

Revista de Derecho Funcionarial

Volumen

10

Septiembre-
Diciembre 2013

Edición
Cuatrimestral

Fundación Estudios de Derecho Administrativo
FUNEDA

**REVISTA DE DERECHO
FUNCIONARIAL
Número 10
Septiembre-diciembre 2013**



Caracas, 2013

© REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL.
NÚMERO 10. SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2013

Fundación Estudios de Derecho Administrativo. FUNEDA
publicaciones@funeda.com

Impreso en Venezuela

ISSN: 2244-7202

P.P.: 201102DC3718

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

DISEÑO DE PORTADA: *Mariá de Guada*

IMPRESO EN: *Lito-Formas - junio de 2014*

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

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

Jesús Caballero Ortíz

Antonio De Pedro Fernández

Hildegard Rondón de Sansó

Daniela Urosa Maggi

Armida Quintana Matos

Armando Rodríguez

Laura Louza Scognamiglio

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 los 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.....	11
- ¿PUEDE REPLANTEARSE LA APLICACIÓN DEL LAPSO DE PRESCRIPCIÓN LABORAL PARA EL COBRO DE PRESTACIONES SOCIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS?.....	13
<i>Jesús Caballero Ortiz</i>	
- CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD DE LAS PRETENSIONES DE COBRO DE PRESTACIONES SOCIALES Y OTROS DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	33
<i>Ramón Alfredo Aguilar C.</i>	
JURISPRUDENCIA.....	67
I.- La ley del estatuto de la función pública.....	69
1.- Funcionarios policiales.....	69
II.- Funcionarios públicos.....	72
1.- De libre nombramiento y remoción.....	72
A.- La confianza.....	76
B.- El retiro y la remoción.....	84
2.- De carrera.....	86
3.- Los funcionarios militares.....	90
III.- Derechos de los funcionarios públicos.....	96
1.- Otros beneficios laborales.....	96

A.- Prestaciones sociales.....	96
B.- Diferencia de prestaciones sociales.....	112
C.- Indexación de las prestaciones sociales.....	123
IV.- Derechos exclusivos de los funcionarios públicos.....	124
1.- Derecho a la estabilidad.....	124
V.- El sistema de administración de personal.....	130
1.- Evaluación de desempeño.....	120
VI.- Las situaciones activas de los funcionarios públicos.....	135
1.- La reubicación y la disponibilidad.....	135
VII.- Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos.....	141
1.- La prescripción del procedimiento administrativo sancionatorio.....	141
VIII.- El contencioso administrativo funcional.....	143
1.- Consultas.....	143
2.- Forma de interponer pretensiones económicas.....	147
3.- La caducidad.....	148



ESTUDIOS

¿PUEDE REPLANTEARSE LA APLICACIÓN DEL LAPSO DE PRESCRIPCIÓN LABORAL PARA EL COBRO DE PRESTACIONES SOCIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS?

Jesús Caballero Ortiz¹

Luego de los diversos criterios interpretativos sostenidos por la jurisprudencia en relación a la naturaleza del lapso para interponer una querella por el cobro de prestaciones sociales de un funcionario público, así como respecto a la duración de dicho lapso, aparecía como una cuestión ya resuelta que se trataba de un lapso de caducidad de tres meses (I). Sin embargo, recientemente ha surgido de nuevo en la doctrina la tesis conforme a la cual el lapso para la interposición de la acción debe ser el de la prescripción prevista en la legislación laboral, con fundamento, primordialmente, en la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (II). No obstante este importante criterio, creemos que el lapso debe continuar considerándose como de caducidad (III).

I.- Antecedentes

En general, bajo la vigencia de la derogada Ley de Carrera Administrativa el criterio preponderante fue la aplicación del lapso de caducidad previsto en dicha ley para las querellas que tuviesen por objeto el cobro de prestaciones sociales. Así, cuando se pretendió por una de las partes en un litigio que el lapso a computarse fuese el de prescripción, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en su fallo del 25 de octubre de 2001, decidió que no eran aplicables a los docentes, en su condición de funcionarios públicos, las normas adjetivas de la Ley Orgánica del Trabajo, y ello, en razón de la remisión que hace este instrumento legal a las normas sobre

¹ Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Universidad Central de Venezuela.

carrera administrativa a las cuales quedan sujetos los funcionarios públicos. En tal virtud, la institución de la prescripción no podía aplicarse por vía supletoria a los docentes, toda vez que el régimen jurisdiccional era el previsto en la Ley de Carrera Administrativa, la cual fijaba un lapso de caducidad para el ejercicio de cualquier acción con base en esa ley.

