (22) del expediente judicial, Decreto N° A-003-2002 de fecha 22 de enero de 2002, donde se declaró a la Alcaldía del Municipio Torres del Estado Lara en proceso de reorganización administrativa y Decreto N° A-007-2002 del 19 de marzo de 2002, por el cual se prorrogó la duración del período de reorganización.

A los folios ciento doce (112) y ciento trece (113) del presente expediente, cursa el Decreto N° A-009-2002 de fecha 25 de marzo de 2002, en el cual, se ordenó “(...) LA REDUCCIÓN DE PERSONAL en toda la estructura de la Alcaldía de Torres, por cambios en la organización administrativa”.

Igualmente, riega a los folios ciento veinte y cinco (125) al ciento treinta y seis (136), oficios emanados de la parte recurrente a las distintas dependencias municipales con el propósito de cumplir con las gestiones reubicatorias previstas en el artículo 54 de la derogada Ley de Carrera Administrativa.

Ahora bien, del estudio minucioso del presente expediente se puede extraer que -para el presente caso- no se presentó ante la oficina competente el Informe Técnico que estuviera acompañado de la solicitud de retiro de cada uno de los funcionarios afectados por la reducción de personal y de sus correspondientes expedientes administrativos, ello a los fines de que se evaluara la evolución y el desarrollo de dichos funcionarios, incurriendo con ello la Alcaldía recurrente en una flagrante trasgresión a lo establecido en el artículo 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, lesionando así, el derecho a la estabilidad de la parte recurrente.

Aunado a ello, se precisa que la reducción de personal en toda la estructura de la Alcaldía de Municipio Torres del Estado Lara, por

cambios en la Organización Administrativa, se acordó mediante Decreto Número A-009-2002 de fecha 25 de marzo de 2002 y el acto de remoción que afectó al ciudadano Javier José Oropeza Colmenarez, fue dictado en fecha 26 de marzo de 2002, por lo que se removió a la recurrente al día siguiente de emisión del decreto de reducción de personal.

Siendo ello así, evidenciado el incumplimiento por parte del Municipio recurrido del procedimiento de reducción de personal que en líneas generales comprende la aprobación del órgano de la estructura ejecutiva del ente recurrido que tenga atribuida la competencia para nombrar y remover al personal; la elaboración del Informe Técnico donde se expusieran las razones que justifican la medida, acompañado de la solicitud de retiro de cada uno de los funcionarios afectados por la reducción de personal y de sus correspondientes expedientes administrativos; lo cual resulta indispensable para determinar la validez de la medida de reducción de personal por lo que se estaría afectando la estabilidad consagrada en el artículo 17 de la derogada Ley de Carrera Administrativa y el artículo 30 de la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública. Así se decide.

Vista las consideraciones que anteceden, esta Alzada declara la nulidad del acto administrativo de remoción contenido en el Oficio de fecha 26 de marzo de 2002 y dado que el procedimiento de reducción de personal constituye un trámite previo al retiro del recurrente, resulta inoficioso para esta Corte entrar a conocer del acto administrativo de retiro contenido en el Oficio de fecha 26 de abril de 2002, en consecuencia, se ordena la reincorporación del ciudadano Javier José Oropeza Colmenarez al cargo de Auxiliar de Tesorería, adscrito al Departamento de la Dirección de Finanzas de la Alcaldía del Municipio Torres del Estado Lara o a otro de similar o de superior jerarquía, y de conformidad con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a título de indemnización se ordena pagarle a el referido ciudadano el monto equivalente a la suma de sus sueldos dejados de percibir así como los beneficios socioeconómicos exceptuándose aquellos que requieren

la prestación personal del servicio, calculado desde la fecha de notificación cierta y exacta de su ilegal retiro, esto es, 07 de mayo de 2002, tal y como se desprende del folio ciento treinta y ocho (138) en la cual hay copia certificada donde se evidencia cuando fue notificado el acto de retiro, hasta la fecha de su efectiva reincorporación. En consecuencia, se ordena una experticia complementaria del fallo de conformidad con lo previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil a los fines de determinar el monto adeudado a la querellante. Así se decide.

- De la Corrección Monetaria

En cuanto a la solicitud en que se ordene la corrección monetaria de sus sueldos dejados de percibir, debe señalarse que dichos pagos no proceden, por cuanto ha sido criterio reiterado que la relación que vincula a la Administración con sus servidores es de naturaleza estatutaria, puesto que deriva del cumplimiento de la función pública, y por ende, no es susceptible de ser indexada (Vid. Sentencias de esta Corte Nros. 2006-2322 y 2007-276, de fechas 18 de julio de 2006 y 5 de marzo de 2007, caso: Betty Martínez contra el Ministerio de Hacienda hoy Ministerio de Finanzas, y Yilber David Rodríguez Díaz contra la Policía Metropolitana de Caracas, respectivamente). Así se decide.

- Del pago de las prestaciones

Ahora bien, declarada como ha sido la nulidad de los actos de remoción y retiro, esta Corte considera que los conceptos cancelados al ciudadano Javier José Oropeza Colmenarez (folios del 139 al 143 del expediente), deben tenerse como un adelanto de sus prestaciones sociales y deberán ser deducidos del pago que corresponda cuando se retire definitivamente de la Administración Pública (Vid. Sentencia de esta Corte del 28 de julio de 2010, caso: Alberto Israel Márquez Mora contra la Junta Liquidadora del Instituto de Capacitación Turística (INCE-TURISMO)). Así se decide.

**Corte Primera de lo Contencioso Administrativo
6 de diciembre 2011
Número 001465**

Caso: Maricela Parra vs. Contraloría General del estado Aragua
Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Visto lo anterior, debe señalarse que dada la autonomía orgánica y funcional de la que gozan las Contralorías Estatales que las faculta para dictar sus propias normas jurídicas en sujeción al ordenamiento jurídico general del Estado, deben ser observadas las disposiciones contenidas en la regulación especial expresa y vigente en materia de personal por ella dictada a los efectos de llevar a cabo el proceso de reestructuración.

Ello así, el Estatuto de Personal de la Contraloría General de la República en sus artículos 103, ordinal 2º y 104 establece lo siguiente: “Artículo 103: El retiro de la contraloría procera en los siguientes casos:

2. Por reducción de personal aprobada por el Contralor, debido a limitaciones financieras, reajustes presupuestarios, modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa. Los cargos que quedaren vacantes por esta vía no podrán ser provistos durante el resto del ejercicio fiscal.”

“Artículo 104: La reducción de personal prevista en el numeral 2 del artículo anterior dará lugar a la disponibilidad, si se trata de un funcionario de carrera, hasta por el término de un (1) mes, durante el cual tendrá derecho a percibir su sueldo y los complementos que le correspondan. Mientras dure la situación de disponibilidad la Dirección de Recursos Humanos tomará las medidas tendentes a su reubicación en la Contraloría o en cualquier otro organismo de la Administración Pública Nacional, en un cargo de carrera para el cual reúna los requisitos previstos en este Estatuto o en la Ley. Si vencida la disponibilidad a que se refiere este artículo no hubiere sido posible reubicar al funcionario, éste será retirado del servicio con el pago de la prestación de antigüedad e incorporado al Registro de Elegibles para cargos cuyos requisitos reúna.”.

De la norma transcrita se evidencia que para darse el proceso de reducción de personal es necesaria que se efectúen una serie de requisitos establecidos en la norma *ut supra*, i) la reducción de

personal deberá ser aprobada por el Contralor; ii) la reducción de personal dará lugar a la disponibilidad si se tratase de funcionario de carrera, por el término de (1) mes; iii) durante dicho lapso la Dirección de Recursos Humanos tomará las medidas tendentes a su reubicación en la Contraloría o en cualquier otro organismo de la Administración Pública Nacional, en un cargo que reúna los requisitos establecidos en el Estatuto de Personal de la Contraloría General de Venezuela; iv) vencido el lapso de la disponibilidad, si no hubiere sido posible reubicar al funcionario, éste será retirado del servicio.

3.- La Reubicación y la Disponibilidad

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

17 de octubre 2011

Número 001482

Caso: Eustoquio Cedeño vs. Servicio Bolivariano de Inteligencia

Ponente: Emilio Ramos González

Así las cosas, resulta pertinente indicar que los funcionarios de carrera, gozan de ciertos beneficios, entre los cuales se encuentra la estabilidad en el cargo, sin embargo, cuando un funcionario de carrera ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción, se mantiene cierta estabilidad en el cargo, y la Administración les debe otorgar el mes de disponibilidad a los efectos de que se realicen las gestiones reubicatorias pertinentes; beneficio éste del cual no gozan los funcionarios de libre nombramiento y remoción, quienes pueden ser removidos del cargo que ocupen sin que deba realizarse ningún procedimiento administrativo previo.

En el presente caso, podía la Administración como lo indicó el iudex a quo remover al querellante del cargo de Sub-comisario, en virtud de la clasificación de confianza que la Ley del Estatuto de la Función Pública a aquellos cargos “cuyas funciones comprendan principalmente actividades de seguridad del Estado”, pero también debía otorgarle el mes de disponibilidad para realizar las gestiones reubicatorias, dada su condición de funcionario de carrera.

Al respecto la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, ha señalado de manera reiterada que existe la posibilidad de que un funcionario de carrera ejerza eventualmente un cargo clasificado como de libre nombramiento y remoción; hecho éste que en ningún momento lo despoja de su condición de funcionario de carrera, pero tampoco lo mantiene con todas las prerrogativas de estabilidad de dichos funcionarios. En otras palabras, se trata de un híbrido, en el cual ni se tienen todas las garantías de estabilidad propias de los funcionarios de carrera, ni se carece totalmente de ellas, (como ocurre en los casos de los funcionarios de libre nombramiento y remoción), y en este sentido se pronunció la referida Sala en sentencia N° 2.416 del 30 de octubre de 2001, caso: Octavio Rafael Caramana Maita, en el cual se señaló lo siguiente:

“En primer lugar, consider[ó] es[a] Sala que no puede confundirse la situación de un funcionario de carrera que ocupando un cargo de libre nombramiento y remoción, sea removido de éste y, por ende, pase a situación de disponibilidad, con las causales de retiro previstas en el artículo 53 de la Ley de Carrera Administrativa.

Cuando un funcionario de carrera pasa a ocupar un cargo de libre nombramiento y remoción, por su situación de permiso especial y la naturaleza del cargo que ocupa, puede ser removido del mismo, sin que ello signifique que será inmediatamente retirado, en virtud de que no ha perdido su status de funcionario de carrera, es decir, al ser removido del cargo que viene ocupando nace para la Administración, a los fines de garantizar su derecho a la estabilidad, la obligación de procurar su reubicación en un cargo de carrera similar o de superior nivel y remuneración al que ocupaba para el momento de su designación en el cargo de libre nombramiento y remoción.

En este sentido, cuando un funcionario de carrera que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción, es removido y sometido a disponibilidad, su situación en la Administración no varía por cuanto continúa en esta, y sólo si las gestiones reubicatorias tanto internas como externas han sido infructuosas procederá su retiro de

la Administración Pública, es decir, es cuando puede considerarse terminada la relación laboral con el Organismo; y, desde luego, no pueden confundirse los conceptos de remoción y retiro, pues son dos actos distintos e independientes, cada uno con validez y eficacia para producir específicos efectos jurídicos.

Considera prudente esta Sala aclarar que la remoción de un funcionario de carrera que ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción y su posterior retiro, si resultan infructuosas las gestiones reubicatorias, no sólo tiene fundamento jurídico, como es la posibilidad expresada en la ley de que un funcionario de carrera ocupe un cargo de libre nombramiento y remoción, sino también tiene un fundamento lógico, ya que los cargos de libre nombramiento y remoción ostenta tal calificación en virtud de la naturaleza e importancia de las funciones que tienen atribuidas quienes los ocupen (funcionarios de alto nivel o de confianza), por lo cual el máximo jerarca del órgano correspondiente, debe necesariamente tener la facultad de remover al funcionario que lo desempeñe, así sea un funcionario de carrera, caso en el que si bien debe preservar su derecho a la estabilidad, el cual se le garantiza con el deber de pasarlo a situación de disponibilidad, y realizadas las gestiones reubicatorias no se puede obligar a la Administración a proveer un cargo que no existe, pues ello, violentaría la potestad de la Administración para hacer un nombramiento" (Destacados de esta Corte)

En este sentido, este Órgano Jurisdiccional considera conveniente destacar que, para que sea válido el retiro de los funcionarios de carrera, debe constar en el expediente que tal actuación estuvo precedida por las gestiones reubicatorias, de manera tal que la Administración demuestre que verdaderamente realizó las gestiones pertinentes a los fines de garantizar la estabilidad del funcionario afectado por la medida. (Vid Sentencia de esta Corte N° 2011-0141 de fecha 8 de febrero de 2011 caso: Alexander José Palma Henriquez Vs. La Dirección Nacional de los Servicios de Inteligencia y Prevención (DISIP) Hoy Servicio Bolivariano de Inteligencia Nacional (SEBIN).

En concordancia con lo expuesto, estima esta Corte que el trámite de las gestiones reubicatorias no es una simple formalidad sino una verdadera obligación de hacer a cargo del organismo que efectuó la remoción, que debe traducirse en actos materiales que objetivamente demuestren la intención de la Administración de tratar de reubicar al funcionario de carrera removido, en otro cargo de carrera para impedir su egreso definitivo; dichas gestiones deben ser realizadas tanto dentro del órgano o ente querellado como en otros de la Administración Pública, y así fue establecido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 2.416, de fecha 30 de octubre de 2001, mediante la cual señaló lo siguiente:

“(...) sólo si las gestiones reubicatorias tanto internas como externas han sido infructuosas procederá su retiro de la Administración Pública, (...) y, desde luego, no pueden confundirse los conceptos de remoción y retiro, pues son dos actos distintos e independientes, cada uno con validez y eficacia para producir específicos efectos jurídicos (...)”

Conforme a lo establecido en la sentencia parcialmente transcrita, las gestiones reubicatorias deben cumplirse tanto internas como externamente, criterio éste asumido por esta Corte (Vid. Sentencia N° 2008-1595 de fecha 14 de agosto de 2008 caso: Nuryvel Antonieta Peña González Vs. la Junta Liquidadora del Instituto Nacional del Menor).

Ello así, tal y como fue analizado por el Juez de Primera Instancia, esta Corte aprecia que el órgano querellado no realizó las gestiones reubicatorias a las que tenía derecho el ciudadano Eustiquio Avelino Cedeño Subero, lo cual resulta evidenciable incluso del propio acto de retiro que no se le reconoció el mes de disponibilidad que le correspondía.

El órgano que dictó el acto de remoción debió realizar las gestiones reubicatorias, siendo éstas una expresión al principio de estabilidad, ya que con ello se busca que aquellos funcionarios que son removidos de la Administración se les preserve el mencionado derecho a la estabilidad y como se señaló supra la reubicación no

puede entenderse como una simple formalidad sino una obligación que se cumple, a través de actos materiales, que demuestren la verdadera intención de la Administración de tratar de reubicar al funcionario removido, tal como lo sostuvo esta Corte en la Sentencia N° 2008-1595 de fecha 14 de agosto de 2008 caso: Nuryvel Antonieta Peña González Vs. la Junta Liquidadora del Instituto Nacional del Menor.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

9 de diciembre 2011

Número 001449

Caso: Xiomara Quezada vs. Gobernación del estado bolivariano de Miranda

Ponente: María Eugenia Mata

En efecto, encontramos que del contenido de la Gaceta Oficial del Estado Miranda N° 0002 Extraordinario, de fecha 12 de enero de 2006, se delega en el ciudadano Francisco Garrido Gómez, en su carácter de Director General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del Estado Miranda, entre otro, la firma de ciertos actos y documentos, entre los cuales se menciona, “Retirar de la Administración Pública a los funcionarios de carrera, cuando habiéndose concedido el mes de disponibilidad a los efectos de su reubicación, esta haya resultado infructuosa...” (Numeral 5 del mencionado Decreto).

En corolario a lo anterior, se infiere que el Gobernador del estado Bolivariano de Miranda, actuando dentro del marco de las atribuciones constitucionales y legales conferidas, ejerció sus facultades gerenciales de dirección y organización del gabinete a su cargo, procediendo a delegar firma de “ciertos actos” y documentos en el Director General de Administración de Recursos Humanos de esa Gobernación, entre los cuales se destaca, el retiro de los funcionarios luego de la infructuosidad que arrojaren las gestiones reubicatoria que al efecto se acordaran en beneficio del funcionario de carrera.

No obstante a lo que antecede, encontramos que el A quo consideró que el Decreto en referencia adolecía de contradicciones, pues, en su elaboración gramatical se utilizaron verbos rectores como “participar, dar, ordenar, retirar, conceder, dictar, fijar, otorgar, dirigir, aceptar”, los cuales dentro de una exégesis son indicativos de gestión lo cual corresponde de manera exclusiva al Gobernador del estado Bolivariano de Miranda y no al Director de Recursos Humanos.

Ante tal circunstancia, observa esta Alzada que el Decreto de Delegación precisó que el Gobernador era quien ejercía la suprema dirección y organización de la entidad gubernamental, por tanto, no es un hecho controvertido quien ejerce la máxima gestión del personal, empero, es el propio Gobernador quien a través del ámbito de su competencia encomienda y delega en el Director General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del estado Miranda, la firma de simples documentos y “ciertos actos”, tales como “Retirar de la Administración Pública a los funcionarios de carrera, cuando habiéndose concedido el mes de disponibilidad a los efectos de su reubicación, esta haya resultado infructuosa...”. De allí, que tenga lugar el retiro de funcionarios de carrera, cuando fenece el período de disponibilidad, el resultado de su reubicación hubiere sido infructuoso.

En tal sentido, considera esta Alzada que el A quo no dio una sana interpretación al sentido y alcance del Decreto de Delegación y desconoció por completo lo estatuido en su numeral 5, que faculta a la máxima autoridad de la Dirección General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del Estado Bolivariano de Miranda, a suscribir el retiro de los funcionarios luego de fenece el período de disponibilidad y de resultar ésta infructuosa.

En concreto se verificó en los autos, el transcurrir del mes de disponibilidad acordado para la gestión reubicatoria del querellante y la infructuosidad que arrojaron los trámites correspondientes, siendo por tanto, verificable el numeral 5 del Decreto en referencia, máxime cuando el propio Gobernador en Resolución N° 18-124, de fecha 8 de febrero de 2007, resolvió la remoción del cargo que

ocupaba el querellante dentro del organismo y fijó los parámetros para su consecuente retiro, al advertir del mes que se dispondría el afectado para su reubicación.

De modo que, transcurrido ese mes de disponibilidad para la gestión reubicatoria y siendo ésta infructuosa, el Director General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del estado Bolivariano de Miranda, debidamente facultada por el numeral 5 del Decreto de Delegación N° 0002, de fecha 12 de enero de 2006, antes referido, podía y debía suscribir el retiro del funcionario de la Gobernación aludida, ya que dicha decisión, era consecuencia directa de la remoción de la cual había sido objeto por la máxima autoridad y de las directrices impartidas por la máxima autoridad. Por tanto, no se trata de una atribución que tomó -fuera del ámbito de su competencia- el Director de Recursos Humanos, sino de una delegación de firma y de atribuciones o ciertos actos autorizada según Decreto de Delegación (numeral 5 ut supra).

Ante tal situación, es necesario advertir que si el A quo hubiere realizado una acertada apreciación del Decreto en referencia, su veredicto hubiere sido totalmente distinto al adoptado, pues, la conclusión a la que habría llegado sería la de reconocer la delegación de firma y de atribuciones que recaía sobre el Director General de Administración de Recursos Humanos del ente recurrido y por consiguiente, su competencia para suscribir el acto de retiro como consecuencia de la remoción y directrices impartidas por la superioridad, en razón de lo cual resultaba inevitable que el A quo desestimara el vicio de incompetencia denunciado por el recurrente. Así las cosas, nota esta Alzada que el Juzgado A quo incurrió tal como lo denunció la parte apelante, en un falso supuesto en la sentencia y al respecto debe destacarse que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 123 de fecha 29 de enero de 2009 (caso: Zaramella Pavan Construction Company, S.A), precisó que éste se configura en la oportunidad en que el Juez, al dictar un determinado fallo fundamenta su decisión en hechos inexistentes, erróneos, falsos o que no guardan la debida vinculación con el o los asuntos objeto de decisión.

En el caso sub examine se evidencia el vicio en referencia, ya que el A quo declaró la nulidad del acto de retiro basándose en la presunta incompetencia de quien lo suscribió, por lo que resulta procedente la apelación incoada por la Administración Pública, ya que efectivamente a juicio de esta Alzada sí existía una correcta delegación de firma y de atribuciones, otorgando al Director General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del estado Bolivariano de Miranda. En virtud de ello, debe declararse Con Lugar la apelación interpuesta contra el fallo definitivo de fecha 19 de mayo de 2008, dictado por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital y revocar parcialmente la sentencia recurrida, dejando a salvo los razonamientos expuestos respecto al acto de remoción. Así se decide.

Así las cosas, pasa esta Alzada a resolver el fondo del asunto controvertido, sólo en lo que refiere al acto de retiro, dejando a salvo el pronunciamiento del A quo en cuanto al acto de remoción. En tal sentido, se observa que el recurrente denunció en su escrito libelar, la existencia del vicio de incompetencia e inmotivación; el primero, es desestimado por esta Instancia Jurisdiccional por las razones precedentemente expuestas, y el segundo se esclarece en los términos siguientes:

Sostuvo el querellante que el acto de retiro, se encuentra viciado de inmotivación, por cuanto a su decir, la Administración se limitó a invocar lo previsto en el último aparte del artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que a su vez, remite al numeral 5 de dicho artículo, en el cual se establecen los cuatro motivos que justifican la reducción de personal, empero, no precisó bajo cuál de tales supuestos se iba a realizar la reducción de personal.

Sobre este particular, destaca esta Instancia Jurisdiccional, que la jurisprudencia ha dejado sentando que el vicio de inmotivación se produce cuando no es posible conocer cuáles fueron los motivos del acto y sus fundamentos legales, o cuando los motivos del acto se destruyen entre sí, por ser contrarios o contradictorios; la insuficiente motivación de los actos administrativos, sólo da lugar

a su nulidad cuando no permite a los interesados conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron los motivos en que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión, pero no cuando, a pesar de su sucinta motivación, permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por la Administración. (Vid. Sentencia N° 01117 de Sala Político Administrativa, Expediente N° 16312 de fecha 19/09/2002).

En el caso concreto, encontramos que el acto de retiro suscrito por el Director General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del estado Bolivariano de Miranda, informa al querellante sobre las gestiones que se llevaron a cabo a fin de reubicarlo en alguno de los diversos organismos tanto de la Administración Pública Regional como Nacional y que tales diligencias constaban en su expediente administrativo. Asimismo, precisa los datos de los oficios o misivas que se libraron para cumplir con los trámites de reubicación, así como los resultados infructuosos que arrojaron, por lo que se procedió el "RETIRO" de la Gobernación del estado Bolivariano de Miranda, de conformidad con lo previsto en el artículo 78, último aparte de la Ley del Estatuto de la Función Pública y artículo 88 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa.

De modo pues, que existe una motivación del acto sucinta y suficiente que permite conocer al interesado los fundamentos legales (normas sobre las que se fundamenta el acto) y los supuestos de hecho (resultados infructuosos de las gestiones reubicatoria), que constituyeron los motivos en que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión. Aunado a ello, cabe destacar que el querellante en la oportunidad de ser removido, tuvo conocimiento de su situación administrativa, de la medida que sufrió por virtud del proceso de reestructuración y del mes de disponibilidad que se acordaba para su reubicación, por lo que el retiro del cual fue objeto, fue consecuencia de ese primer acto, en razón de lo cual, resulta forzoso para esta Alzada desechar el vicio de inmotivación denunciado, por carecer de fundamentos. Así se declara.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

24 de enero 2012

Número 00008

Caso: Vicente Monterola vs. Instituto Autónomo Policía de municipio Chacao

Ponente: Alexis Crespo Daza

Aprecia este Órgano Jurisdiccional que una vez decidida la medida de reducción de personal, el funcionario afectado pasó al estado de disponibilidad por el período de un (1) mes, con goce de sueldo, mientras se realizaban las gestiones de reubicación, ello en virtud de que el referido “pase a disponibilidad” en ningún momento implica el acto administrativo definitivo de retiro, ya que él depende de un hecho futuro e incierto, como lo es la no reubicación (Vid. Sentencia N° 2006-1335 de fecha 16 de mayo de 2006, dictada por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, caso: Plinio López contra el Instituto Nacional de Geología y Minería (INGEOMIN)).

Ahora bien, pasa esta Corte a verificar si el procedimiento de reubicación fue realizado conforme a lo establecido en el artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Ello así, considera menester este Órgano Jurisdiccional, señalar lo siguiente:

- Riela al folio sesenta y siete (67) de la pieza de antecedentes administrativo, Memo N° 001, de fecha 24 de febrero de 2003, emanado de la Contraloría Interna del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao, dirigido a la Dirección de Recursos Humanos de dicho organismo, a través del cual señaló “(...) no disponer de puestos vacantes para los funcionarios que se encuentran en el proceso de remoción (...)”.
- Riela al folio sesenta y tres (63) de la pieza de antecedentes administrativo, comunicación de fecha 11 de febrero de 2003, emanada de la Fundación Cultural de Chacao, dirigida a la Dirección de Recursos Humanos del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao, a través de la cual se señaló que “(...) en los actuales

momentos no poseemos cargos vacantes que puedan facilitar la reubicación de personal por usted descrito en su comunicación”.

• Riela al folio sesenta y cuatro (64) de la pieza de antecedentes administrativo, Memo Nº 047/2003, de fecha 11 de febrero de 2003, emanado de la Dirección de Telemática del ente recurrido, a través del cual manifestaron que “(...) no existen vacantes para la reubicación del personal mencionado en el listado remitido por usted”.

• Riela a los folios sesenta y cinco (65) y sesenta y seis (66) de la pieza de antecedentes administrativos, Oficio Nº 174, de fecha 10 de febrero de 2003, emanado de la Directora de Personal de la Alcaldía del Municipio Chacao, a través de la cual señaló que “(...) actualmente no disponemos de cargos vacantes en nuestros registros, para ninguno de los cargos por usted señalado”.

• Riela al folio sesenta y siete (67) de la pieza de antecedentes administrativos, Oficio Nº I.P.C.A. 0160/2003, de fecha 10 de febrero de 2003, emanado del Jefe de División de Recursos Humanos del Instituto Autónomo de Protección Civil y Ambiente de la Alcaldía de Chacao, a través del cual expresaron que “(...) en la actualidad el Instituto no cuenta con la disponibilidad de cargos vacantes (...)”.

• Riela al folio sesenta y ocho (68) de la pieza de antecedentes administrativos, Oficio Nº DP/Nº 03-17 de fecha 10 de febrero de 2003, emanado de la Jefe de División de Personal del Instituto Municipal de Cooperación y Atención a la Salud (I.M.C.A.S), a través del cual señalaron que “(...) el Instituto actualmente no posee cargos vacantes para proceder a la reubicación del personal en cuestión”.

• Consta al folio sesenta y nueve (69) de la pieza de antecedentes administrativos, Memo Nº R.I.040, de fecha 6 de febrero de 2003, emanado de la Directora de Relaciones Institucionales del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao, a través del cual señaló que “(...) en los actuales momentos no existe tal disponibilidad (...)”.

• Riela al folio setenta (70) de la pieza de antecedentes administrativos, Oficio Nº DP-087/2003, de fecha 6 de febrero de

2003, emanado del Jefe de la División de Personal del Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio los Salias, Estado Miranda, a través del cual se señaló, que “(...) no tenemos vacantes para los cargos señalados (...)”.

- Riel a folio setenta y uno (71) de la pieza de antecedentes administrativos, Memo N° 05, de fecha 6 de febrero de 2003, emanado de la Dirección de Planificación del ente recurrido, a través del cual manifestaron que “(...) en esta dirección no existen cargos vacantes para reubicar al mencionado personal”.
- Riel a folio noventa y seis (96) de la pieza de antecedentes administrativos, Oficio N° R.R.H.H. N° 0034-03, de fecha 5 de febrero de 2003, emanado de la Directora de Recursos Humanos del Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte del Municipio Libertador, a través del cual se señaló que “(...) en los actuales momentos no existen cargos vacantes en este Instituto a los fines de proceder a la reubicación de los ciudadanos mencionados en la misma (...)”.
- Riel a folio noventa y siete (97) de la pieza de antecedentes administrativo, folio N° DGPMS/0356-2003, emanado de la Dirección General de la Policía Municipal del Municipio Autónomo Sucre del estado Miranda, a través del cual se señaló que “(...) en la actualidad no hay vacantes en los cargos mencionados por usted”.
- Consta al folio noventa y ocho (98) de la pieza de antecedentes administrativos, Oficio N° P-0069/012003, de fecha 3 de febrero de 2003, emanado del Director de Personal del Instituto Autónomo de Tránsito Transporte y Circulación, a través del cual se señaló que “(...) no existen cargos vacantes para proceder a la reubicación de los referidos funcionarios”.
- Riel a folio noventa y nueve (99) de la pieza de antecedentes administrativos, Comunicación de fecha 30 de enero de 2003, emanada del Director General del Instituto Autónomo de Policía del Municipio El Hatillo, a través del cual se señaló que “(...) en la Actualidad no tenemos plazas Vacantes para reubicar o ingresar a ninguno de los funcionarios nombrados en el oficio antes mencionado, esto motivado a la falta de Presupuesto”.

• Consta al folio N° ciento tres (103) de la pieza de antecedentes administrativo, Oficio N° 043, de fecha 29 de enero de 2003, emanada del ente recurrido, dirigida al Director de Personal de Policía Municipal de Baruta, a través de la cual le solicitó al mencionado organismo que “(...) nos informe si en esa Institución existen vacantes para proceder a su reubicación en un cargo de carrera de similar nivel y remuneración al que ocupaba al momento de la remoción”.

En virtud de lo anterior, se evidencia que en efecto el Instituto Autónomo Policía de Chacao, cumplió con dichas gestiones de carácter obligatorias (no potestativas) devenidas en cabeza del Instituto querellado, cumpliendo con los trámites procedimentales previstos a la emisión del retiro que contempla el último aparte del artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función pública.

VII.- Las Situaciones Pasivas de los Funcionarios Públicos

1.- La Jubilación

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

6 de octubre 2011

Número 001378

Caso: María Magdalena Bozo de Gómez vs. Consejo Nacional de la Cultura

Ponente: Emilio Ramos González

Al respecto, debe señalarse que la pensión de jubilación que se acordó a favor de la querellante, es el producto de un cómputo que tomó en cuenta el sueldo básico más las primas de antigüedad y eficiencia que percibiera la querellante al momento de su jubilación; este producto se transformó en un monto consolidado como un único concepto, que no puede descomponerse nuevamente con el fin de desmejorarse la condición previamente adquirida, es decir, las primas que fueran tomadas en cuenta para generar el monto que por pensión de jubilación se otorga, no puede nuevamente

fraccionarse y mucho menos restarse ninguno de sus componentes originales, siendo que en atención a ese resultado-pensión de jubilación, es que deben realizarse los sucesivos reajustes como consecuencia del incremento que pueda generarse en cada uno de los conceptos mencionados. Así se declara.

Ahora bien, siendo que como se indicara el iudex a quo desaplicó por control difuso el artículo 8 del "Sistema de Primas por Razones de Servicio", esta Corte pasa a realizar una interpretación constitucionalizante del mismo en los siguientes términos:

Tal disposición normativa, regía el cálculo y modo en que se reconocían y pagaban las primas adicionales a los empleados del Consejo Nacional de la Cultura, el cual es del siguiente tenor:

"8.- DE LA PÉRDIDA DEL DERECHO A LAS PRIMAS POR RAZONES DE SERVICIO.

El derecho a percibir el monto total de las primas se pierde:

a) Al comprobarse mediante investigación y apertura de expedientes administrativos la falsificación y forjamiento de los documentos que acreditan y expresan méritos para la obtención de las primas por razones de servicio.

b) al concedérsele al trabajador un permiso no remunerado de acuerdo a lo establecido en el Art. 77 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y en el Art. 49, 50 y 51 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa. Es decir el funcionario dejará de cobrar el monto de la prima asignado desde la fecha de inicio del permiso hasta la fecha de culminación del mismo. Si existe reajuste general durante el lapso del permiso otorgado, este se realizará una vez el funcionario se reincorpore definitivamente a sus labores, con vigencia desde ese momento, en ningún caso dicho ajuste se hará de manera retroactiva.

c) por la designación a un cargo de alto nivel de un empleado que ostente un cargo de carrera.

d) Por el egreso del CONAC bajo cualquier circunstancia".

Del anterior artículo, se desprende que las primas de mérito y antigüedad se pierden por diversas razones, no obstante la razón esgrimida por el Consejo Nacional de la Cultura para negar el

reajuste de la jubilación de la parte querellante se fundamentó en el literal “d” del artículo transrito *ut supra*, sin embargo el mismo no es concreto ni especifica otro supuesto que no sea “el egreso por cualquier circunstancia”, no obstante ello no obsta para que tales primas sean tomadas en cuenta a los fines de obtener el salario promedio integral del cual se va a generar la pensión de jubilación, como en efecto ocurrió en el presente caso, cuando el Consejo Nacional de la Cultura jubiló a la querellante.

Sin duda, el egreso por cualquier circunstancia a que se refiere el literal “d” del artículo in commento, se refiere a la imposibilidad material de calcular el monto y determinar los méritos a que se refiere el “Sistema de Primas por Razones de Servicio” del extinto Consejo Nacional de la Cultura, de aquellos funcionarios que egresaron de dicho instituto por cuanto al no estar ya en el servicio activo resulta imposible sumar méritos en caso de eficiencia toda vez que sólo puede ser cuantificada en el desempeño de las actividades diarias, lo cual resulta igualmente válido para las primas que reconocerían la antigüedad, pues de no estar prestando servicio no se puede sumar antigüedad alguna.

De esta forma resulta evidente que a los funcionarios jubilados no se les puede pagar prima alguna por tales conceptos en virtud que las mismas están dirigidas a recompensar la antigüedad y la eficiencia durante el servicio activo y nunca como jubilado.

Asimismo resulta relevante destacar que cómo se indicó en el cuerpo del presente fallo, debido a lo contemplado en el artículo 7 Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, según el cual que el sueldo base para el otorgamiento de la jubilación es el “(...) integrado por el sueldo básico y las compensaciones por antigüedad y servicio eficiente (...)", la pensión de jubilación se consolida entonces como un único concepto, que no puede ser descompuesto a los efectos de restar ninguno de dichos conceptos como consecuencia de la aplicación del literal “d” del artículo 8 del “Sistema de Primas por Razones de Servicio”, como en efecto hizo el

Consejo Nacional de la Cultura cuando le comunicó a la querellante que “(...) el derecho a percibir el monto total de la prima se pierde : d) por el egreso del trabajador bajo cualquier circunstancia (...)”, y en consecuencia procedió a restarle los montos correspondientes a las primas mencionadas del monto consolidado como base de cálculo de la pensión de jubilación de la querellante.

En consecuencia -en el caso de los jubilados-, en atención al literal “d” del artículo 8 del “Sistema de Primas por Razones de Servicio”, no puede interpretarse como la posibilidad de restar el monto que por dichas primas fue tomado en cuenta para obtener el concepto único como base de cálculo de la pensión de jubilación.

De esta forma, quiere esta Corte dejar claro que el literal “d” del artículo 8 del “Sistema de Primas por Razones de Servicio”, empleado por el Consejo Nacional de la Cultura, no establece que el funcionario jubilado pierde los montos consolidados que por las compensaciones de antigüedad y servicio eficiente percibiera en situación de activo, menos aun cuando en el caso concreto -tal y como se desprende del cálculo de jubilación (folio 69)-, dichos conceptos fueron expresamente reconocidos y tomados en cuenta para el otorgamiento de la pensión de jubilación a la ciudadana María Magdalena Bozo de Gómez.

VIII.- El Retiro y el Reingreso de los Funcionarios Públicos

1.- Competencia para ordenar el retiro de funcionarios públicos

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

28 de septiembre 2010

Número 001006

Caso: Juan José González vs. Gobernación del estado Bolivariano de Miranda

Ponente: Enrique Sánchez

De modo pues, que nos encontramos frente a la ruptura de una relación de empleo público que mantenía el querellante con la

Administración, producto del proceso de reestructuración en el que quedó afectado el cargo de carrera que desempeñaba el recurrente. Ahora bien, se corrobora que el A quo declaró la nulidad de esta última actuación (retiro), por considerar que el Director General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del estado Bolivariano de Miranda, carecía de competencia para resolver dicho retiro, ya que sólo tenía una delegación de firmas y no de atribución.

En tal sentido, se observa que efectivamente el acto de retiro objeto de controversia, está rubricado por el Lic. Francisco Garrido Gómez, en su carácter de Director General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del estado Bolivariano de Miranda, por estar facultado según Resolución N° 0002 de fecha 7 de noviembre de 2004, publicada en Gaceta Oficial del estado Miranda N° 0001 Extraordinario de fecha 8 de noviembre de 2004, y delegación de actos y firmas, según Resolución N° 0002 de fecha 2 de enero de 2006, publicada en Gaceta Oficial N° 0062 Extraordinario de fecha 12 de enero de 2006, respectivamente.

Así las cosas y por cuanto en criterio del Tribunal de Primera Instancia, el Decreto de Delegación antes mencionado no estipula delegación de atribuciones sino de simple firma, es por lo que se hace necesario examinar el contenido del mismo.

En efecto, encontramos a los folios 72 al 77 de la primera pieza del expediente judicial, copia de la Gaceta Oficial del Estado Miranda N° 0002 Extraordinario, de fecha 12 de enero de 2006, en cuyo contenido el Gobernador del estado Bolivariano de Miranda, delega en el ciudadano Francisco Garrido Gómez, en su carácter de Director General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del Estado Miranda, entre otro, la firma de ciertos actos y documentos, entre los cuales se menciona, "Retirar de la Administración Pública a los funcionarios de carrera, cuando habiéndose concedido el mes de disponibilidad a los efectos de su reubicación, esta haya resultado infructuosa..." (Numeral 5 del mencionado Decreto).

En corolario a lo anterior, se infiere que el Gobernador del estado Bolivariano de Miranda, actuando dentro del marco de

las atribuciones constitucionales y legales conferidas, ejerció sus facultades gerenciales de dirección y organización del gabinete a su cargo, procediendo a delegar firma de “ciertos actos” y documentos en el Director General de Administración de Recursos Humanos de esa Gobernación, entre los cuales se destaca, el retiro de los funcionarios luego de la infructuosidad que arrojaren las gestiones reubicatoria que al efecto se acordaran en beneficio del funcionario de carrera.

No obstante a lo que antecede, encontramos que el A quo consideró que el Decreto en referencia adolecía de contradicciones, pues, en su elaboración gramatical se utilizaron verbos rectores como “participar, dar, ordenar, retirar, conceder, dictar, fijar, otorgar, dirigir, aceptar”, los cuales dentro de una exégesis son indicativos de gestión lo cual corresponde de manera exclusiva al Gobernador del estado Bolivariano de Miranda y no al Director de Recursos Humanos.

Ante tal circunstancia, observa esta Alzada que el Decreto de Delegación precisó que el Gobernador era quien ejercía la suprema dirección y organización de la entidad gubernamental, por tanto, no es un hecho controvertido quien ejerce la máxima gestión del personal, empero, es el propio Gobernador quien a través del ámbito de su competencia encomienda y delega en el Director General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del estado Miranda, la firma de simples documentos y “ciertos actos”, tales como “Retirar de la Administración Pública a los funcionarios de carrera, cuando habiéndose concedido el mes de disponibilidad a los efectos de su reubicación, esta haya resultado infructuosa...”. De allí, que tenga lugar el retiro de funcionarios de carrera, cuando feneceido el período de disponibilidad, el resultado de su reubicación hubiere sido infructuoso.

En tal sentido, considera esta Alzada que el A quo no dio una sana interpretación al sentido y alcance del Decreto de Delegación y desconoció por completo lo estatuido en su numeral 5, que faculta a la máxima autoridad de la Dirección General de Administración de Recursos Humanos de la Gobernación del Estado Bolivariano de

Miranda, a suscribir el retiro de los funcionarios luego de fijado el período de disponibilidad y de resultar ésta infructuosa.

2.- Reducción de Personal

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

26 de septiembre 2010

Número 000983

Caso: Gladys Villegas vs. Concejo Municipal del municipio Girardot del estado Aragua

Ponente: Enrique Sánchez

En atención a lo expuesto, evidencia esta Corte que el retiro de un funcionario público que efectúe la Administración Pública (nacional, estadal o municipal) por reducción de personal con ocasión a cambios en la organización administrativa, conlleva a la realización de ciertos actos que forman parte del procedimiento contenido en las disposiciones supra transcritas.

Así, en principio, la solicitud de reducción de personal por reorganización administrativa debe ser realizada por el órgano de la estructura que tenga atribuida la competencia de nombrar y remover al personal, debiendo ser remitida para la aprobación del Presidente o Presidenta de la República en Consejo de Ministros, de los Consejos Legislativos, o de los Concejos Municipales, siendo que se trate de la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal, respectivamente; con el objeto que se otorgue anuencia para la movilización de personal.

Cabe destacar que, la referida solicitud de reducción de personal deberá estar acompañada de un informe técnico que justifique la medida; de la opinión de la Oficina Técnica competente sobre la viabilidad y oportunidad de la reorganización administrativa (en caso de que la causal invocada así lo exija), así como también de un resumen del expediente de los funcionarios afectados por la medida.

Ahora bien, ajustando el mencionado procedimiento al caso bajo estudio, se evidencia que una vez creada la Comisión

Reestructuradora del Concejo Municipal del Municipio Girardot del estado Aragua, en fecha 20 de diciembre de 2005, la Dirección de Recursos Humanos de la Alcaldía del Municipio Girardot del estado Aragua, remitió al Presidente de dicha Comisión un informe sobre las fichas técnicas de los funcionarios que prestaban servicio en la Secretaría Municipal del referido Concejo (vid. folio 101 al 109 del expediente administrativo), señalando en relación a la ciudadana Gladys Josefina Villegas, lo siguiente: "...desempeña el cargo de Secretaría III, la funcionaria no es bachiller, tiene experiencia en lo que respecta a trabajo secretariales, no tiene amonestación o sanción administrativa, amerita capacitación, ha tenido 11 reposos durante 09 años de servicio, la (sic) presento los soporte de los cursos que ha realizado...".

En vista de lo anterior, en fecha 29 de diciembre de 2005, el Secretario del Concejo Municipal del Municipio Girardot, giró circular mediante la cual notificó que "...todo aquel que labora en el Concejo Municipal de Girardot deberá dirigirse a (sic) al Despacho de su Jefe Inmediato, desde el 28/12/2005 (sic) al 30/12/2005 (sic) con el objeto de actualizar los datos mediante instrumento de evaluación de personal..." (Vid. folio 126 del expediente administrativo). Ello así, en fecha 26 de diciembre de 2005, se procedió a la evaluación de la ciudadana Gladys Josefina Villegas, quien se desempeñaba en el cargo de Secretaria Ejecutiva III, y en la cual manifestó, tener como grado de instrucción "Bachiller".

En tal sentido, es necesario señalar que el Manual Descriptivo de Cargos del Concejo Municipal de Girardot, establece que las exigencias para optar al cargo de Secretaria III son las siguientes: "...Educación: Bachiller con mención, más curso de Secretariado Ejecutivo. Experiencia: 9 a 10 años de experiencia como (sic) Ejecutiva II...". Vista la evaluación realizada, así como los requisitos establecidos en el respectivo Manual Descriptivo de Cargos, la referida Comisión Reestructuradora levantó un informe (Vid. folios 141 al 142 del expediente administrativo) en el cual señaló: "Para la realización del presente informe se estableció como soporte técnico, los siguientes instrumentos:

1. Informe suscrito por la (...) Directora de Recursos Humanos de la Alcaldía de Girardot de fecha 20/12/05 (sic) contentivo de la planilla de personal (...).
2. Perfil curricular establecido en el Manual Descriptivo de Cargos de la Dirección de Recursos Humanos de la Alcaldía del Municipio Girardot de fecha 27/09/2003 (sic).
3. Perfil Curricular establecido en el Manual Descriptivo de la Dirección de Recursos Humanos del Concejo Municipal del Municipio Girardot, de fecha 14/12/2005 (sic).
4. Instrumento de Evaluación practicado por la Secretaría del Concejo Municipal de Girardot de fecha 26/12/2005 (sic), contentivo del nivel educativo y datos labores (sic) del funcionario, previa circular suscrita por el (...) Secretario del Concejo Municipal de Girardot, donde se solicita a todo el personal que labora para ese órgano pública (sic) `actualizar los datos mediante instrumento de evaluación del personal'.

...omissis...

Con base al análisis de los instrumentos antes indicados, se estableció las siguientes especificaciones:

(...)

4. Total de año de servicio en el cargo actual. 10 años
5. Total años de servicio en Empresa Privada: 09 años (no existe documentación de soporte).
6. Las funciones según el cargo son la de prestar servicios secretariales y administrativos, mediante la supervisión de personal, control de documentos públicos y confidenciales, así como la atención al público, manejo y control de agenda.
7. Las funciones que actualmente ejerce son: Redacción de Informes, redacción de oficios y atención al público.
8. Nunca ha sido amonestada, ejerció funciones de operadoras de máquinas IBM (sic) en la Empresa Liberal (Caracas), ejerció el cargo de Secretaría en el Sindicato único Textil de Aragua.
9. Realiza dualidad de funciones en relación a otras Secretarías Ejecutivas III, las cuales para la estructura anterior son adecuadas pero para la estructura aprobada posee características redundantes.
10. Realizó el curso de MICROS y Secretariado en el año 1993.

Del estudio realizado a las funciones desempeñadas actualmente por la funcionaria (...) la comisión sugiere suprimir el cargo (...) motivado a que la nueva estructura aprobada no amerita mantener un alto número de cargos similares y a su vez se somete a consideración la aprobación (sic) colocar a la funcionaria en período de disponibilidad como lo establece la Ley del estatuto (sic) de la Función Pública..."

Ello así, se observa en el caso sub examine que entre los documentos consignados por la recurrente a los fines de demostrar su capacitación para desempeñarse en el cargo de Secretaria Ejecutiva III, no se encuentra constancia alguna, en el cual se evidencie su nivel educativo, toda vez, que la actora señaló en el Informe levantado por la Comisión Reestructuradora del Concejo Municipal del Municipio Girardot del estado Aragua, en fecha 26 de diciembre de 2005, que el grado de instrucción ostentado era de bachiller, siendo este requisito según lo contemplado en el Manual Descriptivo de Cargo del referido Consejo, necesario para desempeñarse como Secretaria Ejecutiva III y el cual no fue consignado por la recurrente en la oportunidad correspondiente, limitándose sólo a entregar copia de los cursos realizados por la misma. De igual forma, al existir dentro de la Secretaría Municipal un alto número de cargos similares, no cónsono con la nueva estructura organizativa, y no cumplir la recurrente con los requisitos previstos, se sometió a consideración la supresión del cargo desempeñado por ésta.

En tal sentido, aprobado en fecha 31 de diciembre de 2005, mediante Acuerdo Nº 655 publicado en Gaceta Municipal Nº 4.682 de la misma fecha (Vid. folios 132 al 140 del expediente administrativo), "...el Informe técnico, Financiero y Jurídico, presentado (...) por la Comisión Reestructuradora (...) y (...) la estructura organizativa propuesta para el ejercicio fiscal 2006...", el Concejo Municipal del Municipio Girardot del estado Aragua, mediante Acta Nº 103 (Vid. folio 160 al 210 del expediente administrativo), dejó establecido lo que a continuación se expone:

"...las razones de derecho, que justifican las circunstancias excepcionales, en las cuales se soporta la reducción de personal como consecuencia de la reestructuración, debido a la necesidad

de adoptar la estructura organizativa del Concejo Municipal de Girardot del estado Aragua, a los requerimientos de la Ley Orgánica del Poder Público 'Municipal (...). Es importante, señalar que la pertinencia de la reestructuración y procedimientos que permitan adecuar, una organización a sus fines y objetivos, la estructura orgánica y funcional, los cargos, las funciones, el personal debe ajustarse a definiciones estratégicas que deben estar claramente expresadas, por lo que se requiere de una evaluación, racionalización, y reconversión del Recurso Humano y cuya reestructuración se ha aplicado a funcionarios de carrera, lo cual traerá como consecuencia 1. La remoción de los cargos que desempeñan y luego gozar de un (01) mes de disponibilidad, a los efectos de su reubicación, una vez cumplidas las gestiones reubicatorias, si el resultado de estas fueran infructuosas, se procederá al retiro y posterior incorporación al Registro de Elegibles...".

Ello así, en fecha 31 de diciembre de 2005, mediante Acuerdo N° 678 el referido Concejo Municipal (Vid. folio 215), expresó:

" (...) CONSIDERANDO

Que de conformidad a la Ordenanza de Organización y Funcionamiento del Concejo Municipal y sus Dependencias Auxiliares (fecha 26 de octubre de 2005 N° 4.553) en la cual se aprueba una nueva estructura Organizativa, con la Secretaría del Consejo conjuntamente con nuevas Direcciones con actividades administrativas diferentes en el Concejo Municipal. Y que es causal de retiro de personal del Concejo Municipal del Municipio Girardot, los 'cambios en la organización administrativa, por razones técnicas o supresión de una dirección, división o unidad administrativa del órgano o ente', según lo establecido en el artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

(...)

CONSIDERANDO

Que el artículo 8 del Reglamento de la Secretaría del Concejo Municipal de fecha 30 de diciembre de 2005 N° 4.675 Extraordinario, establece la nueva estructura organizativa y funcional de la secretaría el cargo de SECREATARIA EJECUTIVA III, de ocho a solo Cuatro

SECRETARIAS EJECUTIVAS III para las atribuciones, actividades, funciones, responsabilidades y obligaciones establecidas para el desempeño del mismo, con base a lo establecido en el Manual Descriptivo de Cargos del Concejo Municipal del Municipio Girardot de fecha 14/12/05 (sic).

CONSIDERANDO

Que la funcionaria GLADYS JOSEFINA VILLEGRAS (...) compareció a la evaluación prevista y no sustentó con los instrumentos probatorios requeridos, para permanecer en el cargo de Secretaria Ejecutiva III, y en la evaluación practicada se evidenció que no cumple con el perfil requerido para optar a la permanencia del cargo, según el Manual Descriptivo de Cargos del Concejo Municipal del Municipio Girardot de fecha 14/12/2005 (sic).

ACUERDA

Artículo Primero: Aprobar la supresión del cargo de Secretaria Ejecutiva III, adscrita a la Secretaría Municipal de Girardot por reducción de personal, debido a los cambios en la Organización Administrativa en el Concejo Municipal del Municipio Girardot (...). Artículo Segundo: Aprobar que la funcionaria (...) goce de Un (01) mes de Disponibilidad para los efectos de su reubicación, a partir de su notificación, y en caso de no ser posible la reubicación de la funcionaria (...) será Retirada del Concejo Municipal del Municipio Girardot, de conformidad a la Ley del Estatuto de la Función Pública, en su artículo 78, e incorporada al registro de elegibles del Concejo Municipal del Municipio Girardot...”.

Con fundamento en las consideraciones antes expuestas, esta Corte observa que el Concejo Municipal del Municipio Girardot del estado Aragua, efectivamente realizó el procedimiento establecido en el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa – aún vigente- en sus artículos 118 y 119, en concordancia con lo contemplado en el artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en su numeral 5, toda vez que se evidenció de actas la autorización que hiciera el referido Órgano Legislativo Municipal para la creación de la Comisión Reestructuradora encargada de elaborar el informe técnico, económico y financiero respectivo,

asimismo consta la serie de actuaciones que llevo a cabo para tal fin, tal como la solicitud de la estructura organizativa y nomina del personal que labora en el referido Concejo, así como las evaluaciones a dichos funcionarios, a los fines de constatar si los mismos reunían los requisitos necesarios para desempeñar los cargos contenidos en la nueva estructura organizativa propuesta para el año fiscal 2006. De igual forma, consta en autos la aprobación del referido Informe técnico, económico, financiero por el mencionado Consejo Municipal, por lo que tal procedimiento fue realizado conforme a derecho. En tal sentido, es necesario señalar que dicho informe no requería la aprobación del Consejo Local de Planificación, toda vez que de conformidad con lo previsto en el artículo 2 de la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública, el mismo estará sujeto a lo dispuesto en el artículo 55 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de Planificación, el cual establece en 22 numerales, las diferentes funciones que le corresponden a dichos Consejos, de las cuales no se desprende que el mismo tenga la función de aprobar el informe técnico presentado en un proceso de reestructuración, llevado dentro de la Alcaldía y mucho menos en el seno del Concejo Municipal correspondiente.

Aunado a ello, al evidenciar la Administración de los resultados arrojados por las evaluaciones personales de los funcionarios adscritos y no haber consignado la recurrente los soportes que acreditaran su grado de instrucción, requisito necesario establecido en el Manual Descriptivo de Cargos para desempeñarse como Secretaría Ejecutiva III, bien podía solicitarse la supresión del mencionado cargo, toda vez que los fines de dichas evaluaciones se circunscribían a determinar la capacitación que poseía cada funcionario para ejercer un cargo dentro de la nueva estructura organizativa, en pro de preservar el derecho a la estabilidad propio de los funcionarios de carrera. Asimismo, se observó que la Administración Municipal al suprimir el mencionado cargo, y en virtud de ostentar la ciudadana Gladys Josefina Villegas, la condición de funcionario de carrera según certificado de fecha 23 de julio de 1999, suscrito por el Alcalde del Municipio Girardot

del estado Aragua, que corre inserto al folio seis (6) del expediente judicial, procedió primeramente a su remoción otorgándole en consecuencia el lapso de un (1) mes, a los fines de realizarse las gestiones reubicatorias pertinentes. En vista de lo anterior, considera esta Corte que el Juez de Instancia decidió de conformidad con lo alegado y probado en autos, decidiendo en forma expresa y dando a la situación planteada por ésta la consecuencia jurídica que estimó apropiada, razón por la cual desecha el alegato del vicio de incongruencia esgrimido por el Apoderado Judicial de la parte recurrente en su escrito de apelación. Y así se decide.

En cuanto a lo alegado por la Apoderada Judicial de la parte actora en su escrito recursivo, con relación a que "...no hubo pronunciamiento sobre la omisión de la formalidad contemplada en el artículo 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa que establece que las solicitudes de reducción de personal debido a modificación en los servicios o cambios en la organización administrativa (dos de las causales invocada por el Municipio para el retiro de mi representada) se remitirán al Consejo de Ministros por los (sic) menos con un (1) mes de anticipación, a la fecha prevista para la reducción, con un resumen del Expediente, habiendo sido remitido en el presente caso, a los dieciséis (16) días después de levantado el viciado informe. No se percató el sentenciador de la omisión de este requisito, lo cual vicia el acto, pues de haberlo observado habría declarado con lugar la querella...".

Al respecto, es necesario traer a colación el artículo 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, el cual es del siguiente tenor:

"Artículo 119.- Las solicitudes de reducción de personal debida a modificación de los servicios o cambios en la organización administrativa, se remitirán al Consejo de Ministros por lo menos, con un mes de anticipación a la fecha prevista para la reducción, con un resumen del expediente del funcionario...".

Vista la norma *ut supra* citada, se evidencia que la solicitudes de reducción de personal debidas a cambio en la organización administrativa o por modificación de los servicios, serán remitidas

al Consejo de Ministro, por lo menos con un mes de anticipación. No obstante, en el presente caso dicha reducción de personal fue llevada a cabo en un Municipio -Municipio Girardot del estado Aragua- por lo que para tal fin, sólo se requiere la autorización del Concejo Municipal correspondiente, de conformidad con lo previsto en el artículo 78 numeral 5 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual establece lo siguiente:

"Artículo 78. (...)

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

En vista de lo anterior, esta Corte considera que la Administración Municipal no requería remitir al Consejo de Ministro por lo menos con un (1) mes de anticipación, la solicitud de reducción de personal que se llevaría a cabo dentro del Consejo Municipal del Municipio Girardot del estado Aragua, con ocasión de una reorganización administrativa, en virtud que era el mismo Consejo Legislativo Municipal, el encargado de aprobarla en un acuerdo de Cámara de conformidad con lo establecido en citado artículo 78 numeral 5 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, tal como efectivamente fue realizado en el caso bajo estudio, puesto que se evidenció que en fecha 14 de diciembre de 2005, mediante el Acuerdo N° 630 el mencionado Concejo autorizó al ciudadano Concejal Richard León Pinto, de iniciar el procedimiento de reestructuración administrativa, siendo publicada tal autorización en la Gaceta Municipal N° 4.639 de fecha 20 de diciembre de 2005, razón por la cual esta Corte desecha el alegato esgrimido por la parte recurrente en su escrito recursivo. Y así se decide.

En cuanto a lo alegado por la Apoderada Judicial de la parte actora en su escrito de apelación, con relación a que "...los resultados de la pretendida evaluación nunca fueron notificados a mi poderdante, por lo que jamás pudo ejercer la reconsideración de los mismos y menos aún aportar prueba alguna que desvirtuarse el contenido de un cuestionario...". Esta Corte evidencia de las actas que la

referida evaluación fue a los fines de actualizar los datos, desarrollo académico y laboral de los funcionarios, en virtud, de determinar si los mismos reunían los requisitos contemplados en el Manual Descriptivo de Cargos para desempeñarse dentro de la nueva estructura organizativa, asimismo se observó que a los efectos de fundamentar lo señalado en la referida evaluación, los funcionarios debían consignar los soportes respectivos, hecho que no fue realizado por la ciudadana Gladys Josefina Villegas, por lo que en ausencia de las credenciales que avalaran el grado de instrucción de la recurrente, mal podía haber señalado la Administración que la misma cumplía con los requisitos establecido en el referido Manual para ejercer al cargo de Secretaria Ejecutiva III, aunado al hecho ello de existir dentro de la Secretaría Municipal un alto número de cargos similares -Secretaría Ejecutiva III (8 cargos)- no cónsonos con la estructura organizativa aprobada en fecha 31 de diciembre de 2005.