1.- El criterio de la no aplicación de lapsos para el ejercicio de la acción

El criterio anterior fue abandonado en la sentencia la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 2.509 del 19 de septiembre de 2002. En dicho fallo se sostuvo que el cobro de las prestaciones sociales de los funcionarios no quedaba sujeto a plazo alguno para su interposición, ya que se trataba de un derecho irrenunciable que no podía verse menoscabado por un lapso de caducidad, pues, por una parte, encuentra su fundamento en el artículo 92 de la Constitución y, por la otra, forma parte de un sistema integral de justicia social que no puede sufrir fisura por una interpretación rígida del artículo 82 de la Ley de Carrera Administrativa: "Es así, como se hace imprescindible una interpretación más flexible y en verdadera sintonía con nuestra Carta Magna, que prevé la obligación de proporcionar una 'tutela judicial efectiva', la cual no sería posible con la existencia de lapsos de caducidad que afecten derechos constitucionales de los trabajadores, funcionarios o empleados, sin distinción alguna".

2.- El criterio de la aplicación de un lapso de caducidad de un año

Ahora bien, con motivo de la sentencia de la misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 2158 del 9 de julio de 2003 dicho órgano jurisdiccional va a adoptar el criterio de la caducidad de un año, fundamentado para ello en que el lapso previsto en el artículo 61 de la entonces vigente Ley Orgánica del Trabajo de 1997 era un lapso de un año (aun cuando se trataba de un lapso

de prescripción y no de caducidad). Con ello se lograba, según el sentenciador, un trato igualitario para todos los trabajadores, sin ningún tipo de discriminación.

En consecuencia, "...en respeto al principio constitucional de igualdad, debe dispensársele a los funcionarios públicos el mismo trato que, para el reclamo de las prestaciones sociales, la legislación laboral otorga a los trabajadores regidos por la Ley Orgánica del Trabajo. De esta manera, el lapso de seis (6) meses establecido en la Ley de Carrera Administrativa (hoy día dicho lapso es de tres meses, según lo establece el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública), debe ceder ante el lapso más favorable de un (1) año consagrado en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, aplicable los funcionarios públicos por mandato del artículo 8 ejusdem".

Además, se sostiene en el fallo que aun cuando el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 remita a las normas de carrera administrativa todo lo relacionado con el régimen jurisdiccional de los funcionarios públicos, debía imponerse la aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo, "...por tratarse de la garantía de derechos constitucionales como son la no discriminación (Art. 21), y el derecho al acceso a los órganos de justicia y a la tutela judicial efectiva (Art. 26), los cuales se ven menoscabados al pretender imponerse una discriminación en el ejercicio de la acción de reclamo de prestaciones sociales en el caso de los funcionarios públicos".

En relación a la mutación de un lapso de prescripción en otro de caducidad la Corte se explica con un argumento simplista: "...en el régimen de derecho público predominan los lapsos de caducidad y no de prescripción".

3.- El criterio de la aplicación de un lapso de caducidad de tres meses

A partir de la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo N° 463 del 24 de febrero de 2006 y luego, la N° 797

del 20 de marzo de 2006, seguidas por las sentencias de la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo N° 516 del 15 de marzo de 2006, N° 748 del 28 de marzo de 2006 y N° 908 del 6 de abril de 2006 se va a acoger el criterio legal del lapso de caducidad de tres meses para la interposición de querellas que tuviesen por objeto el cobro de prestaciones sociales. Sin embargo, la Corte Segunda aclaraba que el criterio del lapso de caducidad de un año se respetaría hasta la fecha en que se implantó el nuevo criterio, ello, en base a razones de seguridad jurídica.

4.- El criterio de la aplicación de un lapso de prescripción de un año

Un novedoso criterio va a acoger la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en su sentencia N° 993 del 28 de marzo de 2006, al igual que en sus sentencias N° 1048 del 29 de marzo de 2006, N° 1246 del 17 de abril de 2006 y N° 1258 del 25 de abril del mismo año: el de la prescripción de un año prevista en la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 para las acciones de carácter laboral.

Los argumentos fundamentales para la translación del lapso establecido en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 fueron los siguientes:

- A.- La exigencia constitucional de sancionar un nuevo régimen de prestaciones sociales en el cual se extiende el lapso de prescripción del derecho al cobro de las mismas (numeral 3 de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución), derecho “del cual se beneficiarían los funcionarios públicos”.
- B.- El lapso de caducidad de tres meses previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública se refiere únicamente a las querellas que tengan por objeto la nulidad de un acto.
- C.- La materia relativa a las prestaciones sociales queda integrada a la Ley Orgánica del Trabajo en virtud del artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

D.- Como consecuencia de esa integración, el lapso para incoar una querella que tenga como *causa petendi* el cobro de prestaciones sociales es el de prescripción de un año.

5.- Los criterios contrapuestos de las cortes contencioso administrativo: la prescripción anual en la Primera y la caducidad de tres meses en la Segunda

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, no obstante, continuó aplicando el lapso de caducidad de tres meses y así lo demuestran sus sentencias N° 940 del 18 de abril de 2006, N° 1183 del 4 de mayo de 2006 y N° 2444 del 27 de julio de 2006. La Corte Primera, por su parte, continuó aplicando el criterio de la prescripción anual en su sentencia N° 2209 del 25 de julio de 2006.