Ello así, no evidencia esta Corte que en modo alguno se le haya violentado derechos a la referida ciudadana, toda vez, que la misma era la encargada de consignar a la Administración Municipal al momento de haberse solicitado -en fecha 29 de diciembre de 2005- todos los documentos necesarios que respaldaran su experiencia a los fines de permanecer desempeñando el mencionado cargo dentro de la nueva estructura organizativa, razón por la cual esta Corte desecha el presente alegato. Y así se decide.

En cuanto a lo alegado por la parte recurrente, con relación a la convocatoria de los concejales del Concejo Municipal del Municipio Girardot a la sesión de fecha 31 de diciembre de 2005, al señalar que "...es falso que la convocatoria se hubiera realizado con 24 horas de anticipación, ya que la sesión del día 30 de diciembre de 2005, terminó a finales de la tarde y la sesión posterior fue convocada para las 3 de la tarde, cuando aún no se habían cumplido las 24 horas. Además es falso que una sesión convocada sin que se llenara un requisito de exigencia, como lo es señalar el motivo de la reunión, pueda ser convalidado porque los concejales no hayan realizado cuestionamiento alguno...". Al respecto, esta Corte observa que

el Reglamento de Interior y de Debates del Concejo Municipal del Municipio Girardot, publicado en Gaceta Municipal N° 333 Extraordinario de fecha 21 de junio de 1996, señala en su artículo 36, lo siguiente:

“Artículo 36: El Concejo Municipal celebrará sesiones extraordinarias cuando un asunto o materia de interés público relevante o urgente lo exija, a juicio de la presidencia o de las dos terceras partes de sus miembros. A este fin, el Presidente ordenará la convocatoria por lo menos con veinticuatro (24) horas de anticipación, expresando el día y hora de la sesión señalando el objeto que la motiva.

Parágrafo único: En las sesiones extraordinarias sólo podrá tratarse la materia o asunto objeto de la convocatoria. Sin embargo, en estas sesiones podrá la Cámara conocer previa aprobación, otros asuntos o materias de evidente urgencia surgidos después de practicada la convocatoria”.

De la norma *ut supra* se evidencia que las sesiones extraordinarias llevadas a cabo por el referido Concejo Municipal deberán ser convocadas por lo menos antes de las veinticuatro (24) horas, expresando el día, la hora y el objeto de dicho sesión.

Ello así, se evidencia que en fecha 30 de diciembre de 2005 se llevó a cabo sesión extraordinaria en el Concejo Municipal del Municipio Girardot del estado Aragua, según consta en Acta N° 102 que corre inserta al folio treinta y dos (32) al cuarenta y tres (43) del expediente judicial, señalándose en su parte *in fine*, lo siguiente:

“...Toma la palabra el ciudadano PRESIDENTE para informarles a los ciudadanos Concejales que mañana hay sesión nuevamente, a las 09:00 a.m y 02:00 pm. Habiéndose agotado la Agenda se da por concluida la Sesión, siendo las 03:30 pm...”, asimismo consta en autos, que en fecha 31 de diciembre de 2005, el referido Concejo se reunió en sesión extraordinaria, tal como se evidencia del Acta N° 103 (Vid. folio 160 al 210 del expediente administrativo) y en la cual se observa al comienzo de la misma, lo siguiente “Hoy, sábado treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil cinco (2005), siendo las 03:00 p.m (...) Previa comprobación del quórum reglamentario (...) el PRESIDENTE somete a consideración de la Cámara el siguiente

ORDEN DEL DÍA: PUNTO ÚNICO: Estudio y consideración del informe presentado por la Comisión Reestructuradora del Concejo Municipal de Girardot, según Acuerdo N° 630 de fecha 14.12.2005 (sic). RESULTÓ APROBADO....". En vista de lo anterior, considera esta Corte que la convocatoria realizada por el mencionado Concejo Municipal en fecha 30 de diciembre de 2005, fue conforme con lo establecido en su Reglamento de Interior y de Debates, es decir, con por lo menos veinticuatro horas de anticipación y aún cuando en la misma no se haya establecido el motivo de la sesión extraordinaria del día 31 de diciembre de 2005, tal omisión fue subsanada al expresar el Presidente del Concejo Municipal del Municipio Girardot del estado Aragua, en la referida sesión, el orden del día, previa comprobación del quórum reglamentario y al haber sido aprobado éste por los concejales asistentes. Asimismo, es necesario destacar que tal omisión no acarrea la nulidad de la sesión, toda vez que de la revisión del Reglamento de Interior y de Debates del Concejo Municipal del Municipio Girardot, no se evidencia normativa alguna que acarre dicha consecuencia jurídica, razón por la cual esta Alzada desecha el presente alegato. Y así se decide.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

29 de septiembre 2010

Número 001013

Caso: Sandra Pino vs. Instituto Autónomo de Policía Municipal del municipio Chacao del estado Bolivariano de Miranda

Ponente: María Eugenia Mata

Ello así, esta Alzada debe resaltar que la recurrente fue removida y posteriormente retirada conforme a la Resolución N° 001-02, de fecha 7 de enero de 2002, publicada en Gaceta Municipal del Municipio Chacao Número Extraordinaria 3.861, en esa misma fecha, mediante la cual se acordó dar inicio al proceso de reorganización administrativa en el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao en razón a las limitaciones financieras, tal como consta de la copia certificada que cursa del folio ciento veinticinco (125) al ciento veintiocho (128) del presente expediente judicial.

De igual forma, es necesario resaltar lo establecido en el numeral segundo del artículo 53, así como lo establecido en el artículo 54 de la Ley de Carrera Administrativa, aplicable rationae temporis, los cuales son del tenor siguiente:

"Artículo 53.- El retiro de la Administración Pública procederá en los siguientes casos:

(...Omissis...)

2. Por reducción de personal, aprobada en Consejo de Ministros, debida a limitaciones financieras, reajustes presupuestarios, modificación de los servicios, o cambios en la organización administrativa;

(...Omissis...)

Artículo 54.- La reducción de personal prevista en el ordinal 2º del artículo anterior dará lugar a la disponibilidad hasta por el término de un mes, durante el cual el funcionario tendrá derecho a percibir su sueldo personal y los complementos que le correspondan. Mientras dure la situación de disponibilidad la Oficina de Personal del organismo respectivo o la Oficina Central de Personal tomará las medidas tendientes a la reubicación del funcionario en un cargo de carrera para el cual reúna los requisitos previstos en esta Ley y sus Reglamentos.

Parágrafo Único: Si vencida la disponibilidad a que se refiere este artículo no hubiese sido posible reubicar al funcionario éste será retirado del servicio con el pago de las prestaciones sociales contempladas en el artículo 26 de esta Ley e incorporado al registro de elegibles para cargos cuyos requisitos reúna.

Igualmente, resulta necesario traer a los autos lo establecido en los artículos 118 y 119 del aún vigente Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, dispositivos normativos que disponen, que:

"Artículo 118: La solicitud de reducción de personal será acompañada de un informe que justifique la medida y de la opinión de la Oficina Técnica competente, en caso de que la causal invocada así lo exija.

Artículo 119: Las solicitudes de reducción de personal debida a modificación de los servicios o cambios en la organización

administrativa, se remitirán al Concejo de Ministros por lo menos, con un mes de anticipación a la fecha prevista para la reducción, con un resumen del expediente del funcionario. En el caso de los institutos autónomos se remitirán por órgano del Ministro de adscripción”.

En ese mismo orden de ideas, resulta pertinente citar la sentencia N° 03-463 del 19 de febrero de 2003, (caso: MIGUEL VARGAS vs MINISTRO DEL TRABAJO), dictada por esta Corte, la cual reitera el pacífico criterio sostenido por esta Corte en anteriores sentencias, la cual reza:

“Ahora bien, en el presente caso esta Corte estima perentorio indicar que ha sido criterio reiterado de este Órgano Jurisdiccional, que la causal de reducción de personal a que se contrae el ordinal 2º del artículo 53 de la Ley de Carrera Administrativa -hoy derogada por la Ley del Estatuto de la Función Pública-, no es una causal única o genérica, sino que comprende cuatro (4) situaciones totalmente diferentes, que aunque todas den origen a la reducción de personal, no pueden confundirse y asimilarse en una sola.

En efecto, cuatro (4) son los motivos que justifican el retiro por reducción de personal; el primero, las limitaciones financieras; el segundo, reajustes presupuestarios; el tercero, modificación de los servicios y; el cuarto, cambios en la organización administrativa. Los dos (2) primeros son objetivos y para su legalidad basta que hayan sido acordados por el Ejecutivo Nacional y aprobada la reducción de personal por el Concejo de Ministros, al ocurrir modificaciones en la ejecución de los respectivos presupuestos fiscales; los dos (2) últimos, sí requieren una justificación y la comprobación del respectivo informe, además de la aprobación de la reducción de personal por el Concejo de Ministros.

En todo caso, en cada uno de los cuatro (4) motivos señalados, se requiere necesariamente la aprobación previa del Concejo de Ministros”.

En tal sentido, esta Corte observa que conforme al marco legal y jurisprudencia, cuando se efectúa reducción de personal debido a limitaciones financieras, solamente es necesario que se realice la

solicitud de la reducción de personal y posteriormente sea aprobada dicha solicitud.

En virtud de ello, esta Corte considera que al aplicar los requisitos contemplados en el artículo 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa al caso de autos, el Tribunal A quo incurrió en el vicio de falso supuesto de derecho; en consecuencia, se declara CON LUGAR el recurso de apelación interpuesto en fecha 26 de julio de 2003, por el Abogado Juan Rafael García Gago, actuando con el carácter de Apoderado Judicial de la parte querellada y REVOCA la sentencia dictada por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, en fecha 26 de junio de 2003, mediante el cual declaró Parcialmente Con Lugar el recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto. Así se decide.

Revocado como ha sido el fallo dictado por el Juzgador de Instancia, esta Corte considera inoficioso emitir pronunciamiento en relación al resto de los vicios denunciados por el Apoderado Judicial de la parte querellada. Así se decide.

Ahora bien, en virtud de la anterior revocatoria del fallo de primera instancia corresponde a esta Corte entrar a conocer del fondo del recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto, para lo cual se observa lo siguiente:

El recurrente alegó que, “El acto de remoción se encuentra viciado de nulidad absoluta, de conformidad con lo establecido en los Artículos 7 y 19 Ordinal 4to. de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, toda vez que el mismo fue dictado sin previamente haber comprobado la administración, que efectivamente el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao se encuentra en una Reducción de Personal por Limitaciones Financieras, ya que de las nominas (sic) que rielan en los archivos de la Dirección de Personal se demuestra que en las últimas quincenas han ingresado un gran número de contratados, así como también han otorgado nombramientos...”.

Asimismo, alegó el recurrente que, “...del contenido del acto administrativo se observa que se hace referencia a un Proceso de

Reorganización Administrativa declarando mediante Resolución No. Extraordinario 001-02 de fecha 07 de enero de 2002, publicada en Gaceta Municipal No. 3861 y Resolución No. Extraordinario 003-02 de fecha 28 de enero de 2002, publicada en Gaceta Municipal No. 3880, y de acuerdo a la Resolución Nro. Extraordinario 3911, de fecha 22 febrero de 2002...”.

Inicialmente, esta Alzada debe precisar que los alegatos esgrimidos por el recurrente resultan contradictorios en virtud que se indica que “El acto de remoción (...) fue dictado sin previamente haber comprobado la administración, que efectivamente el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao se encuentra en una Reducción de Personal por Limitaciones Financieras...”, no obstante, el recurrente indica que “...del contenido del acto administrativo se observa que se hace referencia a un Proceso de Reorganización Administrativa declarando mediante Resolución No. Extraordinario 001-02 de fecha 07 de enero de 2002, publicada en Gaceta Municipal No. 3861 y Resolución No. Extraordinario 003-02 de fecha 28 de enero de 2002, publicada en Gaceta Municipal No. 3880, y de acuerdo a la Resolución Nro. Extraordinario 3911, de fecha 22 febrero de 2002...”.

Así, esta Corte debe verificar si el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao se encontraba en un proceso de reorganización administrativa en virtud de limitaciones financieras y a tal efecto, se observa:

En fecha 7 de enero de 2002, fue publicado en Gaceta Municipal del Municipio Chacao Número 3.861 Extraordinaria, Resolución N° 001-02, de esa misma fecha, mediante la cual se declaró en proceso reorganización administrativa al Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao en razón a las limitaciones financieras, durante un lapso de treinta (30) días, la cual cursa en copia certificada del folio ciento veinticinco (125) al ciento veintiocho (128) del presente expediente judicial.

Asimismo, se observa que fue publicado en Gaceta Municipal del Municipio Chacao Número 3.880 Extraordinaria, de fecha 28 de enero de 2002, Resolución N° 003-02, de fecha 24 de enero de 2002,

mediante la cual se prorrogó el lapso del proceso de reorganización administrativa del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao por un lapso de treinta (30) días más contados a partir del vencimiento de los primeros treinta (30) días establecidos en la Resolución N° 001-02 de la Junta Directiva del Instituto, la cual cursa en copia certificada del folio ciento veintinueve (129) al ciento treinta y dos (132) del presente expediente judicial.

De igual forma, se observa que fue publicado en Gaceta Municipal del Municipio Chacao Número 3.911 Extraordinaria, de fecha 22 de febrero de 2002, Resolución N° 004-02, de fecha 20 de febrero de 2002, mediante la cual se aprobó en su totalidad el contenido del informe técnico presentado por el Comité de Reorganización Administrativa del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao, la cual cursa en copia certificada del folio ciento treinta y tres (133) al ciento treinta y seis (136) del presente expediente judicial.

Ello así, esta Corte observa que el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao, en fecha 7 de enero de 2002, dio inicio un proceso Reorganización Administrativa el cual tuvo vigencia durante el lapso de treinta (30) días; de igual forma, se desprende que dicho proceso de Reorganización Administrativa se prorrogó por un lapso de treinta (30) días más y que en fecha 22 de febrero de 2002, se aprobó el contenido del informe técnico presentado por el Comité de Reorganización Administrativa; en consecuencia, esta Alzada considera que para el momento en que la querellante fue removida se encontraba efectivamente en un proceso de reorganización administrativa en razón de limitaciones financieras; razón por la cual, se desecha el alegato de la parte recurrente referente a que no se comprobó efectivamente que el Instituto recurrido se encontraba en una Reducción de Personal por Limitaciones Financieras. Así se decide.

(...)

Asimismo, el recurrente arguyó "...se observa que la administración policial en ninguno de los casos demostró que el Organismo necesitara una Reducción de Personal por Limitaciones Financieras,

ya que incluso la nómina del mes de enero del corriente año 2002, fue cancelada con economías del ejercicio fiscal 2001...”.

En tal sentido, debe precisarse que el hecho de verificar si era o no necesario realizar una Reducción de Personal por Limitaciones Financieras en el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao, no pueden ser objeto de revisión por los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa, toda vez que dicha revisión solo corresponde al ámbito interno de la política administrativa, escapando de esta manera la competencia de su revisión por cuanto ello conllevaría a una usurpación en las funciones de la Administración. Así se decide.

Asimismo, el recurrente denunció, “La ausencia total y absoluta del procedimiento se produce así, cuando el Director hizo caso omiso totalmente, al procedimiento pautado; por tanto se trata de un vicio de alguna fase del procedimiento o derivado de que no se cumplió un trámite procedural, sino de la ausencia total y absoluta del procedimiento...”.

En tal sentido, en relación al alegato expuesto por el recurrente referente a que el órgano administrativo dictó el acto administrativo con ausencia total del procedimiento administrativo legalmente establecido, esta Alzada considera necesario traer a los autos la sentencia Nº 01996 de fecha 25 de septiembre de 2001, dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (INVERSIONES BRANFEMA, S.A., contra CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA), en la cual estableció que:

“...es pertinente observar que si bien la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos sanciona con nulidad absoluta los actos de la Administración dictados “con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido”, la procedencia de la sanción jurídica de nulidad absoluta impuesta a un acto que adolece del vicio consagrado en el ordinal 4º del artículo 19 de la citada ley, está condicionada a la inexistencia de un procedimiento administrativo legalmente establecido, es decir, a su ausencia total y absoluta.

La doctrina y la jurisprudencia contenciosa administrativa progresivamente han delineado el contenido y alcance del referido

vicio de procedimiento administrativo, al permitir una valoración distinta de este vicio que afecta al acto administrativo en atención a la trascendencia de las infracciones del procedimiento. En tal sentido, se ha establecido que el acto administrativo adoptado estaría viciado de nulidad absoluta, cuando: a) ocurra la carencia total y absoluta de los trámites procedimentales legalmente establecidos; b) se aplique un procedimiento distinto al previsto por la ley correspondiente, es decir, cuando por una errónea calificación previa del procedimiento a seguir, se desvíe la actuación administrativa del iter procedural que debía aplicarse de conformidad con el texto legal correspondiente (desviación de procedimiento); o c) cuando se prescinden de principios y reglas esenciales para la formación de la voluntad administrativa o se transgredan fases del procedimiento que constituyan garantías esenciales del administrado (principio de esencialidad). Cuando el vicio de procedimiento no produce una disminución efectiva, real, y transcendente de las garantías del administrado, sino que representa sólo fallas o irregularidades parciales, derivadas del incumplimiento de un trámite del procedimiento, la jurisprudencia ha considerado que el vicio es sancionado con anulabilidad, ya que sólo constituyen vicios de ilegalidad aquellos que tengan relevancia y provoquen una lesión grave al derecho de defensa".

En tal sentido, esta Alzada observa que de conformidad con el criterio expuesto un acto administrativo adolece del vicio consagrado en el ordinal 4º del artículo 19 de la citada ley, cuando: i) ocurra la carencia total y absoluta de los trámites procedimentales legalmente establecidos; ii) se aplique un procedimiento distinto al previsto por la ley correspondiente; o iii) cuando se prescinden de principios y reglas esenciales para la formación de la voluntad administrativa o se transgredan fases del procedimiento que constituyan garantías esenciales del administrado.

Ello así, esta Alzada debe resaltar nuevamente que la recurrente fue removida y posteriormente retirada conforme a la Resolución N° 001-02, de fecha 7 de enero de 2002, publicada en Gaceta Municipal del Municipio Chacao Número Extraordinaria 3861, en

esa misma fecha, mediante la cual se acordó dar inicio al proceso de reorganización administrativa en el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao en razón a las limitaciones financieras.

Igualmente, es necesario resaltar que conforme a lo establecido en el numeral segundo del artículo 53, el artículo 54 de la Ley de Carrera Administrativa, el artículo 118 del aún vigente Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa y el criterio pacífico y reiterado de esta Corte (sentencia N° 03-463 del 19 de febrero de 2003), cuando la reducción de personal sea motivada a limitaciones financieras, solamente es necesario que se realice la solicitud de la reducción de personal y posteriormente sea aprobada dicha solicitud.

En virtud de ello, siendo que consta en autos que fue solicitado y aprobado la reducción de personal, así como la aprobación del informe técnico del personal que justifica la reducción de personal, esta Corte considera que la Administración dio fiel cumplimiento con el procedimiento legalmente establecido; en consecuencia, se desecha el alegato esgrimido por la parte recurrente relativo a que la Administración procedió a remover y retirar a la recurrente con ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Así se decide.

Asimismo, el recurrente alegó que, "El acto administrativo de remoción esta incurso en el falso supuesto de derecho positivo y directo, ya que el Director de la Policía Municipal de Chacao, violo (sic) flagrantemente el derecho a la defensa estatuido en el Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por lo que consecuencialmente acarrea la nulidad absoluta del acto administrativo, ya que el ordinal 10 del Artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece claramente que será nulo el acto administrativo que vaya en contravención de una norma constitucional..." .

Ello así, debe señalarse que el debido proceso y el derecho a la defensa se encuentran estrechamente vinculados y tipificados en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

"...El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se les investiga, de acceder a las pruebas y de disponer el tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa..."

Se denomina debido proceso aquél que reúne las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo antes citado, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas. Pero la norma constitucional no establece una clase determinada del proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos e intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva. (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia N° 29 de fecha 15 de febrero de 2000, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, caso: Enrique Méndez Labrador).

De tal manera que el derecho al debido proceso se constituye como el más amplio sistema de garantías que procura la obtención de una actuación administrativa coherente con las necesidades públicas sin lesionar los intereses individuales en juego, proporcionando las garantías que sean necesarias para la protección de los derechos fundamentales. Así, entre las garantías que constituyen el derecho a un debido procedimiento administrativo, encontramos el derecho a la defensa que comporta entre otros derechos, el ser oído, tener acceso al expediente, ser notificado, solicitar y participar en la práctica de las pruebas, disponer del tiempo y medios adecuados para impugnar las decisiones que le afecten; derechos estos que obligan a la Administración a brindar las más amplias garantías al administrado antes y después de la adopción de cualquier decisión. En tal sentido, esta Corte debe precisar tal como lo indicó anteriormente que el Instituto Autónomo de Policía Municipal del Municipio Chacao, mediante Resolución N° 001-02, de fecha 7 de enero de 2002, declaró en proceso de reorganización administrativa

al Instituto querellado (folios 125 al 128); que mediante Resolución N° 003-02, de fecha 24 de enero de 2002, se prorrogó el lapso del proceso de reorganización administrativa del Instituto (folios 129 al 132); que mediante Resolución N° 004-02, de fecha 20 de febrero de 2002, se aprobó en su totalidad el contenido del informe técnico presentado por el Comité de Reorganización administrativa del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao, (folios 133 al 136); que posteriormente mediante Resolución N° 532-2002, fechada 25 de febrero de 2002, se procedió a remover a la querellante, otorgándole un lapso de treinta (30) días continuo a los fines de realizar las gestiones reubicatorias, (folios 17 al 19); en consecuencia, esta Corte considera que el Instituto querellado dio fiel cumplimiento al procedimiento legalmente establecido para proceder a remover a la recurrente, en virtud de la reducción de personal debido a limitaciones financieras. Así se decide.

Asimismo, se observa que consta en autos que la recurrente ejerció en fecha 14 de marzo de 2002, recurso de reconsideración ante el Director General del Instituto querellado, obteniendo respuesta de dicho recurso en fecha 14 mayo de 2002; ello así, considera esta Alzada que la recurrente pudo ejercer los recursos que consideró pertinente a los fines de defender sus derechos e intereses, de igual se debe precisar que no se desprende de autos que el Instituto Autónomo recurrido haya violado el derecho al debido proceso y el derecho a la defensa de la parte recurrente, razón por la cual debe esta Alzada desechar los alegatos esgrimidos por el recurrente. Así se decide.

IX.- Responsabilidad Disciplinaria de los Funcionarios Públicos

1.- Potestad Disciplinaria de la Administración Pública

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

12 de marzo 2012

Número 000445

Caso: Rafael Aparicio vs. Comandancia General de Policía del estado Cojedes

Ponente: Emilio Ramos González

En casos como el de autos, adquiere mayor importancia el hecho que la Administración sea sumamente celosa en aplicar los correctivos necesarios en situaciones de conductas alejadas de la legalidad por parte de los funcionarios policiales, los cuales tienen el deber de actuar conforme a los valores éticos que deben regir la actuación de los funcionarios públicos, valga decir, con rectitud de ánimo, integridad, honradez, responsabilidad y suficiente diligencia, en otras palabras, con probidad, pues esa es la conducta que se espera despliegue en todo momento el servidor público, dado que, en todo agente policial recae la más alta responsabilidad de resguardo y mantenimiento del orden público, protección a la vida, la propiedad, lo cual debe realizarse con la mayor probidad, rectitud, honestidad, eficiencia, eficacia, y los más altos niveles de disciplina, obediencia y responsabilidad. (Vid. Sentencias de esta Corte Número 2007-710, de fecha 18 de abril de 2007. Caso: Milagros del Valle Serrano Clavijo, y Número 2009-1093 del 17 de junio de 2009. Caso: Dorián Enriques Reyes Rivers, contra la Policía del Municipio Chacao del estado Miranda).

Más aún, cuando el infractor desempeña cargos en los cuales su conducta debe servir de ejemplo para sus compañeros y para la ciudadanía en general, mayor es el grado de responsabilidad, pues al incurrir en faltas que, a la luz del ordenamiento jurídico aplicable, son sancionables, estaría influyendo negativamente en la institución en la cual presta sus servicios, promoviendo de esta manera la indisciplina dentro de ella, lo cual amerita que la Administración imponga, previo el debido proceso, la sanción que ordene el ordenamiento jurídico correspondiente, para así fomentar el mantenimiento de la actuación ética y jurídicamente correcta de sus servidores dentro de la institución. (Véase sentencia de esta Corte N° 2009- 545, de fecha 2 de abril de 2009, caso: Juan Carlos Idier Rodríguez Vs. Instituto Autónomo Policía del Estado Miranda (IAPEM)).

2.- El principio de proporcionalidad en las sanciones disciplinarias

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

6 de diciembre 2011

Número 001916

Caso: Alicia Sánchez vs. Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia

Ponente: Emilio Ramos González

En este sentido, la Corte ha señalado que el principio de proporcionalidad, supone que en todo régimen sancionatorio se establece una escala de sanciones atendiendo a la mayor o menor gravedad del incumplimiento del deber o al mayor o menor daño que produce la actuación u omisión del funcionario. El principio de proporcionalidad limita el ejercicio de la potestad sancionatoria, pues la Administración antes de ejercer dicha potestad deberá evaluar la gravedad de la infracción a objeto de evitar que la sanción aplicable resulte desproporcionada y que además ésta se aleje sustancialmente de los objetivos de la propia actuación administrativa y de los fines perseguidos por el legislador (Vid. Sentencia N° 2005-02116 dictada por esta Corte en fecha 21 de julio de 2005, caso: Julián Gil Carreño vs. Ministerio del Interior y Justicia).

En ese mismo orden de ideas, esta Corte dictó decisión N° 2011/1.372 en fecha 6 de octubre de 2011, caso: Julián Coromoto Torrealba Durán Vs. Instituto Autónomo de la Dirección de Aeropuertos del Estado Lara, mediante la cual estableció que:

“(...) De lo anterior se desprende que aun cuando la parte actora no denunció expresamente la violación del principio de proporcionalidad, resulta evidente que controvirtió la gravedad de la sanción cuestionándonos si es suficientemente grave, razón más que suficiente para que esta Corte pueda pasar a revisar la proporcionalidad de la misma, a tal efecto es menester señalar que en la búsqueda de decisiones justas, las actividades desarrolladas por la Administración Pública, deben estar adecuadas al principio de proporcionalidad preceptuado en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en los siguientes términos:

‘Artículo 12. Aun cuando una disposición legal o reglamentaria

deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia”

En este mismo orden de ideas, es oportuno señalar lo que sobre el principio de proporcionalidad ha manifestado el doctrinario José Ignacio López González, al respecto ha indicado que ‘(...) [e]ste principio [de proporcionalidad] se convierte así en instrumento operativo adecuado para que la Administración cumpla con los fines que establece el Derecho, entre los cuales figura el establecimiento de la justicia material a través de las múltiples actividades de aquélla para la consecución de orden económico y social justo” (Vid. López G., José I. El Principio General de Proporcionalidad en Derecho Administrativo. Edit. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla. España 1988; p. 82).

Asimismo, ha indicado López González que:

‘El valor que la Constitución otorga a la Justicia hace especialmente exigente el control jurisdiccional de la actividad administrativa, a partir del principio de proporcionalidad como medio de reducción progresiva de la posible arbitrariedad de la Administración. En este sentido la consagración del principio se impone con especial energía a los órganos del poder judicial, llamados siempre a valorar la conducta de las Administraciones Públicas y su adecuación al entero Ordenamiento Jurídico. Sólo un Estado de justicia material preocupado por la realización de la justicia en las diversas actuaciones de los poderes públicos, particularmente de la Administración, será capaz de dar cumplimiento a las aspiraciones proclamadas por la Constitución; en esta tarea los jueces sin duda tienen en su mano que la actual sensación de frustración de tales aspiraciones se desvanezca o por el contrario se acreciente cada día. Por ello estimamos que el control de proporcionalidad puede constituirse en un principio eficaz para la Administración y para la actuación judicial’ (Vid. Ob. Cit. p.82)

En términos similares, se ha pronunciado el Tribunal Supremo Español mediante sentencia de fecha 16 de febrero de 1998 que

'el principio de proporcionalidad tiene en el ámbito del Derecho Sancionador una función relevante no sólo en cuanto a expresión de unos abstractos poderes de aplicación de la ley en términos de equidad, sino por las circunstancias de que las sanciones (...) se encuentran recogidas en forma sumamente flexible, lo que permite al órgano sancionador realizar una labor de adaptación a la mayor o menor gravedad del comportamiento, pero que también permite a los órganos jurisdiccionales controlar el uso correcto que se haya hecho de la potestad' (Vid. Ob. Cit. p. 359).

Comporta una exigencia para el juzgador en su labor exegética valorar las circunstancias fácticas apreciadas por la Administración al momento de subsumir los hechos en el supuesto de hecho de la norma jurídica y de aplicar la consecuencia jurídica contenida en la misma, esto es, debe el juez analizar el escenario en el cual se desarrollaron los hechos y si la consecuencia aplicada por la Administración es la más justa entre las soluciones posibles; debe apreciar también que la decisión tomada por la Administración sea proporcionada y que la misma no implique la privación innecesaria e infundada de algún derecho susceptible de quebrantamiento por dicha decisión (...)".

Sobre este punto, la Sala Político Administrativa mediante sentencia N° 250 de fecha 26 de febrero de 2008, indicó que:

"En lo atinente a la denuncia de falta de proporcionalidad de la sanción impuesta, la Sala considera pertinente señalar que se trata de un principio contenido en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual dispone:

'Artículo 12. Aun cuando una disposición legal o reglamentaria deje alguna medida o providencia a juicio de la autoridad competente, dicha medida o providencia deberá mantener la debida proporcionalidad y adecuación con el supuesto de hecho y con los fines de la norma, y cumplir los trámites, requisitos y formalidades necesarios para su validez y eficacia.'

El referido artículo prevé que aún en los casos en que opere cierta discrecionalidad de parte de la Administración, ésta deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la

infracción y la sanción aplicada a objeto de alcanzar un verdadero equilibrio en el cumplimiento de los fines de la Administración Pública. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 1666 de fecha 29/10/2003)".

3.- Aplicación y validez de estatutos funcionariales especiales

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

24 de enero 2012

Número 000003

Caso: Guillermo Betancourt vs. Instituto Autónomo Policía del estado Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

En el caso concreto, el acto administrativo mediante el cual se sanciona al recurrente con una medida de destitución del cargo que éste venía desempeñando, tuvo como fundamento el Reglamento de Personal y Régimen Disciplinario del Personal del Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda, publicado en la Gaceta Oficial Número Extraordinario del Estado Miranda del 15 de mayo de 1996, en consecuencia, cabe destacar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal de la República ha venido sosteniendo, con respecto al alcance que han de tener los Reglamentos con respecto a los derechos fundamentales, que "(...) Es la norma de rango legal la que puede intervenir en la determinación del contenido de esos derechos, no las normas reglamentarias, ni mucho menos simples actos de la Administración no apoyados concretamente en Ley alguna. Siendo estos derechos 'materia reservada' a la Ley, corresponde al Reglamento un papel muy reducido en su regulación (...) La Ley y solamente la Ley debe definir los límites de los derechos individuales de modo que la Administración no pueda intervenir en éste ámbito sino en virtud de habilitación legal, esto es, mediante pronunciamiento expreso, contenido en norma legal formal, que el Reglamento no puede ni suplir ni ampliar". (Sentencia de la Corte Plena de fecha 17 de noviembre de 1986). Lo anteriormente expuesto, configura la declaración explícita del principio de legalidad, que en el campo administrativo envuelve

la necesidad de que los actos de la Administración sean cumplidos o realizados dentro de las normas o reglas predeterminadas por el órgano competente, en cuya virtud la autoridad administrativa en el ejercicio de su actividad está sujeta no sólo a normas externas, sino a las reglas que ella misma ha elaborado.

En este orden de ideas, resulta importante resaltar que, independientemente de la naturaleza intrínseca del acto reglamentario (carácter normativo), la facultad reglamentaria se traduce en un acto administrativo que es el reglamento, el cual no pierde ese carácter de acto administrativo por el hecho de que emane de cualquier otra rama del Poder Público que no sea la Administración.

De modo que los principios desarrollados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, es decir, las exigencias y limitaciones consagradas expresa o implícitamente en la misma, y que deben ser respetadas por la Administración al producir actos administrativos, siempre han integrado el ordenamiento jurídico administrativo, y la invalidez que afecta a los actos de la Administración por carecer de uno de ellos, configura la base fundamental del ordenamiento administrativo que ha desarrollado tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa.

Alguna de estas exigencias se refieren a las formalidades que deben cumplirse al producir actos administrativos y otras están referidas al acto mismo, lo cual se traduce que al cumplir el acto administrativo que se trate con las exigencias legalmente establecidas, ha de considerarse perfectamente válido.

Igualmente, observa esta Instancia Jurisdiccional, que el mencionado Reglamento de Personal y Régimen Disciplinario, fue dictado en ejecución de la Ley de Policía del Estado Miranda, publicada en la Gaceta Oficial Número Extraordinario del Estado Miranda de fecha 15 de mayo de 1996, sancionada y aprobada en Sesión de Cámara efectuada el día 7 de mayo de 1996.

En tal sentido, el artículo 44 de la anotada Ley prevé que "Todo el personal que trabaje para la Policía del Estado Miranda se regirá por el Reglamento Interno de Administración de Personal y Régimen

Disciplinario que se dicte al efecto". Así, debe concluirse que tanto la validez como la eficacia jurídica del mencionado Reglamento de rango sublegal han derivado de un texto normativo con rango de ley preexistente al momento en que fue dictado, y perfectamente aplicable al caso bajo estudio, y no la Ley de Carrera Administrativa tal como lo pretende el accionante. Así se declara.

4.- Las sanciones en el Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

1º de febrero 2012

Número 000078

Caso: Ezequiel Hernández vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Ahora bien, en el caso que nos ocupa la parte actora sostiene que la Administración Pública al inhabilitarlo de su cargo de Maestro Normalista se le condenó a una doble sanción por un mismo hecho, lo cual resulta contrario al Principio Non Bis Idem, es por ello, que es menester para esta Corte destacar que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha precisado en su jurisprudencia que éste constituye una garantía esencial del derecho al debido proceso el cual, conforme al enunciado del artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, resulta aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas (Vid. decisión N° 730 del 19 de junio de 2008, caso: Fundación Universitaria Monseñor Rafael Arias Blanco).

El referido artículo del Texto Fundamental, establece el principio non bis in idem, bajo el enunciado siguiente:

"Artículo 49. El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

[...omissis...]

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgado anteriormente...".

Como se deduce de la mencionada disposición, el referido principio constituye una manifestación del derecho al debido proceso y por ende, aplicable a todo tipo de actuación sea ésta judicial o administrativa y a su vez, se configura como un derecho fundamental del sancionado junto a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones.

Por otra parte, es importante para esta Instancia Sentenciadora traer a consideración lo establecido en el artículo 120 de la Ley Orgánica de Educación, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 120º: Las faltas graves serán sancionadas por el Ministro de Educación según su gravedad, con la separación del cargo durante un período de uno a tres años. La reincidencia en la comisión de falta grave será sancionada con destitución e inhabilitación para el servicio en cargos docentes o administrativos, durante un período de tres a cinco años. El Ejecutivo Nacional en el reglamento de esta ley establecerá las normas para aplicar las sanciones y tramitar los recursos correspondientes”.

Igualmente, el artículo 151 del Reglamento del Ejercicio de la Profesión Docente establece los supuestos de faltas graves en los que pueden incurrir los docentes tal como fue señalado en los capítulos anteriores, concatenado al artículo 164 eiusdem relativo a las sanciones que pueden imponerse en virtud de dichas faltas, el cual dispone lo siguiente: “Las faltas graves serán sancionadas por el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes según la gravedad, con la separación del cargo durante un período de uno (1) a tres (3) años. La reincidencia en la comisión de falta grave será sancionada con destitución e inhabilitación para el Ejercicio en cargos docentes o administrativos durante un período de tres (3) a cinco (5) años”.

En este propósito se entiende que la intención del Legislador ha sido individualizar dicha situación especial del ejercicio de la profesión de la Docencia por las características especiales que la revisten, para que se configure la “Reincidencia”, se requiere de la aplicación anterior de una sanción como consecuencia de haberse incurrido en una misma infracción o análoga a la que se imputa posteriormente (Vid. Sentencia N° 2009-2107 de fecha 3 de diciembre de 2009,

caso: Carolina Rondón vs Ministerio del Poder Popular para la Educación).

Así pues, se colige que el personal docente únicamente puede ser sancionado con medida de destitución, cuando aquél hubiere reincidido en la comisión de una (o varias) falta grave, asimismo, se precisa que el diccionario de la Real Academia Española ofrece la definición del término “Reincidencia”, de la siguiente manera: “Reiteración de una misma falta o defecto; circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, que consiste en haber sido el reo condenado antes por el delito análogo al que se le imputa”.(http://buscon.rae.es/draE/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=reincidenciaDiccionario de la Lengua Española, Vigésima segunda edición).

De la misma manera, se desprende, que todas aquellas faltas que sean consideradas graves “inasistencias injustificadas (ex artículo 161 eiusdem)” serán sancionadas con la separación de su cargo por un período de tiempo establecido de uno a tres años, asimismo, se establece que si el docente reincide en la comisión del supuesto tipificado como sancionable, el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes tiene la potestad de imponer la inhabilitación o la destitución al profesional de la docencia por un tiempo fijado entre tres (3) y cinco (5) años.

Es decir que, dichas normativas jurídicas aplican dos sanciones a supuestos de hechos distintos, ya que a criterio de quien decide, los textos aludidos anteriormente claramente señalan que cuando el docente realice faltas graves se les impondrá una sanción no mayor a tres años, mientras que en los casos de reincidencia se les aplicará una sanción entre tres y cinco años específicamente.

De manera pues, que no puede hablarse de una doble sanción por un mismo hecho, debido a que las normas contemplan supuestos distintos (infracción de falta grave y reincidencia) que generan consecuencias jurídicas diferentes, así que, en opinión de quien decide la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas en ejercicio de su potestad sancionatoria “Ius Puniendi” le impuso una sanción al mencionado docente debido a la falta grave en la que incurrió

al no asistir a su puesto de trabajo sin previa autorización que justifique sus ausencias en reiteradas oportunidades y en razón de su consecutiva reincidencia a dicha falta, lo inhabilitó para el ejercicio de dicho cargo por un período de cinco (5) años.

Aunado a lo anterior, aprecia esta Corte que la inhabilitación interpuesta por la Administración Pública no se aplicó alapelante en detrimento de su derecho al trabajo, ni implicó una doble sanción por un mismo hecho como erróneamente lo denunció el recurrente, sino que el órgano administrativo en el ejercicio de su ius puniendo o deber de sancionar tanto a los administrados como a los funcionarios públicos que incurran en faltas disciplinarias, impuso la sanción de cinco (5) años de inhabilitación como consecuencia de las reincidencias en las ausencias injustificadas del docente al puesto de trabajo que ejercía en el plantel educativo "Rita Freires de Gallegos", por lo tanto, se desestima la presente denuncia. Así se decide.

5.- Las Sanciones en la Ley del Estatuto de la Función Pública

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

6 de octubre 2011

Número 001075

Caso: Carmen Díaz vs. Instituto Nacional de Parques

Ponente: María Eugenia Mata

Expuesto lo anterior, es importante hacer referencia a dos figuras fundamentales muy ligadas entre sí, la remoción y el retiro. La primera, como acto administrativo, produce el retiro, ineludiblemente, a los funcionarios cuya propia naturaleza es de libre nombramiento y remoción.

Otra es la situación de los funcionarios de carrera, que por su condición, aún cuando pueden ser removidos de su cargo, incluso de uno de libre nombramiento y remoción que estuvieren ejerciendo en virtud de una situación de permiso especial, deben ser colocados en situación de disponibilidad por el lapso de un (1) mes y en caso

de no ser posible su reubicación, sólo en tal supuesto, podrán ser retirados de la Administración Pública.

De lo anterior se concluye que los actos de remoción y retiro son diferentes, producen consecuencias distintas, se fundamentan en normas que regulan supuestos de hechos disímiles y requieren procedimientos administrativos particulares para su emanación. El acto de retiro, como antes se señaló, no implica necesariamente un acto de remoción previo, siendo que, aún en el caso de que el retiro se produzca luego de una remoción y de una gestión reubicatoria infructuosa, es un acto independientemente de aquél, por las características de uno y de otro que antes fueron explicadas.

Entonces, si bien es cierto que hay ocasiones en las que ambos actos están vinculados en una relación de precedencia (remoción y luego retiro), pero no de causalidad, esa relación procedural no altera el hecho de que se trate de actos distintos y susceptibles de producir vicios diferentes y efectos también disímiles, distintos a su destinatario.

Es por ello, que debe admitirse que el acto de remoción puede ser válido, mientras que el acto de retiro puede ser nulo, puesto que los vicios que pueden afectar a uno y a otro son distintos, o puede ser que el querellante impugne el acto de retiro y no el de remoción, caso en el cual el juicio del Tribunal ha de recaer sólo sobre aquél.

6.- El Procedimiento Administrativo de Destitución

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

6 de octubre 2011

Número 001395

Caso: Francisco González vs. Instituto Autónomo Policía del estado Miranda

Ponente: María Eugenia Mata

a.-Sobre el procedimiento administrativo y el derecho a la defensa

Así, es conveniente señalar, que el acto administrativo de destitución por ser una sanción tan severa, implica que obligatoriamente

se deba seguir un procedimiento administrativo previo a su imposición, y establecerse en el mismo la causal o supuesto en el cual el funcionario se encuentra incursa, a los fines de garantizar su derecho a la defensa.

En este orden de ideas, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N° 570 de fecha 10 de marzo de 2005, caso: Hyundai Consorcio y otros, precisó el carácter fundamental del proceso administrativo y judicial, para hacer valer los derechos de la persona legitimada, señalando que:

“(...) el debido proceso comprende un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, entre los que se encuentran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, el derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, el derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, el derecho a la ejecución de las sentencias, entre otros, que se vienen configurando a través de la jurisprudencia, y que se desprenden de la interpretación hermenéutica del artículo 49 de la Carta Magna (...)”

Al respecto, considera oportuno esta Corte señalar que todo acto administrativo dictado con prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, es causal de nulidad absoluta, tal y como lo ha indicado la Sala Político-Administrativa del Máximo Tribunal, en sentencia Nro. 092, de fecha 19 de enero de 2006, (caso: Richard Alexis Nieto Barrios contra el Ministro del Interior y Justicia), donde estableció lo siguiente:

“(...) Al respecto, interesa destacar que esta Sala ha precisado en otras oportunidades (vid. sentencia N° 2712 de fecha 20 de noviembre de 2001), que la prescindencia total y absoluta del procedimiento legal establecido, conforme al numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, no se refiere a la violación de un trámite, requisito o formalidad, o de varios de ellos. El vicio denunciado sólo se justifica en los casos en los que no ha

habido procedimiento alguno o han sido violadas fases del mismo que constituyen garantías esenciales del administrado, supuestos éstos que son ajenos a la situación que se analiza, en la cual no sólo estuvieron presentes los elementos fundamentales de todo procedimiento sancionatorio, sino que además, éste se cumplió cabalmente (...)"

Así las cosas, esta Corte advierte que la inobservancia de las reglas del procedimiento no sólo genera un vicio de ilegalidad en los actos conforme a lo previsto en el artículo 19 numeral 4 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, sino que a su vez, produce una violación a los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa, en virtud de que el Administrado debe ser juzgado sin omitir los trámites establecidos por la Ley para otorgarle la oportunidad de defenderse o de presentar sus alegatos.

Resulta pertinente precisar que, el derecho al debido proceso es un derecho complejo que encierra dentro de sí, un conjunto de garantías que se traducen en una diversidad de derechos para el procesado, entre los que figuran, el derecho a acceder a la justicia, el derecho a ser oído, el derecho a la articulación de un proceso debido, derecho de acceso a los recursos legalmente establecidos, derecho a obtener una resolución de fondo fundada en derecho, derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, entre otros. Todos estos derechos se desprenden de la interpretación de los ocho ordinales que consagra el artículo 49 de la Carta Fundamental.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia comparada han precisado, que este derecho no debe configurarse aisladamente, sino vincularse a otros derechos fundamentales como lo son, el derecho a la tutela efectiva y el derecho al respeto de la dignidad de la persona humana. (Vid. Sentencia N° 00242 dictada en fecha 13 de febrero de 2002 por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia).

El artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela consagra que el debido proceso es un derecho aplicable a todas las actuaciones judiciales y administrativas, disposición que tiene su fundamento en el principio de igualdad ante la ley, dado que el debido proceso significa que ambas partes en el procedimiento

administrativo, como en el proceso judicial, deben tener igualdad de oportunidades, tanto en la defensa de sus respectivos derechos como en la producción de las pruebas destinadas a acreditarlos.

b.- Sobre el lapso del procedimiento administrativo

Señaló la parte querellante que "Obviamente la fecha de apertura de averiguación y la fecha en que el Organismo, finalmente toma la decisión por demás inconstitucional e ilegal de destituir al funcionario, en fecha 01 (sic) de octubre del año 2001, se encuentra a NUEVE (9) MESES Y CUATRO (4) DÍAS, lo cual se está en clara contravención con todas las normas que rigen la materia administrativa, e inclusive con el propio Reglamento Disciplinario del I.A.P.E.M., de fecha 20 de agosto del año 2001, (vigente) el cual en su artículo 62, el cual reza 'LA INSTRUCCIÓN DE LOS EXPEDIENTES DISCIPLINARIOS ABIERTOS POR LA DIVISIÓN DE ASUNTOS INTERNOS, DEBERÁ (sic) CONCLUIRSE EN UN PLAZO NO MAYOR DE TREINTA (30) DIAS (sic) HABILES (sic) CONTADOS A PARTIR DE LA APERTURA DEL MISMO'".

Continuó alegando que "(...) no cabe duda que el Organismo, no cumplió con los lapsos establecidos en las leyes y peor aún, de su propio Reglamento, modificado y 'AJUSTADO' (de acuerdo al segundo Considerando del Decreto reformado) a la normativa administrativa, ya que el excedente de tiempo, es de casi cuatro meses, entre la fecha del inicio de la averiguación de oficio y la notificación de la destitución. Desde la fecha en que ocurrieron los presuntos hechos, es decir el cinco (5) de enero del año 2001, hasta el 02 de octubre del año 2001 fecha de la destitución, han transcurrido nueve (9) meses, menos tres (3) días".

Por otro lado, la parte querellada mencionó que "No dejamos pasar por alto, lo que el accionante aduce en el sentido que la sustanciación de la averiguación se excedió en el tiempo que es previsto en el Reglamento que a tal se corresponde, como lo que es expresado en este sentido por la Ley Orgánica de Procedimiento (sic) Administrativos, tal alegación no fue denunciada como constitutiva

de lesión a los derechos del accionante, y como consecuencia incidentes en la nulidad demandada, mas consideramos que ello no le hubo generado lesión alguna. En cuanto a lo que expresa en el sentido de que alguna notificación lo fuera en la oportunidad de recibir su pago, ello no puede considerarse constitutivo de lesión alguna, puesto que conforme al expediente administrativo, el funcionario investigado tuvo acceso al expediente, rindió su declaración y se abstuvo de promover probanzas, lo que nos lleva a concluir que la informalidad hecha valer, no generó lesión alguna a los derechos que le asistían, dado haberse logrado el fin deseado". Por su parte, el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital expresó lo siguiente:

"(...) constata quien decide en cuanto a lo afirmado por la representante del querellante, que ciertamente el procedimiento se extendió más del lapso de treinta días previsto en el Reglamento, sin embargo, se constata del contenido de las piezas del expediente administrativo, las múltiples prórrogas solicitadas por el funcionario instructor dada la complejidad que presentaba la averiguación, razón por la cual, resultan infundadas y carente de validez los argumentos de la representante de la querellante respecto a la duración de la averiguación administrativa. Así se declara".

En este sentido, considera oportuno este Órgano Jurisdiccional señalar, que el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece lo siguiente:

"Artículo 60: La tramitación y resolución de los expedientes no podrá exceder de cuatro (4) meses, salvo que medien causas excepcionales, de cuya existencia se dejará constancia, con indicación de la prórroga que se acuerde.

La prórroga o prórrogas no podrán exceder, en su conjunto, de dos (2) meses".

De la norma supra transcrita, se desprende que la Administración Pública, dispone de un plazo de cuatro (4) meses para sustanciar el procedimiento disciplinario, pudiendo prorrogarlo por dos (2) meses, cuando medie causa que lo justifique.

Así mismo, indicó el recurrente que conforme al artículo 62 del mencionado Reglamento Disciplinario, la instrucción de los

expedientes abiertos deberían concluir en un lapso no mayor a treinta (30) días.

Ahora bien observa esta Alzada, que pudiera ocurrir que una vez concluido el plazo legal para sustanciar, e inclusive, finalizado el plazo de prórroga, queden por practicar algunas actuaciones necesarias e importantes para el esclarecimiento de los hechos, actos u omisiones investigados, o con respecto a la presunta autoría. Así tenemos, que el hecho de que un acto administrativo sea dictado con posterioridad al vencimiento del lapso legalmente establecido para ello, no lo vicia necesariamente de nulidad. La obligación de resolver dentro de un lapso determinado en la ley, tiene por objeto dar un tiempo prudencial para que el administrado obtenga una decisión en relación al asunto conocido en sede. Sin embargo, esta Corte no puede dejar de advertir que ello no exime a la Administración del pronunciamiento expreso solicitado (Vid. sentencia N° 00799 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia del 11 de junio de 2002).

En este sentido este Órgano Jurisdiccional considera necesario recordar que la actuación del órgano administrativo en todo momento debe sujetarse no sólo a las normas jurídicas aplicables, si no que, además debe orientarse a cumplir una serie de principios que constituyen una pieza fundamental dentro de dicho procedimiento. Así, la doctrina clasifica los principios reguladores del procedimiento administrativo en tres grandes grupos: a) El principio de legalidad; b) Los principios relativos a las garantías jurídicas de los administrados, como son los principios de audire alteram partem o principio de contradictorio administrativo, de igualdad de los participantes en el procedimiento, de publicidad de las actuaciones y de motivación del acto administrativo; y, c) Los principios que garantizan la eficacia de la actuación administrativa, tal es el caso de los principios de: economía procedural, preclusividad, flexibilidad probatoria, de actuación de oficio o inquisitivo y de control jerárquico. En el procedimiento de averiguaciones administrativas es indiscutible que el principio de legalidad debe tenerse presente a lo largo del mismo.

Por su parte, los principios que se encuentran vinculados con las garantías de los administrados, también entran en juego en la etapa de sustanciación del procedimiento disciplinario. En efecto, se tendrán en cuenta tales principios cuando el órgano sustanciador procede a citar para escuchar las declaraciones de aquellos sujetos que pudieran tener vinculación con los hechos investigados, los que deberán tener derecho a que se les escuche, a que se les trate en igualdad de condiciones respecto de los demás involucrados en el procedimiento disciplinario, a que la Administración valore sus intervenciones de manera imparcial, a tener acceso a las actuaciones recogidas en el expediente administrativo y a que la decisión definitiva que se adopte se encuentre debidamente motivada. En suma, a que se garantice el derecho a la defensa.

En este sentido, es oportuno señalar, que esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en un caso similar al de autos, a través de sentencia N° 2011-124, de fecha 7 de febrero de 2011, caso Andrés Rosario Rodríguez Palma contra El Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda, se pronunció con respecto a este punto, señalando lo siguiente:

"Del mismo modo, cabe destacar que tiene una gran importancia en esta fase de sustanciación del procedimiento disciplinario aquellos principios que aseguran la eficacia de la Administración, por tanto existe la posibilidad de practicar actuaciones excediendo el tiempo establecido en la Ley, de manera excepcional, y sólo puede admitirse cuando la causal que originó el procedimiento haga indispensable para la Administración requerir más tiempo de lo previsto, tal y como sucedió en el caso de autos.

En el caso de marras, ocurrió un acontecimiento atípico dentro de los Organismos Policiales, en donde algunos funcionarios públicos adscritos en el Organismo se aprovecharon de su condición de policías para 'tomar' las instalaciones del Instituto recurrido a los fines de reclamar una serie de situaciones laborales y personales, cuestión que esta Corte no encuentra justificada en ningún momento, y que merece un análisis de amplios elementos probatorios que conllevan su práctica a un tiempo que pueda sobrepasar lo que el

propio ordenamiento jurídico concede en estos casos, para contar con fundados elementos que le permitan decidir el asunto con arreglo a la verdad material.

Ahora bien, estima esta Corte que el tiempo que transcurrió desde el inicio de la averiguación administrativa hasta el acto administrativo que resolvió la destitución del recurrente, en nada conculcó los derechos constitucionales del accionante, pues, tal como se señaló, éste participó en la instancia administrativa a los fines de exponer sus respectivas defensas y, asimismo, pudo ejercer el recurso judicial respectivo a los fines de impugnar dicha decisión administrativa". De este modo, una vez corroborado en esta instancia que el Instituto Autónomo de Policía del Estado Miranda, sustanció el procedimiento disciplinario contra el recurrente, atendiendo a los principios que aseguran la eficacia de la Administración, y siendo que en el presente caso se presentó una situación excepcional, esta Corte desecha el presente alegato. Así se declara.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

6 de diciembre 2011

Número 001916

Caso: Alicia Sánchez vs. Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia

Ponente: Emilio Ramos González

En ese orden de ideas, es importante destacar que tanto el acto de inicio de la averiguación administrativa así como el acto de formulación de cargos son actos cuyo fin es poner en conocimiento al funcionario investigado de las razones de hecho y de derecho que la Administración tiene para dar inicio a un procedimiento administrativo.

En ese sentido, por el autor español Jesús González Pérez, en lo relativo a cuando la Administración califica la falta al inicio del procedimiento y decide al final del mismo con otra diferente a la inicial, ha señalado "que no se viola el derecho cuando se condena por un delito de igual o menor gravedad que los señalados en

los escritos de calificación, <>””. (GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. Cuadernos Civitas. Madrid, 1989. Pp. 171).

Así pues, resulta necesario traer a colación el criterio de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia establecido en sentencia número 1.887 de fecha 26 de julio de 2006 quien expuso que “(...) En lo que se refiere a la denuncia de violación del derecho a la defensa y al debido proceso, [esa] Sala en decisiones anteriores ha señalado que no se configura una violación de estos derechos, cuando el órgano sancionador cambia la calificación jurídica de los hechos planteados en la apertura del procedimiento sancionador. En efecto, basta una calificación previa de los hechos que pudiera corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción, de tal forma que la Administración no queda totalmente atada a la calificación de los hechos que se haya formulado en el acto de inicio del procedimiento. (...) Sin embargo, a los fines de que no resulte afectada o reducida la facultad del particular de alegar y defenderse en un procedimiento disciplinario, cuando el órgano sancionatorio decida modificar la calificación de los hechos imputados y ello implique una situación más gravosa para el particular, como lo sería la aplicación de una sanción más grave a la inicialmente señalada en el procedimiento disciplinario, el órgano sancionador debe permitirle el ejercicio del derecho a la defensa frente a la sanción más gravosa a fin de que pueda contradecir la aplicación de la misma, planteando alegatos referidos, por ejemplo, a la proporcionalidad de la sanción (...)””

Por otra parte, concluyó esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia número 2009/380 de fecha 12 de marzo de 2009 (caso: Auristela Villaroel de Martínez Vs. Instituto Nacional de la Vivienda (INAVI)) lo siguiente:

“En este mismo orden de ideas, es conveniente indicar que dentro del derecho constitucional a la defensa se encuentra comprendido el derecho a ser notificado de los cargos por los cuales se está siendo investigado en el marco de un proceso judicial o de un procedimiento administrativo, y que este derecho alude a la inalterabilidad de los

hechos imputados. Asimismo está referido al mandato obvio de poner en conocimiento de quien se ve sometido al ejercicio del ius puniendo del Estado la razón de ello, presupone la existencia de la imputación misma y es a su vez, instrumento imprescindible para poder ejercer el derecho a la defensa pues representa una garantía para evitar la indefensión que resultaría del hecho de que alguien pueda ser sancionado por cosa distinta de la que se le cargue y de la que consecuencialmente no haya podido defenderse.

No obstante lo anterior, es importante resaltar que eso no obsta para que el órgano decisor pueda alterar la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio, interesando aquí los conceptos de identidad de los hechos y homogeneidad de la calificación jurídica. Como corolario de lo anterior, desde el punto de vista constitucional del derecho a la defensa lo que resulta importante es que la sanción no se produzca por hechos o perspectivas jurídicas que de facto no hayan sido o no hayan podido ser controvertidas; la uniformidad entre la imputación y la sanción es, sobre todo, un instrumento útil para poder enjuiciar la posibilidad real de debate. Ahora bien, concordando el contenido del numeral 1 del artículo 49 del Texto Constitucional, con el criterio de la decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia parcialmente transcrita *ut supra*, se evidencia que el derecho a ser informado de la acusación está dirigido a amparar el ejercicio del derecho a la defensa mediante la garantía de que los hechos por los cuales se le investiga a quien lo alega vulnerado y por los cuales se le impone una sanción se mantengan inalterables a lo largo de todo el procedimiento instruido en su contra, y que desde el punto de vista constitucional lo que resulta substancial es que la sanción no se origine por hechos o perspectivas jurídicas que de facto no hayan sido o no hayan podido ser plenamente debatidas. La uniformidad entre la imputación y la sanción, es un instrumento útil para juzgar la posibilidad real del debate (...)".

Es por ello que en esta oportunidad, analizando la formulación de cargos del querellante y los fundamentos de hecho y de derecho

que tuvo la Administración, a los fines que el administrado afectado tuviera conocimiento de los mismos y pudiera ejercer a cabalidad su derecho a la defensa y debido proceso, se desprende de la misma que la Administración realizó una valoración previa de los hechos y del derecho cuando dicta el acta de formulación de cargos, tal valoración previa será desvirtuada o ratificada mediante todo el procedimiento disciplinarios con los alegatos y pruebas de las partes involucradas.

Por tanto, verificado que el querellante tuvo conocimiento de los hechos que se le imputaban en la notificación de los cargos, respecto a la falta de probidad -por haber expuesto a la titular del Registro al desprecio público al señalarle lo siguiente: "y me gritó delante del público", "sólo saqué copia en la oficina de al frente del Registro, la cual no quise sacar aquí, pues en una oportunidad solicité el servicio y se me negó"-, y por cuanto la querellante presentó sus defensas a tal imputación, a criterio de este Órgano Jurisdiccional el cambio de una causal de destitución (falta de probidad, contenida en el numeral 6 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública) por la causal de injuria (contenida en el mismo numeral del referido artículo) no influye en el derecho a la defensa del quejoso, pues, pudo a través del escrito de descargos y el lapso de pruebas desvirtuar los hechos señalados por la Administración como sancionables.

Sostener lo contrario, es decir, de considerarse que se infringió algún derecho constitucional al querellante, se estaría irremediablemente incurriendo en un formalismo extremo, lo cual se encuentra proscrito por la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Tal afirmación deviene al principio de verdad material que debe existir en toda investigación cuyo resultado afecte los intereses no sólo del administrado como receptor de la sanción, sino el interés de la Administración de mantener en orden la estructura jerarquizada que la caracteriza.

Así las cosas, a criterio de quien juzga -se insiste- la calificación jurídica que hiciera la Administración en el acto de formulación

de cargos diferente a la que se encuentra en el acto final (acto de destitución), no violó derecho alguno, pues el análisis jurídico que el órgano sancionador efectuó, fue realizado sobre la base de las mismas circunstancias fácticas respecto de las cuales el recurrente se defendió en el procedimiento, y que en definitiva lo llevaron a imponer la sanción de destitución, por lo que resulta forzoso para este Órgano Jurisdiccional declarar procedente el vicio denunciado relativo al falso supuesto en el que incurrió el a quo en su fallo, en consecuencia se declara con lugar la apelación interpuesta, y se revoca el fallo apelado. Así se decide

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

12 de marzo 2012

Número 000445

Caso: Rafael Aparicio vs. Comandancia general de Policía del estado Cojedes

Ponente: Emilio Ramos González

De manera que, el Reglamento de Castigos Disciplinarios para el Personal Policial del estado Cojedes, recoge y desarrolla el régimen disciplinario estatuido legalmente; por lo cual las normas contentivas de las faltas allí contempladas y las sanciones que prescribe, han sido establecidas precisamente en ejercicio de la potestad reglamentaria que hemos venido analizando, y con sujeción a la ley nacional, motivo por el cual considera esta Corte que en principio la normativa que resulta aplicable al caso de autos, es la contenida en el Reglamento de Castigos Disciplinarios para el Personal Policial del estado Cojedes anteriormente señalado.

Por otra parte, evidencia esta Corte que en cuanto a la estabilidad de los funcionarios Policiales del Estado Cojedes, la Ley de Prevención y Seguridad del Personal Policial del estado Cojedes, establece lo siguiente:

“Artículo 61.- El efectivo policial gozará de estabilidad en el desempeño de su cargo, en consecuencia, sólo podrá ser expulsado del Cuerpo por faltas graves o gravísimas comprobadas, que

atenten contra la moral o la disciplina de la institución y que serán juzgados como tales en lo dispuesto en el Reglamentos de Castigos Disciplinarios Vigente para el Personal de las Fuerzas Armadas Policiales de los Estados y Territorios Federales de Venezuela Decretado por el Ministerio de Relaciones Interiores”

Así las cosas, la estabilidad laboral que asiste a los efectivos pertenecientes a la Policía del estado Cojedes, podrá ser allanada, a través de la expulsión, únicamente en aquellos casos en los cuales se demuestre que el funcionario haya cometido alguna falta grave o gravísima según la clasificación de faltas contenida en el Reglamentos de Castigos Disciplinarios Vigente para el Personal de las Fuerzas Armadas Policiales de los Estados y Territorios Federales de Venezuela Decretado por el Ministerio de Relaciones Interiores.

No obstante, la referida Ley en su artículo 62 señala lo siguiente:
“(...) Artículo 62.- Toda baja contra la voluntad del funcionario policial, deberá estar precedida de una exhaustiva investigación, la cual constará, de expediente administrativo, levantado al efecto conforme a las previsiones establecidas en las Leyes Vigentes y en el Reglamento de Castigos Disciplinarios para el Personal Policial del Estado Cojedes, y para ello se deberá comisionar a un funcionario instructor de mayor jerarquía que el inculpado, el cual será nombrado por el primer comandante del Cuerpo y una vez culminada la instrucción del mismo, deberá ser elevado ante el Consejo Disciplinario y ante las (sic) Consultoría Jurídica del Cuerpo para el análisis y Posteriormente el Comandante General tendrá a su cargo la decisión final (...)”.

Por lo tanto, aun cuando el artículo 61 de la Ley de Prevención y Seguridad del Personal Policial del Estado Cojedes haga remisión al Reglamento de Castigos Disciplinarios para el Personal de las Fuerzas Armadas Policiales de los Estados y Territorios Federales, indicando que los efectivos policiales gozan de estabilidad y únicamente podrán ser expulsados por la causales previstas en dicho Reglamento, al revisar el artículo 62 de la mencionada Ley de Prevención y Seguridad, la misma prevé que “(...) toda baja

contra la voluntad del funcionario policial, deberá estar precedida de una exhaustiva investigación (...) conforme a las previsiones establecidas en la Leyes vigentes y en el Reglamento de Castigo Disciplinario para el personal policial del Estado Cojedes (...)", lo cual nos deja suficientemente claro, que en el procedimiento de investigación contra los funcionarios policiales del estado Cojedes, se debe aplicar, por remisión expresa de la Ley, el Reglamento de Castigo Disciplinario para el Personal Policial del estado Cojedes. En ese entendido, siempre que se quiera dar de baja forzosa a un funcionario policial, deberá estar precedida de una exhaustiva investigación conforme a las previsiones establecidas en las Leyes Vigentes y en el Reglamento de Castigos Disciplinarios para el Personal Policial del Estado Cojedes, la cual, además, deberá cumplir ciertos requisitos de forma, entre los cuales se destaca la obligación de elevar en consulta la decisión ante el Consejo Disciplinario y ante la Consultoría Jurídica del Cuerpo para el análisis y posterior decisión, la cual será proferida por el Comandante General.

Lo anterior tiene sentido debido a la constante dinámica y evolución en que se encuentra la actividad administrativa, siempre se están creando nuevas situaciones y necesidades, las cuales no pueden ser responsabilidad únicamente del legislador y que éste sea el único que deba considerar su regulación, lo cual condenaría a que la gestión pública sea ineficaz ante el nacimiento de las nuevas necesidades y situaciones que demandan su regulación, por lo tanto, existe la posibilidad de que a través de un Reglamento especial se desarrolle el régimen disciplinario estatuido legalmente, con sujeción a la ley nacional, motivo por el cual, este Órgano Jurisdiccional debe reiterar que la norma especial y que debe ser aplicada en el presente caso, está representada por el Reglamento de Castigos Disciplinarios para el Personal Policial del Estado Cojedes, motivo por el cual, se debe desestimar el alegato de la parte actora referido a la violación del debido proceso durante la sustanciación del procedimiento de destitución llevado en su contra, sosteniendo que el Gobernador del estado Cojedes no dispuso previo al acto, dicha sanción. Así se decide.

7.- Pruebas en el procedimiento administrativo disciplinario

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

25 de enero 2012

Número 000030

Caso: Ramón Rivero vs. Alcaldía del municipio Baruta del estado Miranda

Ponente: Emilio Ramos González

Aunado a lo anterior, ha establecido la doctrina que existe una tercera categoría de prueba instrumental, y son los denominados “documentos administrativos”, los cuales no pueden asimilarse al documento público previsto en el artículo 1.357 del Código Civil, como sí a los documentos privados reconocidos o a los tenidos legalmente por reconocidos, “sólo en lo que concierne a su valor probatorio, dado que en ambos casos, se tiene por cierto su contenido, en tanto que las declaraciones efectuadas en dichos instrumentos no sean objeto de impugnación a través de cualquier género de prueba capaz de desvirtuar su veracidad” (Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia número 497 del 20 de mayo del 2004, caso: Alida Magali Sánchez). Tales apreciaciones, fueron corroboradas posteriormente por la referida Sala mediante sentencia Nº 1.257 publicada en fecha 12 de julio de 2007, recaída en el caso: Sociedad Mercantil Eco Chemical 2000, C.A., en la que se dispuso:

“(...) Delimitado lo anterior, no puede esta Sala pasar por alto que de acuerdo con la persona que incorpore algún acta al expediente administrativo, se pueden dar tres supuestos, a saber: i) Los documentos emanados de los funcionarios públicos sustanciadores del procedimiento administrativo, en ejercicio de sus atribuciones legales, los cuales constituirán documentos administrativos; ii) Los documentos emanados de los particulares interesados en el procedimiento y; iii) Los documentos emanados de terceros, distintos a las partes involucradas, entendiendo como partes a la autoridad administrativa sustanciadora del expediente y a los

legítimos interesados en el procedimiento; tales como informes emanados de organismos públicos o privados necesarios para la resolución de la controversia, en los términos consagrados en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Ahora bien, tal y como se advirtiera, cada instrumental incorporada al expediente administrativo tendrá el valor probatorio conforme a la naturaleza del documento que se trate, pero tal y como lo ha establecido esta Sala, los documentos administrativos se valorarán igualmente como un instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.363 del Código Civil (...)".

En este sentido, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia número 2007-361 de fecha 14 de marzo de 2007, dictada en el caso: María del Carmen Méndez Vs. Ministerio del Trabajo, estableció lo siguiente:

"Así, pues, las actas del procedimiento administrativo deberán constar en un expediente, tales actas son en su mayoría documentos administrativos que emanan de funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, razón por la que merecen plena fe y admiten prueba en contrario, para ello, quien quiera desvirtuar los documentos administrativos deberán aportar alguna prueba idónea con el fin de destruir la validez de las copias certificadas del expediente disciplinario -aportado por el organismo querellado- que debe ser incorporada en el proceso en cumplimiento de las formas procesales establecidas en la ley, así lo ha señalado la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia N° 300 de fecha 28 de mayo 1998 (caso: CVG Electrificación del Caroní) en la que indicó que 'la especialidad de los antecedentes administrativos radica, fundamentalmente, en que gozan de una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad, pero tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario', así que el documento administrativo al tener la firma de un funcionario administrativo está dotado de una presunción desvirtuable de veracidad y legitimidad de su contenido, en razón del principio de ejecutividad y ejecutoriedad que le atribuye el artículo 8 de la Ley

Orgánica de Procedimientos Administrativos, y por tanto deben considerarse ciertos hasta prueba en contrario (...)"

Se evidencia de lo anteriormente reseñado, que tanto la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia como la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, sostienen que si bien los documentos administrativos son dictados por funcionarios de la Administración Pública en el ejercicio de sus funciones y en las formas exigidas por la ley, no son documentos públicos sino una categoría distinta. (Vid. Sentencia de la Corte N° 2008-1516 de fecha 6 de agosto de 2008, caso Antonio González Delgado Vs. El Municipio Vargas del Estado Vargas).

8.- Agotamiento de la vía administrativa en procedimientos funcionariales

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

6 de octubre 2011

Número 001397

Caso: Douglas Peñaloza vs. Comandancia General de la Policía del estado Apure

Ponente: Alexis Crespo Daza

Al respecto, advierte este Órgano Jurisdiccional que según se desprende de la decisión objeto del presente recurso de apelación, que el a quo declaró la inadmisibilidad por haber operado la caducidad en el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto, estableciendo al respecto que existía un "plazo pendiente" para el ejercicio del recurso contencioso administrativo funcional, en virtud de que el recurrente había intentado el recurso de jerárquico ante el órgano superior, como lo es la Gobernación del Estado Apure, el cual a su decir, debía ser resuelto dentro de noventa (90) días siguientes.

En tal sentido, el Juzgado a quo señaló en su decisión que, "(...) Así pues, en fecha 29 de abril de 2003, la parte accionante interpuso recurso de Jerárquico contra la decisión hoy impugnada, el cual

debía ser resuelto dentro de noventa (90) días siguientes en virtud de que fue interpuesto ante el órgano Superior Jerárquico, el Gobernador del Estado Apure, tal como lo establece el artículo (sic) 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativo (...)".

De tal manera que, debe esta Corte analizar la situación planteada en el presente caso, y en tal sentido, se observa que consta al folio siete (7) del presente expediente judicial, original del Oficio CGPA. DP.OAI. /N, de fecha 26 de marzo de 2003, emanado del Jefe de División de Personal de la Comandancia General de Policía del Estado Apure, mediante la cual se acordó la destitución con carácter de Expulsión del cargo de Sub-Inspector de Seguridad y Orden Público.

Ello así, esta Corte observa del contenido del mencionado acto administrativo impugnado, que al recurrente se le señaló que "(...) igual forma se le notifica que contra dicho acto podrá interponer dentro de los quince (15) siguientes a esta Notificación el Recurso de Reconsideración (QUINCE DIAS SIGUIENTES) por ante el Comandante General de la Policía del Estado Apure y dentro de los quince (15) días siguientes a la decisión que recayera sobre dicho recurso de reconsideración podrá interponer por ante el Gobernador de Estado Apure, el Recurso Jerárquico Superior y dependiendo de la respuesta del Recurso Jerárquico Superior puede dentro de los seis meses siguientes a dicha respuesta intentar de conformidad con los artículos 73 y 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, de igual manera tiene el lapso establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia para acudir a la Vía Jurídica (sic), todo ello a partir de la presente notificación; o en su defecto podrá acudir a la referida vía de conformidad con lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública".

Al respecto, considera oportuno este Órgano Jurisdiccional transcribir lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual establece:

"Artículo 73: Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte a sus derechos subjetivos o sus intereses legítimos, personales, y directos debiendo contener la

notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.” Artículo 74. Las notificaciones que no llenen todas las menciones señaladas en el artículo anterior se considerarán defectuosas y no producirán ningún efecto.”

Señalado lo anterior, es de advertir que de la lectura efectuada por este Órgano Jurisdiccional al acto administrativo impugnado, se observa que la Administración al emitir el Oficio CGPA.DP.OAI. /N, de fecha 26 de marzo de 2003, señaló al ciudadano DOUGLAS DOMINGO PEÑALOZA, que en caso de disconformidad, el recurso correspondiente era el de reconsideración y el jerárquico. De esta forma, cabe destacar que en la Ley del Estatuto de la Función Pública, Ley que rige la materia funcionarial, no se establece como presupuesto procesal a la interposición de una recurso contencioso administrativo funcionarial, el agotamiento de la vía administrativa, siendo así, considera este Órgano Jurisdiccional que el ente recurrido no debió indicarle al hoy recurrente que debía interponer tal recurso administrativo, sino todo lo contrario, debió indicarle que sólo correspondía acudir a la vía jurisdiccional (Tribunales Contencioso Administrativo) dentro del lapso de tres (3) meses contados a partir del día en que se produjo el hecho que dio lugar a la presente reclamación o desde el día en que el acto fue notificado. Así pues, establecido que las notificaciones defectuosas no producirán ningún efecto, se hace importante agregar lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el cual consagra lo establecido en la doctrina como “error en la notificación”, al señalar que sí en virtud de una información defectuosa o en su defecto incompleta, contenida en la notificación, el administrado hubiere intentado un procedimiento que no resultaba necesario, el tiempo empleado por éste, no se computaría a los efectos de determinar el vencimiento de los plazos que le correspondieran para interponer el recurso debido, tomando ésta como una notificación nula. Aunado a ello, observa esta Corte que la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha sostenido

que la notificación de los actos dictados por la Administración Pública garantiza el derecho a la defensa, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y que cuando ésta no cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, se considerará defectuosa y no producirá efecto alguno, de conformidad con lo previsto en el artículo 74 del texto normativo en referencia. (Vid. Sentencia N° 2009-1343 dictada por esta Corte en fecha 30 de julio de 2009, caso: Délida Josefina Franco Vs. Instituto Autónomo Policía del Estado Bolivariano de Miranda).

En razón de todo lo anterior y visto que al ciudadano DOUGLAS DOMINGO PEÑALOZA no se le debió indicar que debía interponer recurso administrativo alguno, sino que la Administración debió indicarle que podía acudir a la vía jurisdiccional (Tribunales Contencioso Administrativo) dentro del lapso de tres (3) meses contados a partir del día en que se produjo el hecho que dio lugar a la presente reclamación o desde el día en que esta fue notificada, se libera al administrado de la consecuencia jurídica de caducidad, en virtud de la errónea práctica en la notificación del recurrente, en consecuencia, no debe tomarse en consideración el tiempo invertido por el recurrente en la tramitación del recurso, a los efectos de determinar los lapsos correspondientes para interponerlo. (Vid. Sentencia N° 2005-1005, de fecha 11 de mayo de 2005, caso: Gregória del Carmen Viña Vs. Ministerio del Trabajo, dictada por este Órgano Jurisdiccional), por lo cual, resulta menester señalar que la Administración incurrió en un error en la notificación; y por ende, debe esta Corte, con el objeto de salvaguardar el derecho de acceso a la justicia del recurrente, no aplicar la consecuencia jurídica de la caducidad al presente caso. Así de decide.

En refuerzo a lo anterior esta Corte debe señalar que visto que el requisito previo de agotamiento de la vía administrativa, conforme a las consideraciones precedentes no constituye un requisito que debía agotarse en el caso de autos de manera previa para acceder a la vía Jurisdiccional, pero que sin embargo la Administración le hizo tal indicación al recurrente, quien siguiendo tales, interpuso

recurso de reconsideración y jerárquico, esta Corte considera en aras de garantizar una tutela efectiva, que mal podría castigársele al querellante por el ejercicio innecesario de dichos recursos, toda vez que, el mismo fue inducido erróneamente por el ente querellado. Dentro de este marco, el Juzgador de Instancia consideró que, el querellante interpuso el presente recurso antes del vencimiento del lapso que disponía la Administración Pública para dictar decisión del recurso jerárquico y, antes de que operara el silencio administrativo, es decir, antes de que venciera el lapso de 90 días hábiles para decidir el recurso jerárquico, aun cuando había optado por acudir a la vía administrativa, por lo que, determinó que el recurrente actuó extemporáneamente al intentar la acción en sede judicial a tenor de lo dispuesto en el Artículo 92 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En virtud de lo anterior, es oportuno para esta Alzada señalar que en fecha 20 de febrero de 2008, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conociendo en revisión, anuló la sentencia que dictó la Sala Político Administrativa del Máximo Tribunal, el 30 de enero de 2007, disponiendo al efecto lo siguiente:

“(...) considera esta Sala que es necesario dejar claro a fin de garantizar el principio pro actione consagrado en el artículo 26 de nuestra Carta Magna, que las causales de inadmisibilidad deben estar contenidas expresamente en el texto legal, por lo que no podrá declararse la inadmisibilidad de una acción o un recurso, sin que la causal se encuentre expresamente contenida en ley (Vid. Sentencia N° 759 del 20 de julio de 2000).

En este sentido, es oportuno indicar que en virtud de que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, eliminó el requisito previo de agotamiento de la vía administrativa como un presupuesto necesario para la admisión de la pretensión contencioso administrativa de nulidad contra un acto administrativo de efectos particulares, esta Sala debe ser congruente con lo establecido en la referida Ley y no condicionar al que accede al órgano jurisdiccional a intentar el recurso jerárquico una vez obtenida la decisión del recurso de reconsideración o haber operado el silencio administrativo,

garantizando de esta manera la tutela judicial efectiva, el principio *pro actione* y el principio ‘antiformalista’ consagrados en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Así se decide.

Así las cosas, considera esta Sala que la Sala Político Administrativa fundamentó su decisión en el hecho de que una vez que el particular hubiese decidido ir a la vía administrativa, debe agotarla como requisito de admisibilidad para acceder a la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual vulnera el orden público y limita de manera indebida el acceso a la justicia, en los términos expuestos por esta Sala, toda vez que las causales de admisibilidad deben estar legalmente establecidas y no debe condicionarse al particular que accede al órgano jurisdiccional a cumplir con formalismos que no se encuentran establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (...”).

De la decisión anterior, se desprende que el criterio expuesto por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por una parte, flexibiliza aún más la circunstancia del agotamiento de la vía administrativa, en el sentido que, si bien tal presupuesto es opcional y el administrado puede optar por acudir o no a la vía administrativa, no menos cierto es que no puede exigírsele al recurrente que optó por irse a la vía administrativa, que agote en su totalidad los recursos administrativos ejercidos, y por otro lado, dejar en claro que las causales de inadmisibilidad deben necesariamente estar legalmente establecidas, es decir, estar contenidas expresamente en el texto legal, por lo que no puede declararse la inadmisibilidad de una acción o un recurso, sin que la causal se encuentre expresamente contenida en ley, en virtud al principio *pro actione* y antiformalista previsto en los artículos 26 y 257 constitucional.

Por lo que, al caso de marras se observa, que el Juzgador a quo no debió considerar que, como el lapso para que la Administración decidiera el recurso jerárquico interpuesto, no había transcurrido en su totalidad y el querellante interpuso el recurso contencioso administrativo funcionarial dentro de ese lapso, el recurso era inadmisible por extemporáneo por anticipado. Por cuanto se aprecia

que, tal circunstancia no configura una causal de inadmisibilidad a la interposición de la querella, máxime, cuando la Ley del Estatuto de la Función Pública en su artículo 92 expresamente establece que “Los actos administrativos de carácter particular dictados en ejecución de esta Ley por los funcionarios o funcionarias públicos agotarán la vía administrativa. En consecuencia, sólo podrá ser ejercido contra ellos el recurso contencioso administrativo funcionarial (...). Así se decide.

9.- Las Causales de Destitución

A. Desobediencia

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

24 de enero 2012

Número 000004

Caso: Juan José Paiva vs. Instituto Autónomo de Policía Municipal de Sucre del estado Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

De lo anterior se desprende, que la desobediencia, constituye la inobservancia del deber de cumplir, exigido a los funcionarios en el desempeño de sus funciones, lo cual radica en el desacato a un mandato o una directriz impartida por su superior jerárquico. En ese contexto, es pertinente resaltar que la Administración Pública funciona bajo una estructura jerarquizada, basada en las relaciones entre subordinados y superiores, a fin de encausar a todas las personas que integran la estructura organizativa de la Administración Pública en un mismo fin, lo que impone al funcionario subordinado el deber de cumplimiento de las órdenes e instrucciones impartidas por su superior dentro del ámbito de su competencia. (Vid. Sentencia de esta Corte Nº 2006-1338 de fecha 16 de mayo de 2006 (caso: Janeth Teresita Villasmil Osorio Vs. Ministerio del Poder Popular para el Ambiente y de los Recursos Naturales). Ello así, el incumplimiento por parte del funcionario

de las órdenes e instrucciones de su superior jerárquico inmediato, puede verificarse mediante una actitud explícita y abierta o una conducta renuente y pasiva, que implica romper el principio de jerarquía, incumpliendo así con el deber de obediencia. (Manuel Rojas Pérez: Las Causales de Destitución en la Función Pública. Régimen Jurídico de la Función Pública, FUNEDA, Tomo III, pags. 79 a 119. Caracas, 2004).

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

28 de febrero 2012

Número 000305

Caso: Wilmer Guevara vs. Instituto Autónomo de Policía Municipal de Sucre del estado Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

En consonancia con el criterio antes expuesto, debe advertir este Órgano Jurisdiccional, que mediante la Resolución N° 0007/03/2010 del 8 de marzo de 2010, notificada al recurrente en esa misma fecha, la cual reposa en los folios ocho (8) al once (11) del expediente judicial, se observa que el Director Presidente del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Sucre del Estado Miranda hizo mención a que el hecho generador de la sanción de destitución en contra del recurrente viene dado en virtud que este “(...) sin la debida notificación, permanecieron en fecha 01-10-09, por más de dos horas en las instalaciones del edificio Gramunca, piso1, oficina 251, ubicado en la zona industrial de Polo Verde, omitiendo información de hechos de comunicación obligatoria, o sea, no cumplieron con el deber que tenían de notificar vía transmisiones del procedimiento que canalizaban, tampoco informaron al Supervisor General de Patrullaje o al Jefe de la División de Patrullaje vehicular una información que presuntamente venían manejando con relación a una mercancía de procedencia dudosa, la que presuntamente no habían pasado por los controles de rigor para el impuesto respectivo; ante esto, prefirieron acudir al lugar sin solicitar siquiera apoyo del grupo de guarda, allí permanecieron por espacio de dos

horas (...) sin obtener ningún resultado positivo, por el contrario (...) fueron señalados (...) como los funcionarios que se presentaron (...) solicitando cierta cantidad de dinero con la promesa de no decomisar la mercancía (...)".

En este sentido, esta Corte del análisis de las actas que conforman el presente expediente observó, que de los folios ciento cuarenta y nueve (149) al ciento cincuenta y cuatro (154) del expediente administrativo consta declaración de fecha 23 de octubre de 2009, rendida por el ciudadano Wilmer Ramón Guevara Díaz ante la Dirección de Asuntos Internos del Instituto recurrido, donde reconoció que el 1º de octubre de 2009, se encontraba en el lugar de los hechos, verificando -según sus dichos- "(...) una mercancía de procedencia dudosa que había ingresado en horas nocturnas (...)", la cual el conserje (...) del edificio Gramanca, piso1, oficina 251, ubicado en la zona industrial de Polo Verde (...)", le había señalado que se encontraba "(...) específicamente en los locales 10 y 23, alquilados por los ciudadanos Xue Jun y Marcelo Tomás Xue Villamar ambos de nacionalidad asiática (...)", admitiendo así, su obligación de reportar tanto, al Supervisor General de Patrullaje, como al Jefe de la División de Patrullaje Vehicular del Instituto recurrido de su ubicación y del procedimiento llevado a cabo por éste, que por demás declaró no haber cumplido.

Igualmente, de los folios doscientos veintidós (222) al doscientos veinte seis (226) del expediente administrativo, reposa escrito de descargo de fecha 2 de febrero de 2010, suscrito por el ciudadano Wilmer Ramón Guevara Díaz, donde se desprende, que no avisó de su ubicación "(...) por estimar que sólo estaba esperando a unos ciudadanos para verificar la mercancía de un (sic) depósitos, considerando que tenía dominada la situación, tomando en consideración que se debe evitar saturar el canal de transmisiones (...)", lo que concatenado también con el acta disciplinaria del 6 de octubre de 2009 (Ver folios 90 y 91 del expediente administrativo) mediante la cual la Administración describió la usencia de comunicación telefónica por parte del recurrente, siendo que el mismo -retiramos- también reconoció los hechos imputados por el

Instituto Autónomo Municipal de Policía del Municipio Sucre del Estado Miranda y en consecuencia, el incumplimiento de la orden impartida concerniente a que todo funcionario “(...) debe mantener informada a la Central de Transmisiones de cualquier tipo de eventualidad en su sector así como de los procedimientos (...)”, tomando en consideración, que tal desobediencia “(...) acarreará sanción disciplinaria por incumplimiento a la órdenes relativas al servicio, según lo establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública”, suscrito por la Administración, mediante acta S/N relativa las “(...) NORMATIVAS VIGENTES (...)”, del Organismo recurrido, que reposa de los folios doscientos (200) al doscientos tres (203) del expediente administrativo, toda vez, que el ciudadano Wilmer Ramón Guevara Díaz, reconoció la no comunicación a la central de transmisiones de los hechos ocurridos “(...) fecha 01-10-09, (...) en las instalaciones del edificio Gramunca, piso1, oficina 251, ubicado en la zona industrial de Polo Verde (...)”, y considerando, que el Juzgado a quo expresó igualmente que el recurrente no cumplió con la obligación “(...) de notificar vía transmisiones el procedimiento que canalizaban, tampoco informaron al Supervisor General de Patrullaje o al Jefe de la División de Patrullaje Vehicular una información que supuestamente venían manejando en relación a una mercancía de procedencia dudosa, (...)”, ante esto, prefirieron acudir al lugar sin solicitar siquiera apoyo del grupo de guarda, allí permanecieron por espacio de dos horas, según se demostró, sin obtener ningún resultado positivo; que quedó probado fue la desobediencia de los investigados, pues si manejaban una información de esta índole, estaban obligados, sin causa que los excusara, a participarlo a las autoridades de que dependían (...)”, es por lo que esta Corte debe considerar como infundada la pretensión del recurrente, respecto del falso supuesto de hecho incurrido por la Administración en el procedimiento administrativo sancionatorio aperturado en su contra. Así se decide.

B.- Falta de Probidad

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

1º de noviembre 2011

Número 001599

Caso: Beltrán Santacruz vs. Dirección de Recursos Humanos de la Gobernación del estado Monagas

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Se evidencia del acto transscrito que el ciudadano Beltrán Santacruz fue destituido con fundamento al hecho de que el Agente Luis Alberto Rondón solicitó la baja al prenombrado ciudadano como Jefe de la Comisaría de San Antonio del Municipio Acosta del Estado Monagas, expresando que la misma no fue tramitada, lo cual trajo como consecuencia que ese funcionario siguiera activo durante más de tres (3) meses cobrando sueldo y demás beneficios laborales sin cumplir con sus funciones como efectivo policial, sumando en el mismo acto un nuevo supuesto de hecho relacionado con la actividad de préstamo a interés presuntamente practicada por el querellante . Encuadrando ambas conductas dentro de la causal de destitución de falta de probidad establecida en el artículo 86 numeral 6 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Precisado lo anterior, esta Corte estima conveniente -en razón de la nueva situación planteada por la parte recurrente-, pasar a analizar el auto de apertura de la investigación de fecha 19 septiembre de 2008, el cual corre inserto al folio setenta y cinco (75) del expediente judicial que a tenor cita lo siguiente: “[...] inició una investigación preliminar por los hechos ocurridos en fecha 08 de abril de 2008, relacionado con la solicitud de baja del cuerpo policial por parte del AGENTE LUIS ALBERTO RONDÓN SUCRE, la referida solicitud la introdujo ante su jefe inmediato, el INSPECTOR BELTRAN SANTACRUZ SANTACRUZ [...] el cual no trató tal solicitud trayendo como consecuencia que el agente ya identificado siguiera estando activo en el servicio y cobrando sueldo y demás beneficios sin cumplir con sus funciones como funcionario policial [...]”, de lo reproducido, se evidencia que el presunto préstamo de dinero a intereses practicada por el querellante, no fue el hecho generador

de la apertura del procedimiento disciplinario y de la posterior investigación.

Igualmente, observa esta Corte, que rielan a los folios ciento veinticuatro (124) al ciento treinta y uno (131) el escrito de formulación de cargos de fecha 7 de octubre de 2008, en virtud de los hechos ocurridos en fecha 08 de abril de 2008, relacionados con la solicitud de baja del cuerpo policial por parte del Agente Luis Alberto Rondón Sucre, introducida ante su jefe inmediato, el Inspector Beltrán Santacruz, por la presunta falta de tramitación, ajustando dicha conducta a la causal de destitución por falta de probidad provista en el artículo 86 numeral 6 de la Ley del Estatuto de la Función Pública en concordancia con el numeral 11 del artículo 33 ejusdem y los artículos 12 y 17 literal "j" del Código de Conducta de los Servidores Públicos.

Asimismo, se evidencia que corre inserto a los folios ciento treinta y siete (137) al ciento cuarenta (140) del expediente judicial escrito de descargos y de promoción de pruebas presentado por la abogada Deyanira Josefina Jiménez en su carácter de apoderada judicial del ciudadano querellante, en relación a los hechos imputados.

Ahora bien, observa esta Corte que si bien al ciudadano Beltrán Santacruz, le fue garantizado el derecho a la defensa en el procedimiento disciplinario instaurado por la Dirección de Recursos Humanos de la Gobernación del Estado Monagas, no es menos cierto, que los hechos increpados en la causal de falta de probidad en el acto de formulación de cargos sólo hacía referencia a la conducta improba del funcionario querellante, con respecto a la tramitación de la baja del ciudadano Luis Alberto Rondón, por lo que mal podía la Administración destituir al referido ciudadano, por un hecho distinto al que dio lugar a la apertura de la investigación preliminar y por el cual se sustanció el expediente disciplinario, sin que se evidencie de forma alguna que se le haya notificado en el curso de dicha sustanciación de la averiguación de nuevos hechos subsumibles en la referida causal, en concreto en relación a -supuestos préstamos de dinero considerados como actividad ilegal- para que éste opusiera sus defensas, dejándolo en

un indudable estado de indefensión, en relación al nuevo hecho traído al momento de dictarse el acto recurrido, razón por la cual a criterio de éste Órgano Colegiado el acto por medio del cual se destituye al ciudadano Beltrán Santacruz, tal como lo estableciera el a quo se encuentra viciado de nulidad al estar fundamentado en hechos distintos a los imputados en la formulación de cargos.

Por lo precedentemente expuesto, la decisión del iudex a quo fue dictada de manera clara y precisa, y no dejo de resolver los puntos sometidos a su consideración de conformidad a lo alegado y probado en autos, razón por la cual a criterio de esta Corte el Tribunal de Instancia no incurrió en vicio alguno, mucho menos en el vicio de incongruencia, por lo que su decisión se encuentra ajustada a derecho. Así se establece.

Hechas las consideraciones anteriores, y visto que de autos no se desprende la responsabilidad del ciudadano Beltrán Santacruz sobre los hechos irregulares acaecidos en la tramitación de la “BAJA” del ciudadano Luis Alberto Rondón, y verificado que el segundo de los supuestos en que la Administración fundamentó su decisión, esto es, la actividad de préstamo a interés presuntamente desplegada por el querellante, no fue determinado en la apertura de la investigación disciplinaria ni en el acto de formulación de cargos, incurriendo la Administración en un falso supuesto de hecho, al no haber circunscrito su decisión en lo alegado y probado en autos, con la correcta apreciación de los hechos en que fundamentó dicha decisión administrativa, es por ello que resulta forzoso para este Órgano Jurisdiccional declarar SIN LUGAR el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial del Estado Monagas y en virtud de ello se CONFIRMA la sentencia emanada del Juzgado Superior Quinto Agrario y Civil de la Circunscripción Judicial del Estado Monagas con Competencia en lo Contencioso Administrativo de la Región Sur Oriental, en fecha 12 de julio de 2010, mediante la cual declaró con lugar el recurso contencioso administrativo interpuesto que ordenó la reincorporación del ciudadano Beltrán Santacruz Santacruz, al cargo que venía desempeñando en la Policía del Estado Monagas. Así se decide.

C.- Injuria

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

6 de diciembre 2011

Número 001916

Caso: Alicia Sánchez vs. Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia

Ponente: Emilio Ramos González

Ahora bien, en el caso bajo análisis, si bien es cierto que de la lectura de las testimoniales insertas en el expediente administrativo, se evidencia que todas coinciden en afirmar que si hubo una comunicación dirigida a la Registradora Civil Principal del estado Miranda, hecho que igualmente, fue aceptado por la querellante, también es cierto que el contenido de dicha comunicación no contiene hechos injuriosos, pues simplemente la querellante se limitó a defenderse de las amonestaciones que le habían sido impuestas.

Ello así, visto que quedó demostrado que la referida comunicación no contiene palabras injuriosas, resultaría desproporcionada la aplicación de la sanción de destitución a la querellante, pudiendo en todo caso, subsumir dicha conducta en el numeral 4 del artículo 83 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que establece que: “(...) Serán causales de amonestación escrita: (...) 4. Irrespeto a los superiores, subalternos o compañeros (...).”

En consecuencia, esta Corte al evidenciar que la querellante no incurrió en injuria al haber emitido comunicación dirigida a la Registradora Civil del Estado Miranda mediante la cual le indicó que “(...) ‘(...) me gritó delante del público’. ‘solo saqué una copia en la oficina de al frente del registro, la cual no quise sacar aquí, pues en una oportunidad solicite ese servicio y se me negó, aquí no he obtenido beneficio registral’. ‘recuerdo cuando le pedí a usted Dra. me habilitara un acta de nacimiento de una menor... Ud. me dijo que no, porque era exonerado que esperara 10 días’, ‘bien se que su molestia es porque acudí donde la Dra. Laurentina en Min-

Justicia' (...)”, resulta forzoso para esta Corte señalar que la sanción de destitución que le fue impuesta a la ciudadana Alicia Acosta Sánchez es desproporcionada a los hechos que le fueron imputados. Así se declara.

Por las anteriores consideraciones, esta Alzada declara con lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por la ciudadana Alicia Acosta Sánchez contra el Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia. Así se decide.

D.- Insubordinación

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

12 de marzo 2012

Número 000445

Caso: Rafael Aparicio vs. Comandancia General de Policía del estado Cojedes

Ponente: Emilio Ramos González

Señalado lo anterior, esta Corte pasa a revisar las actas que cursan en el presente expediente, a los fines de verificar si el ciudadano Rafael Eduardo Aparicio, tal como lo indica el acto administrativo impugnado, se encontraba involucrado “(...) en los hechos acaecidos en los días 22, 23, y 24 de octubre de 2001, en la Comandancia de la Policía del Estado Cojedes, toda vez que un grupo de funcionarios policiales se Insubordinaron, tomando de forma violenta, a través del uso de la fuerza, las armas que se encontraban depositadas en la Comandancia General de la Policía del Estado, además de la central de comunicaciones de la misma, todo con el fin de protestar por unas supuestas reivindicaciones salariales dejadas de percibir (...)”, y si su participación en los hechos puede ser subsumida en las faltas graves sancionadas con la expulsión del funcionario supra mencionadas, para ello se observa lo siguiente:

Riel a los folios cuatro (4) al seis (6) del expediente administrativo, transcripciones de las novedades de fechas 10 y 22 de octubre de

2002, en las cuales se dejó constancia que un grupo de funcionarios optaron por tomar la puerta principal del estacionamiento colocándole una cadena y un candado en la primera fecha indicada, y el 22 de octubre penetraron en las instalaciones de la comandancia de la policía cerrando las dos puertas principales colocando dos cadenas con candados y tomaron el parque de armamentos, dejándose constancia de la participación del funcionario Rafael Aparicio.

Riel a los folios cincuenta (50) y cincuenta y uno (51) del expediente administrativo, copia certificada del informe realizado en fecha 26 de octubre de 2001, por el ciudadano Víctor José Febres Acevedo, en su condición de Inspector Jefe de la Comandancia General de la Policía de la Gobernación del estado Cojedes, y dirigido al ciudadano Francisco Ortega Castillo, en su condición de Teniente Coronel, en el cual se expuso los hechos ocurridos en fecha 22 de octubre de 2001, relacionados con un paro policial el cual culminó en fecha 24 de octubre de 2001.

Consta a los folios nueve (9) y diez (10) del expediente administrativo, copia certificada del Decreto N° 217/01 de fecha 22 de octubre de 2001, mediante la cual el Gobernador del estado Cojedes, el Secretario Federal de Gobierno y el Director de Seguridad y Defensa Civil, instaron a todos los funcionarios involucrados a deponer la actitud a la Constitución y a las Leyes y se reincorporaran a sus labores habituales de trabajo.

Consta a los folios doscientos tres (203) y doscientos cuatro (204) del expediente judicial, copia del Acta de declaración del ciudadano Inspector Miguel Ángel Ortiz Fernández, en la cual se dejó constancia de lo siguiente:

“(...) PRIMERA PREGUNTA. ¿Diga el testigo si conoció de los hechos ocurridos en los días 15, 22, 23 y 24 de octubre del año 2001, en la Comandancia General de la Policía del Estado Cojedes?. CONTESTO: Si, tuve conocimiento del paro policial que se sucedió los días 22, 23y24 de octubre del año 2001, ya que en esos días es frente al Comando y no se nos permitió la entrada a los oficiales, cerraron el acceso, atravesaron una unidad d patrullera y tomaron

las armas, gritaban consignas en contra del Gobierno y decían que no querían a ninguno de los oficiales. SEGUNDA PREGUNTA. ¿Diga el testigo si tiene conocimiento de las personas que participaban de forma activa en los hechos antes narrados? CONTESTO: Si tengo conocimiento, entre los que recuerdo a el (sic) Sub Comisario José Agapito Carrasco, el distinguido Nelson Pérez, el agente Luis Guillermo Pérez y el cabo primero Rafael Aparicio. TERCERA PREGUNTA. ¿Diga el testigo si tiene conocimiento cómo fue la participación de Rafael Aparicio? CONTESTO: Como a las seis y treinta de la mañana del día veintidós de octubre de año dos mil uno, cuando se sucedía el paro policial lo observe trasladando al personal de los diferentes puestos hasta Comandancia General. (...)".

Riel a los folios doscientos cinco (205) y doscientos seis (206) del expediente judicial, el Acta de declaración del ciudadano Sub Inspector Carlos Andrés Mendoza Reyes, en fecha 16 de abril de 2002, en la cual se dejó constancia de su deposición de la siguiente manera:

"(...) PRIMERA PREGUNTA: ¿Diga el testigo si conoció de los hechos ocurridos en los días 22, 23 y 24 de octubre del año 2001 en la Comandancia General de la Policía del Estado Cojedes?. CONTESTO. Si, tengo conocimiento a los hechos ocurridos de (sic) los días 15, 22, 23 y 24 de octubre del año 2001. SEGUNDA PREGUNTA. ¿Diga el testigo si tiene conocimiento de las personas que participaban de forma activa en los hechos antes narrados?. CONTESTO: Si, específicamente los días veintidós, veintitrés y veinticuatro de octubre de dos mil uno, donde participaron los funcionarios Luis Guillermo Pérez, Rafael Torrealba, Níger Avancinis, Edgar Flores y Rafael Aparicio. TERCERA PREGUNTA: ¿Diga el testigo si tiene conocimiento de cómo fue la participación del funcionario Rafael Aparicio?. CONTESTO: Si, ya que este funcionario vociferaba palabras obscenas el día veintidós de octubre del año dos mil uno, que fue la segunda toma de la Comandancia General de la Policía, (...)"

Riel a los folios doscientos siete (207) y doscientos ocho (208) del expediente judicial, el Acta levantada con ocasión de la declaración

del ciudadano Sub Inspector Carlos Alberto Mercado Martínez, mediante la cual se dejó constancia de los siguientes particulares: “(...) PRIMERA PREGUNTA: ¿Diga el testigo, si conoció de los hechos ocurridos en los días 15, 22, 23 y 24 de octubre del año 2001, en la Comandancia General de la Policía del Estado Cojedes?. CONTESTO. Si, tengo conocimiento de los diferentes paros policiales ocurridos en la Comandancia General. SEGUNDA PREGUNTA: ¿Diga el testigo tiene conocimiento da las personas que participaban de forma activa en los hechos antes narrados?. CONTESTO: Si el Cabo Primero Rafael Aparicio, el distinguido José Luis Pérez, el distinguido Edgar Flores y otros. TERCERA PREGUNTA: ¿Diga el testigo si tiene conocimiento de cómo fue la participación del Cabo Primero Rafael Aparicio?. CONTESTO: Para el día quince de octubre del año dos mil uno, él fue uno de los primordiales en participar con el paro, vociferando que le metieran cadenas a las puertas principales de la Comandancia, y encendiendo la sirena de la patrulla incitando al resto del personal (...)”.

Consta a los folios doscientos nueve (209) y doscientos diez (210) del expediente judicial, copias del Acta de la declaración de fecha 16 de abril de 2002, del ciudadano Inspector Jefe Pedro Rafael Veloz, quien señaló lo siguiente:

“(...) PRIMERA PREGUNTA: ¿Diga el testigo si conoció de los hechos ocurridos en los días 15, 22, 23 y 24 de octubre del año 2001, en la Comandancia General de la Policía del Estado Cojedes? CONTESTO: El día lunes veintidós de octubre del año dos mil uno en horas de la mañana yo me trasladaba hacia Las Vegas donde soy Comandante de Destacamento, cuando iba pasando por frente del Comando me percaté de la aglomeración de un grupo de funcionarios policiales, me detuve en la parte del frente donde estaban varios oficiales donde me informaron que había un paro policial. SEGUNDA PREGUNTA: ¿Diga el testigo si tiene conocimiento de las personas que participaban de forma activa en los hechos antes narrados? CONTESTO: Si tengo conocimiento participaron activamente el Cabo Segundo Saúl Yguera, Victor Meléndez y Rafael Aparicio. TERCERA PREGUNTA. ¿Diga el testigo si tiene conocimiento de

cómo fue la participación de Rafael Aparicio?. CONTESTO: Lo observe en área de prevención como uno de los funcionarios que incitaba a los demás y lo oí cuando gritando decía que de allí no se iban hasta que no le resolvieran sus problemas (...)".

Ahora bien, se desprende de las documentales anteriormente transcritas que efectivamente en las fechas 22, 23 y 24 de octubre de 2001, en la Comandancia de la Policía del estado Cojedes, un grupo de funcionarios policiales se insubordinaron, tomando de forma violenta, a través del uso de la fuerza, las armas que se encontraban depositadas en la Comandancia General de la Policía del estado, grupo éste en el que se encontraba presente el ciudadano Rafael Eduardo Aparicio.

En este mismo orden, evidencia esta Corte que los testigos Miguel Ángel Ortiz Fernández, Carlos Andrés Mendoza Reyes, Carlos Alberto Mercado Martínez y Pedro Rafael Veloz, fueron contestes en indicar que efectivamente el ciudadano Rafael Eduardo Aparicio, participó activamente en los hechos ocurridos en fecha 15, 22, 22 y 24 de octubre de 2001, indicando inclusive que el referido ciudadano vociferaba palabras obscenas, indicando que le metieran cadenas a las puertas principales de la Comandancia, incitando al resto del personal a sublevarse.

Aunado a lo anterior, no evidencia esta Corte que el ciudadano Rafael Eduardo Aparicio, haya negado su participación o señalado que los hechos a él imputados, no ocurrieron o sucedieron de forma distinta, así como tampoco promovió prueba alguna para desvirtuar dicha situación fáctica, lo cual lleva a esta Corte indefectiblemente a señalar que efectivamente el ciudadano querellante con su conducta se encontraba incurso en las faltas graves previstas en los numerales 3 y 43 del artículo 68 del Reglamento de Castigos Disciplinarios para el Personal Policial del Estado Cojedes, referidas al hecho de participar en actos o hechos perjudiciales contra la disciplina que desacrediten a la Institución y a los efectivos policiales y promover e incitar o ejecutar actos de insubordinación, las cuales se encuentran sancionadas con la expulsión del cargo, conforme a lo establecido en el artículo 58 del referido reglamento.

E. Abandono Injustificado durante Tres Días en Treinta Días

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

30 de enero 2012

Número 000058

Caso: Tomás Brian Arencibia Ramírez vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas

Ponente: Alexis Crespo Daza

Al respecto, refirió el recurrente, que “(...) la sentencia recurrida señala que quedó demostrado por parte de la administración que me habría ausentado a (sic) mi sitio de trabajo los días 24, 25, 27 y 30 de agosto y los días 05 (sic), 08 (sic) y 11 de septiembre de 2002, y por tanto habría incurrido en la causal establecida en el numeral 9 del artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública”. (...) la sentenciadora modificó injustificadamente como (sic) ocurrieron los hechos, toda vez que, si bien es cierto que recibí un Reporte Disciplinario en fecha 22 de agosto de 2002, elaborado por un jefe de sección que no tenía facultad para notificar sobre mi nuevo puesto de trabajo (...) los mencionados reportes disciplinarios fueron suficientemente cuestionado (sic) en el decurso del proceso; no es menos cierto que en dicho escrito (considerado por la recurrida como suficiente para afirmar que fui notificado de mi transferencia) se objetó en primer lugar que no era posible hablar de falta cuando ese mismo día en la tarde se me había notificado de la transferencia y, en segundo lugar porque nunca existió dicha notificación el día 23 de septiembre de 2004, fecha en la cual recibo el Oficio suscrito por el Gerente de Recursos Humanos (...) lo anterior revela con meridiana claridad que no me ausenté de mi sitio de trabajo en las fecha (sic) alegadas por el empleador, por el contrario me encontraba cumpliendo mis actividades de dirigente sindical en cumplimiento de la garantía consagrada en el artículo 95 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (...) me encontraba bajo el régimen de licencia sindical (concedida por virtud de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con el anterior empleador), ubicado en

la sede del sindicato en la Estación El Cafetal y no en alguna Unidad Operativa, por lo que mal podría pretender la Administración imputarme ausencias al sitio de trabajo anteriores a la notificación de mi propia transferencia y a la nueva ubicación física donde debía desempeñar mi labor."

En este sentido, la sentencia recurrida dictada en fecha 12 de enero de 2004, por el Juzgado Superior Segundo de lo Contencioso Administrativo, estableció sobre el punto denunciado, que:

"Respecto a que tampoco fue notificado de su nueva ubicación administrativa, se observa que, consta a los folios 41 al 45 de la pieza N° 1 del expediente administrativo, comunicación suscrita por el accionante y dirigida al ciudadano Rodolfo Briceño, Comandante General del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas, de fecha 05 (sic) de septiembre de 2002, donde expresa que en fecha 22 de agosto de 2002 recibió un Reporte Disciplinario s/n emanado de la Estación La Trinidad, en el cual se le señaló (sic) que se encontraba destacado en la Trinidad en el Área (sic) de Operaciones. Asimismo expresa que fue notificado de su transferencia al Distrito Metropolitano ese mismo día, es decir, el 22 de agosto de 2002.
(...omissis...)

Lo anterior demuestra que efectivamente para el día 22 de agosto de 2002 tuvo pleno conocimiento de su nueva ubicación administrativa dentro del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas.

Ahora bien, con respecto al permiso que le había sido otorgado para cumplir funciones de Secretario General (e) de la Asociación Sindical de Bomberos y Bomberas Profesionales Conexos y Afines de Venezuela ASIN.BOM.PRO.VEN., se observa, por una parte, que no consta en el expediente administrativo, ni en el expediente judicial recaudo alguno que demuestre que le había sido otorgada la (sic) licencia a que se refiere el recurrente, y por la otra, en cuanto a que el Comandante General reconoce la existencia de la citada licencia en el escrito que el recurrente denomina 'de denuncia', se observa lo contrario, pues el Comandante General, señala que el ciudadano Tomás (sic) Arencibia se niega a trabajar amparado en

unos supuestos derechos de fuero y licencia sindical que nadie le ha otorgado, de manera que al no haber el recurrente probado la existencia de dicho permiso o de la solicitud formulada al efecto, en cuyo caso su otorgamiento era obligatorio por formar parte de la directiva de la Asociación Sindical de Bomberos y Bomberas Profesionales Conexos y Afines de Venezuela ASIN.BOM.PRO. VEN., no hay justificación a las inasistencias a sus labores los días 24, 25, 27 y 30 de agosto y los días 05 (sic), 08 (sic) y 11 de septiembre de 2002."

Al respecto, en relación con la denuncia de suposición falsa (denominado vicio de falso supuesto por la parte recurrente) realizada por el apelante el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil en su encabezamiento dispone lo siguiente: "Artículo 320.- En su sentencia del recurso de casación, la Corte Suprema de Justicia, se pronunciará sobre las infracciones denunciadas, sin extenderse al fondo de la controversia, ni al establecimiento ni apreciación de los hechos que hayan efectuado los Tribunales de instancia, salvo que en el escrito de formalización se haya denunciado la infracción de una norma jurídica expresa que regule el establecimiento o valoración de los hechos, o de las pruebas, o que la parte dispositiva del fallo sea consecuencia de una suposición falsa por parte del Juez, que atribuyó a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o dio por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo."

Así las cosas, este Órgano Jurisdiccional considera pertinente apuntar que el vicio de suposición falsa desde el punto de vista procesal es categorizado por la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 01507 de fecha 8 de junio de 2006, caso: Edmundo José Peña Soledad Vs. C.V.G. Ferrominera Orinoco Compañía Anónima, como:

"(...) un vicio propio de la sentencia denunciable mediante el recurso extraordinario de casación previsto en el encabezamiento del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, el cual conforme lo ha sostenido la doctrina de este Alto Tribunal, tiene que estar

referido forzosamente a un hecho positivo y concreto establecido falsa e inexactamente por el Juez en su sentencia a causa de un error de percepción, y cuya inexistencia resulta de actas o instrumentos del expediente mismo.

Asimismo, se ha dicho que para la procedencia del alegato de suposición falsa, es necesario demostrar que el error de percepción cometido por el juzgador resulta de tal entidad, que en caso de no haberse producido otro habría sido el dispositivo del fallo recurrido; por tanto, puede constatarse la existencia de la suposición falsa, pero si ésta resultare irrelevante para el cambio del dispositivo no sería procedente, por resultar francamente inútil.

De igual forma esta Sala ha advertido que el referido vicio no está previsto expresamente como uno de los supuestos del artículo 244 eiusdem; sin embargo, la suposición falsa se refiere al hecho de que el juez atribuya a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o dé por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente.

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

Por su parte, esta Corte Segunda ha acogido al criterio supra transrito, señalando al respecto que

"(...) para incurrir en el vicio de falso supuesto, es necesario que el Juez al dictar la sentencia que resuelva el fondo del asunto, haya

establecido un hecho positivo y concreto sin respaldo probatorio en el expediente, o bien por atribuir a un instrumento del expediente menciones que no contiene, aunado al hecho de que de no haberse producido tal inexactitud, otro hubiere sido la resolución del asunto planteado. (Vid. Sentencia N° 2008-1019, de fecha 11 de junio de 2008, caso: Ángel Eduardo Márquez Vs. Ministerio de Finanzas, y la N° 2008-1305 de fecha 16 de julio de ese mismo año, caso: Trino Del Valle García Valles Vs. Ministerio del Poder Popular para el Trabajo)."

En este mismo orden de ideas, este Órgano sentenciador estima pertinente el examen de las actas procesales por cuanto la sentencia recurrida afirmó en sus argumentaciones que las probanzas que permitirían concluir que el recurrente se encontraba bajo licencia sindical no se encontraban en autos; siendo que además, la Administración, según la recurrida, probó que el justiciable se encontraba notificado de su nuevo puesto de trabajo y por tanto se verificaron las ausencias laborales que produjeron la destitución.

Al respecto, señala en su fundamentación de la apelación el recurrente que "(...) fue promovido en la oportunidad probatoria el anexo 'A' del expediente contentivo del procedimiento disciplinario incoado en mi contra (folio 21 del expediente disciplinario), relativo al Listado de Personal por Unidad Administrativa (Marzo (sic) 2002), elaborado por la Comisión Técnica de Transferencia, de la que el Comandante de Bomberos Ciudadano Rodolfo Briceño formaba parte, que ordenó instalar la Ordenanza de Creación del Cuerpo de Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas, donde se evidencia que me encontraba bajo el régimen de licencia sindical (concedida por virtud de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con el anterior empleador), ubicado en la sede del sindicato en la Estación El Cafetal y no en alguna Unidad Operativa, por lo que mal podría pretender la Administración imputarme ausencias al sitio de trabajo anteriores a la notificación de mi propia transferencia y a la nueva ubicación física donde debía desempeñar mi labor."

Es menester indicar, que de la revisión detallada efectuada por esta Corte a los expedientes judicial y disciplinarios no se deriva que le

fuerza concedida licencia sindical al recurrente para ausentarse de su sitio de trabajo los días en cuestión; siendo, que del anexo "A" folio 21 del expediente disciplinario, señalado por el recurrente como constitutivo de la mencionada licencia sindical, no se establece lo alegado por el recurrente en relación con la autorización referida. Siendo así, esta Corte estima prudente citar el criterio expresado por este mismo Órgano Jurisdiccional en la sentencia N° 2008-1265 de fecha 9 de julio de 2008, caso: Lester Jeffrey Lugo Colmenares Vs. la República Bolivariana de Venezuela por Órgano del Ministerio de Educación Cultura Y Deportes (hoy Ministerio del Poder Popular para la Educación):

"Al respecto, y en cuanto a las faltas que originaron la apertura del procedimiento disciplinario, de la exhaustiva revisión de las actas del expediente judicial, constató este Órgano Jurisdiccional, que el querellante efectivamente faltó a sus labores sin haber solicitado el permiso correspondiente, ni haber justificado tales inasistencias, por cuanto la licencia que alegó le había sido otorgada no consta en autos, y no existe probanza alguna en el expediente judicial que indique a ésta Corte que, conforme a lo establecido en el Parágrafo Único del artículo 23 de la Ley de Carrera Administrativa, el organismo público previa solicitud de la organización sindical, le haya otorgado permiso remunerado para el cumplimiento de su función en la citada Comisión de Movimientos de Personal. En razón de lo anterior, visto que en el caso bajo análisis tal permiso no fue aportado a los autos ni en original, ni en copia certificada, el mismo se tiene como no concedido. Así se declara."

En relación con lo expuesto, constata este Órgano Jurisdiccional que efectivamente corren a los folios 30, 32, 34, 36, 48, 49 y 50 del expediente administrativo sendos reportes disciplinarios emanados por la Estación de Bomberos La Trinidad correspondientes a las fechas 22, 24, 27 y 30 de agosto y 5, 8 y 11 de septiembre todas del año 2002, en los cuales se dejó constancia de la ausencia del recurrente a su puesto de trabajo y de los que aduce éste que "(...) mal podría pretender la Administración imputarme ausencias al sitio de trabajo anteriores a la notificación de mi propia transferencia y a la

nueva ubicación física donde debía desempeñar mi labor (...)" sin que demostrara por su parte el recurrente que realizó sus labores en otra dependencia del Órgano Administrativo.

En este sentido, consta inserto en autos (folio 30 del expediente disciplinario) notificación de fecha 22 de agosto de 2002, emanado de la Estación de Bomberos La Trinidad, practicada mediante reporte disciplinario sin número, recibida en esa misma fecha de manera legal por el recurrente, donde se le comunica lo relacionado con su traslado indicándosele que se encuentra destacado en la Estación La Trinidad; igualmente, refiere el recurrente, folio 41 del expediente disciplinario, que "En fecha 22 de agosto de 2002, recibí un Reporte Disciplinario S/N, emanado de la Estación La Trinidad y suscrito por el ciudadano Douglas Segura, Sargento Primero de Bomberos en su condición de Jefe de Sección de dicho Destacamento, señala el aludido Reporte Disciplinario que supuestamente me encuentro destacado en 'La Trinidad', en el Área de Operaciones (...)."

De tal manera que, se encontraba en conocimiento el recurrente de que efectivamente se había efectuado su traslado a la Estación de Bomberos La Trinidad.

Por cuanto, esta Corte para dirimir este punto observa que la sentencia recurrida se basó en pruebas que corren insertas en los autos, pruebas éstas que fueron valoradas de manera idónea por el sentenciador a quo, se desecha el vicio suposición falsa (falso supuesto) interpuesto por el recurrente. Ahora bien, considera esta Corte necesario examinar los argumentos del recurrente relacionados con el hecho de que se le impidió el control de las pruebas que permitieron a la Administración dictar la Resolución impugnada, en cuanto a este punto alegó el recurrente que "(...) los documentos que conforman la base probatoria de la Administración los desconocía por completo hasta que los pude observar por primera vez en el marco de la averiguación disciplinaria incoada en mi contra, hecho éste que impidió, si es que existían con anterioridad, que tuviera oportunidad de impugnarlos en su debido momento, colocándome en una situación de desigualdad frente a la Administración, lo que revela la violación al derecho a la defensa y

al debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.”

10.- La Potestad disciplinaria especial de la Contraloría General de la República

Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia

18 de abril 2012

Número 000333

Caso: José Rafael Gutiérrez vs. Contraloría General de la República

Ponente: Monica Misticchio Tortorella

Argumentó la referida abogada que a su representado se le vulneró su derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, “ya que la Administración no solo procedió a imponerle la sanción de Destitución del Cargo de Profesor Asistente y Profesor de Comunicación Social de la Universidad Bolivariana de Venezuela Eje Falcón sino también, de cualesquiera otro cargo público que pudiera estar desempeñando, lo que genera la suspensión del pago de su sueldo y demás beneficios socioeconómicos, a los que tiene derecho por ley luego de haber participado y ganado el concurso para desempeñar el cargo de Profesor Titular en la Universidad, impidiéndole así tener ingreso pecuniario alguno para subsistir o cubrir el pago de sus necesidades básicas y las de su familia”.

Por otra parte adujo que la sanción fue dictada “en franca violación de los derechos prescritos a favor de [su] patrocinado (...) relativos al derecho a la defensa y debido proceso, y procediere como si fueren juicios sumarios alejados de todas las garantías procesales que deben rodear la materia sancionatoria del estado (...) más aun cuando no se ha perpetrado hecho punible o ilícito fiscal alguno que hubiere afectado el patrimonio público, no hay tipicidad...” (sic).

Visto lo anterior, considera esta Sala necesario analizar conjuntamente la denuncia de violación del derecho al trabajo con la del derecho a la defensa y debido proceso por la supuesta falta de tipicidad, pues en este caso se denunció como causa de la lesión cons-

titucional no solo el hecho de haber sido destituido "del Cargo de Profesor Asistente a dedicación exclusiva y Profesor de Comunicación Social de la Universidad Bolivariana de Venezuela Eje Falcón sino también, de cualesquiera otro cargo público que pudiera estar desempeñando" (sic); por lo que la Sala considera que de verificar- se la falta de tipicidad de esta última, es posible que se vulnere el derecho al trabajo.

En cuanto a la denuncia de violación del derecho al trabajo, estima importante esta Sala reiterar que tanto ese derecho como el de la estabilidad en el cargo, no son absolutos y están sujetos a ciertas limitaciones legales autorizadas por el propio Constituyente, siendo una de ellas las sanciones que frente al ejercicio de determinado cargo puedan ser acordadas.

Dicho esto, es pertinente indicar que la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.347 del 17 de diciembre de 2001), aplicable *ratione temporis*, establece en su artículo 105, lo siguiente:

"Artículo 105. La declaratoria de responsabilidad administrativa, de conformidad con lo previsto en los artículos 91 y 92 de esta Ley, será sancionada con la multa prevista en el artículo 94, de acuerdo con la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios que se hubieren causado. Correspondrá al Contralor General de la República de manera exclusiva y excluyente, sin que medie ningún otro procedimiento, acordar en atención a la entidad del ilícito cometido, la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años, en cuyo caso deberá remitir la información pertinente a la dependencia responsable de la administración de los recursos humanos, del ente u organismo en el que ocurrieron los hechos para que realice los trámites pertinentes...".

De la norma antes transcrita se desprende que la Ley Orgánica de la

Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, atribuye al Contralor General de la República, de manera exclusiva y excluyente, la potestad para imponer las sanciones de suspensión del cargo sin goce de sueldo, destitución e inhabilitación para el ejercicio de la función pública, estableciendo como requisito *sine qua non* que la previa declaratoria de responsabilidad, dictada por el órgano de control fiscal competente, se encuentre firme en sede administrativa.

Por lo tanto, la potestad exclusiva del Contralor General de la República de imponer la sanción de destitución deviene de la determinación de responsabilidad administrativa por parte del órgano de control fiscal correspondiente, al igual que la suspensión e inhabilitación. Por ello se reitera que dicha sanción es consecuencia de la determinación de responsabilidad administrativa.

La medida de destitución que se produce en estos casos, no obstante ser una restricción del derecho al trabajo, se fundamenta en el ejercicio de la potestad sancionatoria por parte del Contralor General de la República, para lo cual ha sido habilitado expresamente por la ley, y en virtud de la cual puede imponer a funcionarios declarados responsables administrativamente, determinadas sanciones que inciden en el ejercicio de la función pública de que se trate, por lo que el ejercicio de tal atribución no constituye una vulneración o limitación ilegal a los referidos derechos, en tanto que es aplicada por un funcionario público competente para ello, en resguardo de intereses generales constitucionalmente protegidos, como lo es la garantía de la correcta administración de bienes públicos.

En consecuencia, para la Sala la sanción de destitución, en principio, no comporta violación del derecho al trabajo y a la estabilidad laboral, ya que no priva al sancionado de desempeñarse en otras actividades o funciones distintas. Tampoco implica una restricción para el ejercicio de otros cargos públicos, a menos que la Contraloría General de la República en atención al ilícito cometido, imponga otra sanción además de la destitución, como la inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas por un tiempo que podría extenderse hasta por un máximo de quince (15) años, lo cual no ocurrió en el caso de autos.

No obstante lo anterior, observa la Sala que lo planteado en esta causa, es que se produjo la presunta violación constitucional del derecho a la defensa y debido proceso del recurrente por la supuesta falta de tipicidad de la sanción, al haber sido destituido no solo "del Cargo de Profesor Asistente a dedicación exclusiva y Profesor de Comunicación Social de la Universidad Bolivariana de Venezuela Eje Falcón sino también, de cualesquiera otro cargo público que pudiera estar desempeñando" (sic).

Respecto a la supuesta falta de tipicidad alegada, cabe destacar que en reiteradas oportunidades esta Sala Político Administrativa se ha pronunciado a favor de las garantías derivadas del principio de legalidad del derecho administrativo sancionatorio como es el de la *lex scripta* y *lex certa* (ley escrita y ley cierta). En este sentido la Sala ha establecido lo siguiente:

"Al respecto, resulta necesario señalar que en lo que se refiere al ámbito administrativo sancionador esta Sala ha expresado que el principio de legalidad admite una descripción básica, producto de caracteres atribuidos en primera instancia, a la legalidad punitiva, pero que resultan extensibles a la legalidad sancionadora en general. Así, el principio de legalidad implica la existencia de una ley (*lex scripta*), que ésta sea anterior (*lex previa*) y que describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), lo cual tiene correspondencia con el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, esto es, no hay delito ni pena, sin ley penal previa. Se entiende pues, que la potestad sancionatoria requiere de una normativa que faculte para actuar y aplicar determinada sanción administrativa. (Vid. Sentencias números 1441 del 5 de junio de 2006, 138 del 4 de febrero de 2009 y 00385 del 30 de marzo de 2011).

Atendiendo el anterior criterio de esta Sala resulta necesario reiterar que, en el caso de autos, solo le corresponde al Contralor General de la República aplicar, de manera exclusiva y excluyente, las sanciones establecidas de conformidad con el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, aplicable *ratione temporis*, en atención a la entidad del ilícito cometido, el cual dispone lo siguiente:

"Artículo 105. (...) la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable, cuya ejecución quedará a cargo de la máxima autoridad; e imponer, atendiendo a la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años..." (Negrilla de la Sala).

Como se observa, la norma parcialmente trascrita faculta al máximo órgano contralor para imponer tres tipos de sanciones: primera: La suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses; segunda: La destitución; tercera: La inhabilitación para el ejercicio de las funciones públicas hasta por un máximo de quince (15) años.

De la referida norma se desprende la posibilidad de que el Contralor General de la República imponga, de manera alternativa, las sanciones de "suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo por un período no mayor de veinticuatro (24) meses o la destitución del declarado responsable". Estas sanciones en particular afectan a las personas sujetas al ámbito de aplicación de la Ley, es decir, a los funcionarios, empleados y obreros que presten servicios en los entes y órganos 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 solo en el cargo que ejerce el sujeto para el momento en el que se cometió el hecho que dio lugar a la declaratoria de responsabilidad administrativa. Dicho de otra forma, de lo dispuesto en la referida norma se entiende que la sanción impuesta al sujeto debe afectar el ejercicio del cargo en el que presta su función, en el organismo donde cometió la infracción, y no en otro.

Pues para este último supuesto, en el que se requiera evitar su reingreso a otra dependencia pública, la norma in commento previó otro tipo de sanción, la inhabilitación, con la cual se le prohíbe al infractor el ejercicio de las funciones públicas por un lapso determinado, hasta por un máximo de quince (15) años. Y es por esta razón, que las máximas autoridades de los organismos y entidades

previstos en los numerales 1 al 11 del artículo 9 eiusdem, antes de proceder a la designación de cualquier funcionario público, deben consultar el registro de inhabilitados que lleva la Contraloría General de la República, tal como lo dispone el último aparte del artículo 105 de dicha ley.

En el caso de autos, consta que la Contraloría General del Estado Falcón declaró la responsabilidad administrativa del recurrente en su condición de Director de la Oficina Regional de Información del Ejecutivo del Estado Falcón, pero los efectos del acto administrativo mediante el cual la Contraloría General de la República declaró la destitución en el cargo del recurrente “o de cualquier otro cargo público que pudiera estar desempeñando”, recaen directamente sobre el ejercicio de la labor docente que el recurrente desempeña en una universidad pública, cargo que es distinto y no vinculado con el que ocupaba al momento en que la Contraloría General del Estado Falcón realizó su actuación fiscal de seguimiento y detectó la infracción que dio lugar a la declaración de responsabilidad administrativa.

Ante esta situación, resulta claro para la Sala que cuando la norma establece que el Contralor General de la República “podrá” acordar la suspensión del ejercicio del cargo sin goce de sueldo o la destitución del declarado responsable, se refiere al cargo que ocupaba el sujeto objeto de control fiscal en el organismo donde sucedieron los hechos que le merecieron la declaración de responsabilidad administrativa y la aplicación de la sanción de suspensión o destitución, y no de cualquier otro cargo que este pudiera estar desempeñando posteriormente; de allí que a juicio de esta Sala la sanción impuesta por la Contraloría General de la República al ordenar la destitución del ciudadano José Rafael GUTIÉRREZ CHIRINOS del cargo de “Profesor Asistente a dedicación exclusiva y Profesor de Comunicación Social de la Universidad Bolivariana de Venezuela Eje Falcón o de cualquier otro cargo público que pudiera estar desempeñando”, carece de fundamento legal, pues la potestad de aplicar la sanción de destitución “de cualquier otro cargo público que pudiera estar desempeñando”, como en efecto se produjo en este caso al destituirse al recurrente de un cargo distinto al que ejercía al momento

de la actuación fiscal del órgano contralor estadal, no se encuentra prevista entre los supuestos establecidos en el artículo 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, aplicable *ratione temporis*.

Igualmente observa la Sala que, en este caso en particular, con tal pronunciamiento el máximo órgano contralor le impidió al recurrente el ejercicio de las funciones públicas sin que mediara para ello la sanción de inhabilitación, con lo cual no solo violó el principio de tipicidad antes estudiado, sino que con su ejecución limitó el ejercicio del derecho al trabajo del ciudadano José Rafael GUTIÉRREZ CHIRINOS, sin fundamento legal alguno, pudiendo causar con ello un daño de difícil reparación que se extendería más allá de la esfera patrimonial del accionante, afectando además tanto a la institución en la que se desempeña como docente, que también es pública, como a las personas a quienes presta el servicio social y público de educación, actividad reconocida en la Constitución como un derecho humano y un deber social fundamental del Estado (artículo 102).

Adicionalmente, la Sala observa que la actividad docente está exceptuada del impedimento para desempeñar a la vez más de un destino público remunerado, conforme a las razones de incompatibilidad en el ejercicio de cargos públicos establecidas en el artículo 148 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 35 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, por lo que se considera que la decisión de sancionar al recurrente con la destitución del cargo de docente -distinto al que ejercía al momento de la actuación fiscal- resulta además desproporcionada respecto de los hechos que motivaron la declaración de su responsabilidad administrativa.

Por las anteriores razones, la Sala declara con lugar el recurso de nulidad interpuesto por el ciudadano José Rafael GUTIÉRREZ CHIRINOS, contra la Resolución N° 01-00-000060 del 3 de marzo de 2011, dictada por la Contraloría General de la República, mediante la cual se declaró sin lugar el recurso de reconsideración interpuesto en fecha 1 de diciembre de 2010, contra la Resolución N° 01-00-000312 del 30 de septiembre de 2010, con la que se destituyó

al referido ciudadano del cargo de "Profesor Asistente a dedicación exclusiva y Profesor de Comunicación Social de la Universidad Bolivariana de Venezuela Eje Falcón o de cualquier otro cargo público que pudiera estar desempeñando". Consecuencialmente se declara la nulidad de ese acto. Así se decide.

Asimismo, la Sala dispone que debe reincorporarse al recurrente al cargo docente que ejercía en la Universidad Bolivariana de Venezuela Eje Falcón, del cual fue defenestrado por la resolución anulada, que interrumpió su prestación de servicios y le impidió obtener sus correspondientes emolumentos. Así también se declara.

X.- El Contencioso Administrativo Funcionario

1.- Competencias de los Tribunales Funcionariales

A.- Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Los funcionarios militares

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

7 de marzo 2012

Número 000265

Caso: Graciliano González vs. Ministerio del Poder Popular para la Defensa

Ponente: María Eugenia Mata

Ahora bien, expuesto lo anterior, resulta necesario citar sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 26 de julio de 2006 (caso: Edgar Eduardo Galavit vs. Comandancia General de la Guardia Nacional del Ministerio de la Defensa), la cual, en relación específica con la competencia para el conocimiento de pretensiones ejercidas por el personal con grado de Oficiales y Suboficiales Profesionales de Carrera de la Fuerza Armada Nacional, estableció lo siguiente: "...No obstante debe precisarse que ante el vacío legislativo referido al retiro, permanencia, estabilidad o conceptos derivados de empleo público de los miembros de la Fuerza Armada Nacional y mientras

se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso-administrativa, es necesario delimitar en forma transitoria las competencias que deben ser asumidas por los órganos jurisdiccionales relacionados con dichos funcionarios, de acuerdo con el grado o jerarquía militar que ostenten, en todos los componentes militares e independientemente del órgano del cual emane el acto administrativo impugnado.

Con relación a lo antes expuesto considera la Sala, que esta instancia sólo debe conocer y decidir las acciones o recursos interpuestos en el caso de retiro, permanencia, estabilidad o conceptos derivados de empleo público del personal con grado de Oficiales y Suboficiales Profesionales de Carrera de la Fuerza Armada Nacional.

Los Juzgados Contencioso Administrativos regionales deben conocer y decidir en primera instancia las acciones o recursos interpuestos por retiro, permanencia, estabilidad o conceptos derivados de empleo público del personal con grado de personal de Tropa Profesional, personal activo de la Reserva Nacional y de la Guardia Territorial, y las Cortes de lo Contencioso Administrativo como tribunales de segunda instancia...”.

En razón de lo anterior, tal y como se señaló *ut supra*, los competentes para el conocimiento de la presente causa es la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de allí que esta Corte se declare INCOMPETENTE para conocer del recurso contencioso administrativo funcional, interpuesto por el Coronel Graciliano Antonio González Urribarri, contra el acto administrativo Nro. DG-15699 de fecha 26 de abril de 2002, emanado del Director General del Ministerio de la Defensa, hoy Ministerio del Poder Popular para la Defensa y DECLINA la competencia en la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ordenando en este sentido la remisión de la presente causa a dicho órgano jurisdiccional.

2- Lapso de Interposición de la Querella

**Corte Primera de lo Contencioso Administrativo
27 de septiembre 2011**

Número 000987

Caso: Audrey Márquez vs. Junta Liquidadora del Instituto Nacional del Menor

Ponente: María Eugenia Mata

En el caso de autos, esta Corte observa que el Juzgado A quo se pronunció sobre la caducidad de la acción, considerando que la querellante quedó notificada de la Providencia Administrativa Nº JL-0769-08 el 31 de diciembre de 2008, mediante el oficio Nº OP-010508/01244, por lo tanto, desde que quedó notificada la querellante hasta el 2 de junio de 2009 -fecha de interposición de la querella- transcurrieron cinco (5) meses y dos (2) días, lo que se traduce en el vencimiento del lapso de tres (3) meses previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. En consecuencia, declaró Inadmisible el recurso interpuesto.

Por su parte, alegó la recurrente en el escrito de informes que en el presente caso no opera la caducidad, puesto que "... procedimos a interponer por ante el Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital con sede en Caracas (...), dentro del lapso previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, esto es en fecha treinta (30) de marzo del Dos Mil Nueve (2009)...".

Asimismo, alegó que, "...En consideración con lo esgrimido, se entiende que el recurso fue interpuesto tempestivamente, ya que fue ejercido (...) conjuntamente con la acción de amparo por haberse violado derechos consagrados en nuestra Carta Magna, por lo que este puede interponerse aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley...".

Visto lo anterior, esta Corte observa que consta al folio del noventa y uno (91) al noventa y seis (96) sentencia dictada en fecha 16 de junio de 2009, por el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante la cual declaró Improcedente el amparo cautelar solicitado, por lo que el Tribunal A quo perfectamente podía pronunciarse con respecto a la caducidad del recurso tal como lo hizo.

Ello así, observa esta Corte que consta al folio cuarenta (40) del expediente judicial sello estampado por el Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, actuando en funciones de distribuidor, mediante el cual se dejó constancia que en fecha 30 de marzo de 2009, se recibió querella interpuesta por las ciudadanas Magaly Coromoto Briceño Valbuena, Zoraida Blanco y Audrey Márquez.

Asimismo, observa esta Corte que corren inserto a los folios del sesenta (60) al sesenta y cuatro (64) vuelto sentencia dictada en fecha 30 de abril del 2009, por el Tribunal Superior Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante la cual se decidió lo siguiente:

“...este Órgano Jurisdiccional, en atención a los principios constitucionales de tutela judicial efectiva e instrumentalidad del proceso, consagrados en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pasa a pronunciarse sobre la admisibilidad de la querella interpuesta, y a tal efecto observa, que varios querellantes, en total tres (03), decidieron interponer la presente querella, acumulando diversas pretensiones, esto es, que se declare la nulidad absoluta de las Providencias Administrativas Nros. JL-0634-08, JL-0727-08 y JL-0769-08, de fechas 31 de diciembre de 2008, dictadas por la Junta Liquidadora del Instituto Nacional del Menor (INAM), asimismo solicita se declare la nulidad absoluta de los Oficios Nros. OP-10508/01075, OP-010508/01244 y OP-010508/01244, de fecha 31 de diciembre de 2008, y que se acuerde el beneficio de jubilación de la ciudadana Magali Briceño, conforme a lo dispuesto en el artículo 106 de la Ley Orgánica de Educación, y las jubilaciones especiales de las ciudadanas Zoraida Blanco Peña y Audrey Márquez, o en su defecto que se ordene al Órgano querellado realice las respectivas gestiones reubicatorias en otro Órgano o ente de la Administración Pública, todo ello a fin de que sea resuelto en un mismo proceso, razón por la cual, podríamos estar en presencia de la figura del litisconsorcio activo. Sin embargo, se debe indicar que no toda pluralidad de partes constituye un litisconsorcio, pues como señala Arístides Rengel Romberg, en su obra Tratado

de Derecho Procesal Civil Venezolano, Tomo II, Caracas: 1991, Editorial Ex Libris, página 24, no constituye tal situación (...).

En relación a lo anterior, la doctrina y la jurisprudencia ha considerado que estos tres (3) elementos, arriba mencionados, responden en modo respectivo a las siguientes preguntas: ¿Quienes litigan?, ¿Qué litigan? y ¿Por qué litigan?.

Así tenemos que en relación a la pregunta ¿Quienes litigan?, para determinar la identidad de los sujetos, la respuesta viene dada en función de las tres (3) querellantes mencionadas anteriormente, verificándose, lógicamente, que el recurso es interpuesto por tres (3) sujetos activos distintos y, aún cuando el sujeto pasivo es el mismo, esto es, el Instituto Autónomo querellado, en consecuencia, mal podría hablarse de la existencia de una identidad de tales sujetos (activo y pasivo) en la relaciones procesales acumuladas. Así se decide.

Para la determinación de la identidad del objeto, se debe formular la siguiente pregunta ¿Que litigan?, atendiendo a la cosa demandada, cuya respuesta viene dada en el presente caso en la nulidad de los actos administrativos por medio de los cuales se acordó el retiro de las querellantes. Así, tenemos que las querellantes antes identificados, fueron retiradas de sus diferentes cargos, con motivo del procedimiento de supresión del ente querellado.

En consecuencia de lo anterior, estima este Tribunal que el objeto demandado por cada uno de los querellantes, en la pretensión principal difiere entre sí, ya que cada una de ellas fue notificada de la culminación de la relación de empleo público mediante actos administrativos diferentes y, en virtud de ello solicitan la reincorporación o el otorgamiento de las jubilaciones especiales en uno de los casos, por tanto, no existe identidad en el objeto pretendido por los actores. Así se decide.

Con relación a la pregunta ¿Por qué litigan?, a los efectos de determinar la identidad de los títulos, se observa que este supuesto se encuentra íntimamente vinculado con el de la identidad del objeto (a los fines de su verificación), ya que aún cuando las recurrentes establezcan sus pretensiones en el mismo libelo, lo que persigue

cada uno de ellos es el restablecimiento de la situación jurídica en virtud de haber sido retiradas cada una del cargo que desempeñaban en el Instituto Nacional del Menor (INAM), en ese sentido es necesario traer a los autos lo alegados por la parte querellante, dado que en los casos de las ciudadanas Zoraida Blanco y Audrey Márquez, alega que la Junta Liquidadora no efectuó las respectivas gestiones reubicatorias en otro Órgano o ente de la Administración Pública, y en consecuencia solicitan que este Tribunal ordene, que el querellado realice las gestiones reubicatorias en otro Órgano o ente de la Administración Pública; asimismo, expone que las referidas ciudadanas se acogieron al proceso de jubilación especial ofertado por el Instituto Nacional del Menor al personal docente, en virtud que cumplen con los requisitos para ello; por otra parte, dicha representación alega que en el caso de la ciudadana Magaly Briceño, había solicitado, el beneficio de jubilación, por cuanto cumple con el requisito establecido en la Ley, lo cual afectó a las querellantes a título personal. En razón de ello, este Tribunal estima que tampoco se desprende en el presente caso una identidad en el título, y así se decide. En definitiva, a juicio de quien decide, las pretensiones que se intentan acumular de manera principal en la presente causa sólo tienen en común, la misma autoridad que dictó el acto, no así los querellantes y ni siquiera la relación, pues ésta debe estimarse intuitu personae (tipo de funcionario, cargo desempeñado, años de servicio, sueldo, etc). Esto es, se trata de tres (3) situaciones jurídico-administrativas diferentes y de la nulidad de actos administrativos diferentes para cada, lo cual implica que el órgano jurisdiccional debe hacer un análisis separado de cada uno de ellos. Ahora bien, el artículo 19 aparte 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.942 de fecha 20 de mayo de 2004, establece entre las causales de inadmisibilidad, las siguientes:

‘Se declarará la inadmisible la demanda, solicitud o recurso cuando así lo disponga la ley; o si el conocimiento de la acción o el recurso compete a otro tribunal; o si fuere evidente la caducidad

o prescripción de la acción o recurso intentado; o cuando se acumulen acciones o recursos que se excluyan mutuamente o cuyos procedimientos sean incompatibles; o cuando no se acompañen los documentos indispensables para verificar si la acción o el recurso es admisible; o cuando no se haya cumplido el procedimiento administrativo previo a las demandas contra la República, de conformidad con la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República; o si contiene conceptos ofensivos o irrespetuosos; o es de tal modo ininteligible que resulte imposible su tramitación; o cuando sea manifiesta la falta de representación o legitimidad que se atribuya el demandante, recurrente o accionante; o en la cosa juzgada'.

En consecuencia, estima este Tribunal, que en el presente caso no se está en presencia de ninguno de los supuestos de conexidad contemplados en el artículo 52 del Código de Procedimiento Civil y, por tanto, se ha producido la inepta acumulación de pretensiones, configurándose de esta forma, una de las causales de inadmisibilidad contempladas en el aparte 5 del artículo 19 Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

24 de enero 2012

Número 00008

Caso: Vicente Monterola vs. Instituto Autónomo Policía de municipio Chacao

Ponente: Alexis Crespo Daza

Ahora bien, con respecto al acto de remoción de fecha 28 de enero de 2003 -notificado en esa misma fecha-, suscrita por el Director General del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao -folios cinco (5) y seis (6) de la pieza I del presente expediente-, mediante el cual se le notificó al querellante que se le removía del cargo de Inspector Jefe adscrito a la Dirección de Operaciones del Departamento de Canino del Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao “(...) De acuerdo con lo previsto en el último

aparte del artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en concordancia con los artículos 84 y 86 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, pasará a disponibilidad por el período de un (01) mes, contado a partir de la fecha de la notificación del presente acto, a los efectos de que sean realizadas las gestiones reubicatorias pertinentes. De igual forma le participo que de considerarse lesionado en sus derechos e intereses legítimos, podrá ejercer el Recurso Contencioso Administrativo Funcionarial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 92 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en un lapso de tres (03) meses, a partir de la fecha de notificación del presente acto, por ante los Tribunales Superiores Contencioso Administrativos de la Región Capital".

En ese mismo orden, estima este Órgano Jurisdiccional que la referida Resolución, mediante la cual se remueve al ciudadano VICENTE ANTONIO MONTEROLA OJEDA, pone de manifiesto que el funcionario ha sido afectado por una medida de reducción de personal, al colocarlo en una situación especial denominada "disponibilidad", como consecuencia de la sucesión de varios actos que conforman el procedimiento previo que concluye en la reducción de personal y del cumplimiento de requisitos legales y reglamentarios que condicionan esa reducción.

De tal manera, este Órgano Jurisdiccional considera procedente destacar que el acto administrativo de remoción y el de posterior retiro de la Administración constituyen actos completamente distintos y que producen consecuencias jurídicas distintas -por ejemplo, respecto de la caducidad, en el sentido de que, puede haber operado la caducidad en relación al acto de remoción y no del acto de retiro, pues al ser dictados en tiempos distintos, el cálculo para determinar la caducidad de uno y otro es diferente-, ya que mientras la remoción no pone fin a la relación de empleo público, pues el funcionario puede ser reincorporado a un cargo de similar jerarquía y remuneración al que desempeñaba; en cambio el acto de retiro sí implica la culminación de la relación de empleo público.

Así, esta Corte a los fines de establecer fehacientemente el transcurso de dicho lapso de caducidad, de conformidad con lo dispuesto en

el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, pasa a pronunciarse, y en tal sentido, advierte:

Evidencia esta Corte del estudio de las actas procesales, que el querellante fue notificado del acto de remoción en fecha 28 de enero de 2003, conforme la normativa contenida en los artículos 92 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en concordancia con el 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos según se desprende a los folios cinco (5) y seis (6) de la pieza I del presente expediente, con lo cual el lapso para interponer el correspondiente recurso contencioso administrativo, feneció en fecha 28 de abril de 2003.

Lo anterior, conduce a concluir que, al hallarse caduco el lapso para atacar la validez del acto administrativo de remoción, de igual forma se encontraba caduco el lapso para cuestionar la legalidad del procedimiento que conllevó a la remoción en referencia, el cual culminó el 28 de abril de 2003, en tanto que la querella funcional fue interpuesta en fecha 30 de mayo de 2003, lo que demuestra la extemporaneidad de los alegatos formulados por la parte en ese sentido, al no ser interpuestos en los tres (3) meses que prevé la norma supra referida, y en consecuencia, de la oportunidad para cuestionar el procedimiento administrativo previo de reducción de personal que conllevó a la referida remoción. Así se decide. (Vid. Sentencia dictada por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo N° 2008-1008, de fecha 6 de junio de 2008, caso: José Rivas contra el Instituto Autónomo de Policía Municipal de Chacao).

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

7 de febrero 2012

Número 000138

Caso: Judy Brown Origuen vs. Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Ahora bien, precisado que la caducidad como lapso procesal corre fatalmente y que es de reserva legal, el juez por tal motivo

debe aplicar la norma que lo establezca, como quedó razonado anteriormente, pues “dentro del catálogo de derechos y principios constitucionales que entran en juego en casos como el de autos, los de acceso a la justicia y tutela judicial están garantizados a través del medio judicial que, en efecto, se ejerció, y la seguridad jurídica -de los interesados e, incluso, del colectivo- está materializada con la existencia de un lapso de caducidad cuyo respeto y resguardo también son deber del juez que conozca del medio judicial que corresponda” (sentencia N° 727 del 8 de abril de 2003 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ya citada). Dicho lo anterior, resulta oportuno citar el artículo 82 de la Ley de Carrera Administrativa, instrumento vigente para el momento de la emisión de tal Acto Administrativo el cual señala:

“Artículo 82 Todo recurso con fundamento en esta Ley sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de seis meses contados a partir del día en que se produjo el hecho que dio lugar a él, o desde el día en que el interesado fue notificado del acto”.

Ahora bien, la disposición antes transcrita que rige la materia funcionarial, establece un lapso de caducidad para el ejercicio de la acción, lo cual indica, que no admite paralización, detención, interrupción ni suspensión, contado desde el momento en el que el funcionario considere lesionados sus derechos subjetivos y el cual transcurre fatalmente cuyo vencimiento, por tanto, ocasiona la extinción del derecho que se pretende hacer valer, por ende, la acción ha de ser interpuesta antes de su vencimiento.

De esta manera, siendo la caducidad un lapso procesal que corre fatalmente, el juez debe aplicar la norma que lo establezca, atendiendo al momento en que ocurrió el hecho que originó el recurso interpuesto.

Dicho lo precedente, es de señalar que afirma la representación judicial de la querellante en su escrito de fundamentación a la apelación que tomar como fecha de inicio del computo de 6 meses para la interposición del recurso la fecha de publicación del cartel 2 de abril de 2002 resulta violatorio al principio de confianza legítima, pues la abogada Lilia Cabrera, quien era representante judicial de

la ciudadana Judy Brown, en fecha 15 de mayo de 2002 se dio por notificada del acto destitutorio de su representada en las oficinas del IVIC y para esa fecha ya se había publicado el Cartel de notificación de tal acto, no comunicándole tal ente de la existencia de ese Cartel de notificación, sino por el contrario aceptó el acto por el cual se dio por notificada en representación de la recurrente.

Ello así, pretende dicha representación que la fecha a partir del cual deben computarse los seis meses para la interposición del respectivo recurso sea la del día en que la misma actuando en representación de la ciudadana Judy Brown se dio por notificada del acto administrativo impugnado en las oficinas del IVIC (15 de mayo de 2002) y no la fecha de la publicación del cartel de notificación (2 de abril de 2002).

De este modo, es menester para este Órgano Jurisdiccional indicar que no puede considerarse como fecha idónea para el computo del lapso de caducidad a los fines de la interposición del correspondiente recurso (tal y como lo pretende la representación judicial de la recurrente) la correspondiente al día en que la misma se dio por notificada personalmente del acto administrativo que afectó a su representada, es decir, el 15 de mayo de 2002, pues con anterioridad a esa fecha el Instituto Venezolano de Investigaciones Científicas instauró una serie de actuaciones tendientes a lograr la notificación de dicho acto administrativo, siendo que ante la infructuosidad en la notificación personal de la representante judicial de la ciudadana Judy Brown se publicó en fecha 2 de abril de 2002 un cartel de notificación de acuerdo a lo previsto en los artículos 74 y 75 de la Ley orgánica del Procedimientos Administrativos que son del tenor siguiente:

"Artículo 75. La notificación se entregará en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado y se exigirá recibo firmado en el cual se dejará constancia de la fecha en que se realiza el acto y del contenido de la notificación, así como del nombre y cédula de identidad de la persona que la reciba.

Artículo 76. Cuando resulte impracticable la notificación en la forma prescrita en el artículo anterior, se procederá a la publicación del acto en un diario de mayor circulación de la entidad territorial

donde la autoridad que conoce del asunto tenga su sede y, en este caso, se entenderá notificado el interesado quince (15) días después de la publicación, circunstancia que se advertirá en forma expresa” Así, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 76 de la normativa precedente mente transcrita, se tiene que el acto administrativo impugnado se tuvo como efectivamente notificado al décimo quinto día luego de su publicación esto es el día 17 de abril de 2002, razón por la cual no puede alegar la representación judicial de la querellante (ante su negligencia en la gestión efectuada a favor de su representada) que no tuvo conocimiento del cartel que -cabe acortar- fue publicado en un diario de mayor circulación a nivel nacional y así pretender que el cómputo del lapso de caducidad se efectué desde la fecha en que la misma dice haberse dado por notificada (15 de mayo de 2002).

Así, visto que a la parte querellante se le notificó por cartel del acto administrativo recurrido en fecha 17 de abril de 2002, fecha en la cual se encontraba vigente el lapso de caducidad de seis meses establecido por la Ley de Carrera Administrativa aplicable ratione temporis, y siendo que la misma interpuso su querella funcionarial el 13 de noviembre de 2002, en aplicación de lo expuesto en líneas anteriores resulta evidente que el referido recurso no fue interpuesto tempestivamente, pues pasaron seis (6) meses y veintisiete (27) días desde el momento en que se originó el hecho generador y el momento en que efectivamente interpuso el correspondiente recurso tiempo éste que supera con creces el lapso de caducidad previsto en el artículo 82 de la Ley de Carrera Administrativa, vigente para ese momento, razón por la cual resulta inadmisible la querella interpuesta. Así se decide.

3.- Lapso de Interposición de la Querella en materia de prestaciones sociales

**Corte Primera de lo Contencioso Administrativo
26 de septiembre 2011
Número 000983**

Caso: Aidee Santana vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas

Ponente: María Eugenia Mata

Así, tenemos que a los fines del ejercicio oportuno de las acciones o recursos ante la jurisdicción contencioso administrativa, el legislador ha previsto la institución de la caducidad por razones de seguridad jurídica y estableció un límite temporal, para hacer valer una pretensión en juicio. De modo que, la falta de ejercicio de la acción dentro del plazo fijado legalmente impide su ejercicio e implica la extinción de la acción para reclamar el derecho de que se trate.

En este sentido se ha pronunciado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 8 de abril de 2003 (caso: Osmar Enrique Gómez), donde sostuvo lo siguiente:

“En conclusión, esta Sala considera que la decisión cuya revisión se solicitó contravino la jurisprudencia de esta sala con referencia a que los lapsos procesales, que legalmente son fijados y jurisdiccionalmente sean aplicados, no son formalidades per se, susceptibles de desaplicación, sino, por el contrario, que ellos son elementos temporales ordenadores del proceso, esenciales al mismo y de eminente orden público, en el sentido de que son garantías del derecho a la defensa y al debido proceso de las partes, que por ellos se guían, y cuyo fin es la salvaguarda de la seguridad jurídica...”

De conformidad con la decisión parcialmente transcrita, se evidencia, que los lapsos procesales, como es el de la caducidad para el ejercicio de la acción, son de obligatoria observancia por parte del Juzgador, toda vez que forma parte de los derechos de acceso a la justicia, defensa, debido proceso y tutela judicial efectiva.

Ahora bien, para el caso sub examine este hecho que ocasiona o motiva la interposición del recurso contencioso administrativo funcionarial, es el pago de las prestaciones sociales de la recurrente, el cual fue efectuado en fecha 26 de marzo de 2004, fecha esta que debe tomarse en cuenta a los efectos del cómputo del lapso de caducidad.

Ahora bien, respecto a las reclamaciones judiciales para el pago de las prestaciones sociales o su diferencia, la jurisprudencia de esta Corte había establecido mediante sentencia N° 2003-2158, de fecha 9 de julio de 2003 (caso: Julio César Pumar Canelón vs. Municipio Libertador del Distrito Capital), la aplicación del lapso de un (1) año para recurrir ante la jurisdicción contencioso administrativa a los fines de reclamar dicho pago, en virtud de la terminación de la relación de empleo público, siendo el referido criterio abandonado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a través de la sentencia N° 2007-118 de fecha 30 de enero de 2007 (caso: Rosa Josefina Tortolero Narváez vs. Ministerio de Educación y Deportes), en virtud de la sentencia N° 2.326, de fecha 14 de diciembre de 2006 (caso: Ramona Chacón de Pulido vs. Gobernación del Estado Táchira) dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En ese sentido, esta Corte considera oportuno hacer mención a sentencia N° 521, de fecha 3 de junio de 2010 (caso: Heberto José Ferrer Castellano) dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual ratificó el criterio de aplicabilidad del lapso de caducidad de 1 año previsto en el artículo 61, de la Ley Orgánica del Trabajo, para el cobro de prestaciones sociales causadas por una relación de empleo, a los fines de resguardar el principio de confianza legítima como principio fundamental que debe brindar la actividad jurisdiccional a través de la estabilidad de sus precedentes, la cual estableció lo siguiente:

“En atención a esta sentencia dictada por la Sala Constitucional, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, al conocer en alzada nuevamente de la causa en consulta -en virtud de que fue declarado parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo funcionarial por el Juzgado Superior Sexto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital- declaró inadmisible la querella, estimando que había operado la caducidad prevista en el artículo 94 de la ley del Estatuto de la Función Pública, es decir, le dio eficacia retroactiva al cambio de criterio a una situación que se generó bajo la vigencia de una doctrina

jurisprudencial anterior que beneficiaba al querellante y creó en éste la expectativa plausible de que los órganos jurisdiccionales actuarían de la misma manera como lo había venido haciendo, frente a circunstancias similares.

(...Omissis...)

Así pues, esta Sala considera que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, al haber otorgado eficacia retroactiva del nuevo criterio jurisprudencial a una situación originada bajo la vigencia de la doctrina imperante de un (1) año fijado en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo para aquellas pretensiones de cobro de prestaciones sociales causadas por una relación de empleo público, transgredió normas y principios jurídicos fundamentales como el de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica que debe brindar la actividad jurisdiccional a través de la estabilidad de sus precedentes" (Destacado de la cita).

De tal manera, siendo que el hecho que da origen a la presente causa se produjo el 26 de marzo de 2004, fecha en la cual la recurrente recibió el pago de sus prestaciones sociales, considera esta Corte que el Tribunal A quo erró al aplicar el lapso de caducidad de tres (3) mes establecido en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, dado que el lapso de caducidad a aplicar en el presente caso, es el de un (1) año, por cuanto éste era el que se encontraba vigente en atención al criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia N° 2003-2158, de fecha 9 de julio de 2003, antes referida, para el momento en que se produjo el hecho, resultando tempestiva la interposición del recurso. Así se decide.

Siendo ello así, queda evidenciado en el expediente que la parte recurrente ejerció el mencionado recurso en fecha 12 de enero de 2005, según consta de la nota de recepción de libelo inserta al folio nueve (9) del presente expediente, por lo tanto, considera este Órgano Jurisdiccional que, entre dichas fechas, es decir, desde el 26 de marzo de 2004, fecha en la cual la recurrente recibió el pago de sus prestaciones sociales, hasta el 12 de enero de 2005, fecha en la que interpuso el presente recurso, no transcurrió el lapso de un (1) año en atención al criterio jurisprudencial expuesto en la sentencia

Nº 2003-2158, de fecha 9 de julio de 2003, razón por la cual esta Alzada considera que el tribunal de la causa, erró al declarar la inadmisión del recurso interpuesto. Así se decide.

4.- Sentencia

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

24 de enero 2012

Número 000004

Caso: Juan José Paiva vs. Instituto Autónomo de Policía Municipal de Sucre del estado Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

Visto lo anterior, advierte este Órgano Jurisdiccional que si bien es cierto que al recurrente se le están imputando dos de las faltas previstas en el artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, tales como las contenidas en los numerales 4 y 6, para que el acto administrativo de destitución resulte válido, no se requiere la configuración de las dos faltas imputadas, por cuanto no se requieren la concurrencia de las mismas, pues con el sólo hecho de haberse configurado una de ellas, a juicio de esta Corte, es suficiente para convalidar la actuación de la Administración. (Vid. Sentencia Nº 2008-2135, de fecha 20 de noviembre de 2008, caso: Beatriz Ivelin Rodil Sosa Vs. Instituto nacional de nutrición), en razón de ello, considera inoficioso esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo entrar a revisar si se configuró o no la causal contenida en el numeral 6 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Así se decide.

5.- Medidas cautelares

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

7 de febrero 2012

Número 000139

Caso: Livio Agelvis vs. Comité Académico de disciplina del curso

**de Postgrado de cirugía de la mano del Instituto Venezolano De Los Seguros Sociales
Ponente: Alexis Crespo Daza**

Para el análisis de la medida cautelar solicitada consistente en la suspensión de efectos de la Resolución transcrita, debe esta Corte partir de la consideración según la cual el derecho a la tutela judicial efectiva, contenido en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, posee como contenido la necesidad de asegurar que luego del proceso judicial correspondiente se dicte una sentencia de fondo ajustada a derecho y que, a su vez, dicha sentencia sea ejecutada de manera oportuna y en sus propios términos. Esa necesidad de que la sentencia sea oportunamente ejecutada, debe ser consustanciada con una debida protección cautelar a la cual tienen acceso las partes como medio para materializar la ejecución de lo juzgado, de forma que para la plena existencia del derecho a la tutela judicial efectiva, es necesario que se adopten, en caso de ser procedentes, las medidas cautelares adecuadas que aseguren el cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso. De esta forma, la garantía de efectividad del fallo final es la médula misma de la institución cautelar; sin esa garantía, no hay tutela judicial (Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "La Batalla por las Medidas Cautelares". Madrid: Civitas, 1995. p. 298).

De esta forma, las medidas cautelares son un instrumentos que sirven para evitar que la justicia pierda su eficacia, y se adoptan con la finalidad de asegurar provisionalmente los bienes, la situación jurídica, el derecho o el interés de que se trate, para que la sentencia en su caso, pueda ser ejecutada eficaz e íntegramente. A través de estas medidas el juez, en cada caso concreto, utiliza los medios que sean necesarios para que el derecho, cuya tutela se solicita, permanezca íntegro durante el tiempo que dure el proceso, de tal manera que sea posible ejecutar, en su momento, la sentencia que reconozca tal derecho. (Vid. Sentencia N° 2007-372 dictada por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en fecha 14 de marzo de 2007, caso: Telemulti, C.A. contra Servicio Nacional de Contrataciones).

Considera preciso esta Alzada destacar que para declarar la procedibilidad de la medida cautelar solicitada, deben verificarse los requisitos establecidos en el artículo 104 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.451 en fecha 22 de junio de 2010, el cual establece:

“Artículo 104: a petición de las partes, en cualquier estado y grado del procedimiento el tribunal podrá acordar las medidas cautelares que estime pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, ponderando los intereses públicos generales y colectivos concretizados y ciertas gravedades en juego, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”.

Del artículo antes transrito, se advierte que el legislador facultó al Tribunal de la causa para acordar las medidas pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocado y garantizar las resultas del juicio, para lo cual se requiere la verificación concurrentemente de los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación, o bien para evitar que el fallo quede ilusorio, y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable, a todo lo cual debe agregarse la adecuada ponderación del interés público involucrado; significa entonces que deben comprobarse los requisitos de procedencia de toda medida cautelar: la presunción grave del derecho que se reclama y el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo.

En efecto, el correcto análisis acerca de la procedibilidad de la medida cautelar solicitada, requiere además de la verificación del *periculum in mora*, la determinación del *fumus boni iuris*, pues mientras aquél es exigido como supuesto de procedencia en el caso concreto, ésta, la presunción grave de buen derecho, es el fundamento mismo de la protección cautelar, dado que en definitiva, sólo a la parte que posee la razón en juicio pueden causársele perjuicios irreparables que deben ser evitados, bien que emanen de la contraparte o como consecuencia de la tardanza del proceso.

Así, la apariencia de buen derecho, es decir que la pretensión deducida en el proceso principal aparezca debidamente fundada. Ello así, en el momento de decidir sobre la adopción de una medida cautelar, el Juzgador, no deberá anticiparse a la cuestión de fondo, pero si deberá verificar la apariencia de buen derecho, esto es, la verosimilitud del fundamento de la pretensión. Por cuanto, si sólo se exigiera una afirmación del fundamento de la pretensión, las medidas cautelares, en lugar de cumplir su peculiar función, podrían convertirse en armas preciosas para el litigante temerario y ser verdadero vehículo para el fraude. El *fumus boni iuris* se ha dicho se sitúa entre la certeza que establecerá la resolución final del proceso principal y la incertidumbre base de la iniciación de un proceso, y podrá adoptarse cuando la situación jurídica cautelable se presente como factible con una probabilidad cualificada. (Véase González Pérez, Jesús. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Madrid-España, 2003).

Conviene igualmente resaltar en relación con el *fumus boni iuris*, que la jurisprudencia patria ha señalado que tal apariencia de buen derecho está determinada a través de un preventivo cálculo o juicio sumario de verosimilitud sobre el derecho del demandante y sobre las probabilidades de éxito de la demanda, sin que ese análisis suponga un prejuzgamiento del fondo del asunto. Esta labor de determinación de la presunción de buen derecho debe estar sustentada en un medio de prueba o surgir, al menos objetivamente de los autos y debe consistir en una justificación inicial que, como señala García De Enterría "la justificación o seriedad de la impugnación podrá ser todo lo amplia que el demandante quiera, pero no una justificación plena e incuestionable, porque ésta sólo podrá resultar del desarrollo de la totalidad del proceso y de la Sentencia final". (La Batalla por las Medidas Cautelares, Monografías Cívitas, Editorial Cívitas S.A., Segunda Edición, 1995, pág. 299).

Por otra parte, el *periculum in mora*, se encuentra constituido por el peligro de la ineffectividad de la sentencia por el tiempo transcurrido desde que se formuló la pretensión. Así, es de señalar

que sólo podrán acordarse las medidas cautelares si quien las solicita justifica que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas cautelares situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

Igualmente, ha sostenido la doctrina que el Juez debe analizar si el tiempo que dure el transcurso del proceso puede o no frustrar la satisfacción del derecho o interés cuya tutela judicial efectiva otorgará, en su momento, la sentencia definitiva, y en consecuencia crear una situación jurídica provisional que dure hasta que se complete el proceso, preservando la situación litigiosa de forma tal que pueda esperar hasta la sentencia definitiva, impidiendo que el tiempo que media necesariamente entre el inicio y la conclusión del pleito pueda frustrar o poner en peligro el resultado definitivo de éste. (Véase González Pérez, Jesús. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Madrid-España, 2003).

De esta forma, es de destacar que a los fines de determinar la existencia de los requisitos de procedibilidad de las medidas cautelares, debe haber una argumentación razonable acompañada de una prueba a fin de analizar objetivamente el cumplimiento de tales elementos, es decir, debe el requirente de la protección cautelar crear en el Juzgador el ánimo de que la pretensión procesal principal resultará favorable y de que deben garantizarse las resultas del juicio, así, no basta con alegar un hecho o circunstancia, sino que corresponde al accionante aportar los medios que considere convenientes a fin de verificar tales situaciones y que finalmente serán el sustento de la presunción. En este sentido, debe el Juez velar porque su decisión se fundamente no sólo en un simple alegato de perjuicio, sino en la argumentación y acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un posible perjuicio real y procesal para el recurrente.

En tal sentido, se aprecia de los propios recaudos por ella consignados en el expediente judicial anexos al escrito recursivo, que es infundada la solicitud de suspensión de efectos requeridas a la administración, por cuanto es inexistente la sanción per se, que impida al recurrente, tal y como lo alega, desempeñar con normalidad

las distintas actividades que ejerce como médico adscrito al Hospital Docente Asistencial Dr. Raúl Leoni Otero, del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, pues lo que se desprende del acto cuya suspensión se solicita, es un llamado de atención al recurrente para que se abstenga de hacer cobros indebidos a los pacientes, sin que ello pueda considerarse como una suspensión o impedimento en el desarrollo de sus actividades.

Siendo ello así, insiste esta Alzada que la procedibilidad de las medidas cautelares se encuentran supeditadas, a la irreparabilidad del daño, que sólo puede ser restituido a través de la suspensión de los efectos que generan el acto o la sanción impuesta, siendo que en el caso de marras *prima facie*, es inexistente la sanción que aduce y por consiguiente los presuntos efectos que alega el recurrente que pudiera generar el “Llamado de Atención” impugnado, como una posible remoción, o la imposibilidad de cumplir con la carga académica que le permita egresar del postgrado que cursa, son presunciones de la parte apelante más no se constituyen como un hecho cierto.

Del contenido del acto administrativo Nº 005/2011, el cual presuntamente violenta los derechos argüidos por el recurrente, esta Corte no evidencia -*prima facie*- que en el referido acto se impusieran sanciones que afectaran o restringieran la participación en actividades académicas y laborales, pues de la redacción del “llamado de atención” en sí mismo no deja ver que ésta se trate de una suspensión automática de las labores que desempeñaba dentro del centro hospitalario, o la imposición directa de una sanción como lo pretende hacer ver el recurrente, luego, en todo caso, si lo estimado por el apelante es analizar los futuros perjuicios que pudieran generar el acto impugnado, no puede esta Corte entrar al análisis pormenorizado sobre el contenido y argumento en cuestión en esta sede cautelar, motivo por el cual debe desestimarse el argumento en referencia.

En atención a lo anterior, estima esta Corte que de los simples alegatos contenidos en el escrito libelar del recurrente, no puede verificarse el perjuicio irreparable alegado, toda vez que, quien

solicite la suspensión de efectos de un acto impugnado, además de alegar hechos o circunstancias concretas, debe aportar elementos suficientes y precisos que permitan al Órgano Jurisdiccional concluir objetivamente sobre la irreparabilidad del daño por la definitiva (Vid. sentencia N° 2009-1385 de fecha 9 de diciembre de 2009, Caso: Hidroboívar C.A., dictada por este Órgano Jurisdiccional).

Es por tales motivos, y -se reitera- al no haber elementos que demostren que la ejecución la Resolución impugnada, acarrearía un daño irreparable en la esfera jurídica de la recurrente, pudiendo ser perfectamente subsanada al decidirse el fondo de la presente controversia, en caso de ser declarado con lugar el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto, resulta evidente la ausencia de elementos probatorios que le confieran sustento a las alegaciones del recurrente y, por ende, en el específico caso que se estudia, que sean susceptibles de producir en este sentenciador, la convicción de la necesidad de protegerlo preventivamente de los efectos jurídicos del acto objeto, hasta tanto se produzca la decisión que dictamine sobre la legitimidad del mismo. En virtud de lo anteriormente expuesto, resulta evidente la ausencia del periculum in mora. Así se declara.

Por tales razones, y siendo necesaria para la procedencia de toda medida cautelar, la obligatoria concurrencia de los requisitos establecidos por la Ley y la jurisprudencia para su otorgamiento, resulta inoficioso para esta Corte pronunciarse sobre la existencia del requisito relativo al fumus boni iuris, razón por la cual debe declararse improcedente la solicitud de suspensión de efectos realizada por la representación judicial de la parte actora. Así se decide.

Determinado lo anterior, y tomando en consideración que en el presente caso la acción de medida cautelar de suspensión de efectos responde a la alegada presunción de daños irreparables o de difícil reparación, debe esta Corte confirmar la decisión adoptada por el Tribunal de Instancia en cuanto a que es insuficiente el simple y mero alegato de perjuicio adquirido con la decisión tomada en vía administrativa, sino que es necesario la acreditación de hechos

concretos, en consecuencia, resulta forzoso considerar improcedente la solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos, y por lo tanto . Así se decide.

XI.- El Amparo Constitucional en materia de Función Pública

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de octubre 2011

Número 001570

Caso: Miriam González vs. Concejo municipal del municipio Vargas del estado Vargas

Ponente: Alexis Crespo Daza

En virtud de lo anterior, es necesario para esta Corte indicar que en el marco para pronunciarse sobre el presente recurso de apelación ejercido por el abogado Rafael Coello Ramos, actuando con el carácter de apoderado judicial de la parte actora, contra la sentencia dictada por el contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior Octavo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, en fecha 24 de febrero de 2011, la cual declaró improcedente la solicitud de amparo cautelar solicitado, se atenderá para ello a los criterios jurisprudenciales de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la cual en esta materia, ha indicado mediante decisión N° 25 de fecha 13 de enero de 2011, (caso: BLUE NOTE PUBLICIDAD C.A.) que:

“(...) la referida acción de amparo fue ejercida de manera subsidiaria a una medida cautelar de suspensión de efectos del acto recurrido, solicitada de conformidad con el aparte 21 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, aplicable ratione temporis, circunstancia indicativa de que la solicitante acudió primero a una vía judicial ordinaria para lograr la tutela cautelar; por lo tanto, visto el carácter extraordinario del amparo constitucional, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 6, numeral 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual reza:

'Artículo 6. No se admitirá la acción de amparo:
(...omissis...)

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes (...)'
Con base en lo establecido en la norma parcialmente transcrita, el amparo cautelar ejercido resulta inadmisible al haber sido interpuesto de manera subsidiaria a la solicitud de suspensión de efectos del acto administrativo impugnado. Así se decide.

En tal sentido, esta Sala se ha pronunciado en distintas oportunidades, estableciendo lo siguiente:

'(...) En el caso bajo examen se aprecia que, en efecto, en el escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad la apoderada judicial de la sociedad mercantil INDUSERVI, C.A. solicitó se acordase un amparo constitucional y, al mismo tiempo, una medida cautelar innominada.

Ahora bien, debe señalar la Sala que al solicitarse simultáneamente el amparo constitucional y la medida cautelar innominada, la pretensión de amparo resulta inadmisible, de conformidad con la disposición parcialmente transcrita y en atención a la jurisprudencia reiterada de esta Sala, pues la supuesta agraviada optó por recurrir a una vía judicial ordinaria, como lo es la medida contenida en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil en concordancia con el artículo 585 eiusdem (...). (Ver, entre otras, las sentencias dictadas por esta Sala Nos. 1.757, 1.249 y 01679 de fechas 27 de julio de 2000, 12 de julio de 2007 y 25 de noviembre de 2009, respectivamente).

Dicho lo anterior, advierte esta Sala el error incurrido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, toda vez que no le estaba dado pronunciarse acerca de la procedencia o no de la referida cautelar, en virtud de su inadmisibilidad. En consecuencia, esta Máxima Instancia debe revocar el fallo apelado, sólo en lo que respecta a la declaratoria de improcedencia del amparo cautelar, pues, conforme quedó expuesto, dicha acción resulta inadmisible. Así se declara.

Con fundamento en las consideraciones precedentemente establecidas, debe esta Sala declarar sin lugar la apelación ejercida

por la representación judicial de la sociedad mercantil apelante. Así se declara".

Por tanto, en atención a las consideraciones efectuadas en la referida decisión, y por cuanto en la presente causa el amparo cautelar fue interpuesto 'con carácter subsidiario', es decir con posterioridad a la solicitud de medida cautelar de suspensión de efectos en el marco del recurso de nulidad incoado, lo que a todas luces indica que la solicitante acudió primero a una vía judicial ordinaria para lograr la tutela cautelar, por lo tanto, observa esta Corte que erró el Juez de Instancia al hacer bajo el contexto en que la accionante planteó las medidas cautelares tratadas, un examen de mérito respecto al amparo cautelar, pues el mismo resulta de acuerdo a lo antes expuesto inadmisible. Así, en virtud de lo anteriormente señalado se declara sin lugar la apelación interpuesta por el apoderado judicial de la parte accionante, e inadmisible el amparo cautelar interpuesto de conformidad con lo previsto en el ordinal 5 del artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

**RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS
Y DE EXPOSICIONES**

DERECHO DISCIPLINARIO JUDICIAL DE CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES

Importante trabajo publicó el profesor Carlos Luis Carrillo Artiles, sobre el régimen disciplinario en el Poder Judicial, con especial referencia a los jueces.

El sistema disciplinario de estos funcionarios públicos ha sido, especialmente en los últimos años, muy disímil. Este variaba según el carácter –de carrera o provisorio- del juez, cambiando, además, el órgano decisor, lo cual, tiene una nueva modificación con la creación de la jurisdicción disciplinaria judicial.

Así, esta obra refiere todo lo referente al fundamento y ámbito sustantivo de la jurisdicción disciplinaria judicial, el despunte del Código de Ética del juez venezolano, los órganos que ejercen el poder disciplinario de jueces en Venezuela, los deberes y obligaciones del juez provenientes del Código de Ética como estatuto particular judicial, la tipología sancionatoria y supuestos generadores de responsabilidad disciplinaria judicial, las causales de sanción disciplinaria y el proceso judicial.

Con esta importante obra, el profesor Carrillo Artiles –quien viene, de hecho, trabajando duramente en la creación de una plataforma de estudio del derecho administrativo disciplinario- aclara con elementos jurídicos todo lo referente al sistema disciplinario judicial, tomando con consideración notas de derecho comparado y haciendo críticas constructivas a nuestro actual sistema.

EL INGRESO POR CONCURSO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA DE MARÍA ANTONIETA FINAMORE

La Fundación Estudios de Derecho Administrativo ha publicado la obra de María Antonieta Finamore, abogada que se destacó en su función pública en las Cortes de lo Contencioso Administrativo.

Este trabajo tiene una importancia especial por el tema que trata, ya que el ingreso por concurso a la carrera administrativa es uno de los elementos más importantes de la función pública y un logro esencial de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley de Estatuto de la Función Pública.

Y es que el acceso a la carrera administrativa mediante un mecanismo concursal, permite que el nuevo funcionario público, que se hace con un sueldo pagado por todos los ciudadanos mediante dinero público, sea el más eficiente y mejor considerado para la prestación de la función administrativa que va a tener bajo su responsabilidad.

Todos estos temas son tratados con objetividad y mucha agudeza por la autora en su obra, que trata el tema desde una perspectiva estrictamente jurídica, con análisis de la jurisprudencia, sin dejar de ver las realidades de la aplicación de este derecho en la actualidad.