6.- La finalización de la controversia. Las decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia: El lapso a aplicar es el de caducidad de tres meses

A.- En su sentencia N° 1643 del 3 de octubre de 2006 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, al conocer de una acción de amparo constitucional contra la sentencia de la Corte Primera N° 797 del 20 de marzo de 2006 (sentencia que hemos citado *supra* al referirnos al criterio de caducidad de tres meses) precisó que el lapso que ha de aplicarse respecto a cualquier tipo de querellas es el de caducidad de tres meses. Se fundamentó para ello en lo siguiente razonamientos:

a.- Si bien el derecho al trabajo constituye un derecho fundamental, y todo lo que derive de él (como las prestaciones sociales, por ejemplo), debe ser respetado por los operadores de justicia, tal derecho, por ser tal, no puede interpretarse como absoluto y no sometido a límite alguno, pretendiéndose desaplicar los lapsos legales previstos para los reclamos que deriven del mismo, o aplicando lapsos consagrados en otras disposiciones normativas ajenas a

la especialidad de la materia y a la ley respectiva, ya que los lapsos procesales son materia de orden público. Ello supondría una violación al principio de legalidad y al de especialización -funcionariado público- que podría derivar en una situación de anarquía jurídica.

- b.- El artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública dispone que “Todo recurso con fundamento en esta ley sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres meses contado 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”.

Del artículo transrito se desprende que toda acción intentada con fundamento en la Ley del Estatuto de la Función Pública deberá ser interpuesta ante los órganos jurisdiccionales en el lapso que allí se establece, disposición aplicable, por tanto, en todos los casos en los cuales existe una relación jurídico administrativa de carácter funcional que vincule a la parte con el órgano administrativo respectivo.

- c.- La disposición legal establece un lapso de tres meses para incoar la querella a partir del día en que se produce el hecho que da lugar al recurso. Ese hecho se produce cuando un órgano de la Administración Pública procede al pago de las prestaciones sociales del funcionario.

- B.- En su sentencia N° 2325 del 14 de diciembre de 2006 la misma Sala confirma el anterior criterio con argumentos más amplios, a saber:

- a.- En primer lugar, la Sala señala que la regulación material de la prestación de antigüedad como derecho de los funcionarios públicos, y las condiciones de su prestación, debe ajustarse a lo prescrito en la Ley Orgánica del Trabajo, por expresa remisión del artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Sin embargo, la regulación procesal que debe aplicarse para el reclamo en sede judicial de las canti-

dades adeudadas por este concepto debe ceñirse a las prescripciones contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, pues la remisión normativa se efectúa sólo en lo relativo a la regulación material de ese derecho, como así lo expresa la propia ley laboral (Parágrafo Sexto del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997).

- b.- La aplicación de los aspectos sustantivos del derecho a la antigüedad, tal como se encuentran consagrados en la legislación laboral, "...no comporta la ampliación de los aspectos procedimentales de la Ley Orgánica del Trabajo a los procesos que ventilen controversias surgidas de una relación de empleo público, puesto que ello supondría una alteración, por parte del Juez Contencioso Administrativo, de las normas procesales especiales aplicables al proceso contencioso administrativo funcionarial..."
- c.- La estabilidad de las normas ordenadoras del proceso de cada uno de los regímenes procesales establecidos forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva postulado en el artículo 26 de la Constitución. Por tanto, la modificación de estas reglas debe obedecer, en virtud del principio de legalidad procesal, a la voluntad legislativa y no a las modificaciones que hagan los jueces de instancia con fundamento en apreciaciones particulares que prescinden, incluso, de la técnica del control difuso de la constitucionalidad.
- d.- La Sala insiste en que sólo el legislador puede modificar los lapsos procesales para el ejercicio de la acción contencioso funcionarial, bien mediante una reforma de la legislación funcional, bien porque el legislador laboral extienda expresamente a los funcionarios públicos la regulación material y procesal del derecho a las prestaciones sociales tutelado por el artículo 92 de la Constitución.
- e.- Finalmente, la Sala advierte que la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, al otorgar eficacia retroactiva

al criterio jurisprudencial de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que aplicaba el lapso de prescripción de un 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, obró en resguardo de 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 precedentes².

II.- El replanteamiento de la tesis de la aplicación del lapso de prescripción laboral para la interposición de las querellas que tengan por objeto el cobro de prestaciones sociales

Recientemente, el destacado profesor universitario Ramón Alfredo Aguilar³, al comentar algunas de las sentencias antes citadas, llega a la conclusión de que es el lapso de prescripción laboral el que debe aplicarse a las querellas de contenido patrimonial, ya que una simple interpretación gramatical obliga a pensar que el artículo 94 la Ley del Estatuto de la Función Pública se refiere exclusivamente a las pretensiones de nulidad de actos administrativos o hechos ciertos que afecten los intereses legítimos de los funcionarios. Las obligaciones patrimoniales se someten a lapsos de prescripción – dice- mientras que las acciones de nulidad a lapsos de caducidad.

Señala además que la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al regular el tema de la caducidad, la aplica únicamente a las acciones de nulidad, a las vías de hecho y a las abstenciones, mas no a las demandas de contenido patrimonial.

2 Muy importantes comentarios sobre algunos de estos fallos se formulan en Andrés E. Troconis Torres, "Los presupuestos procesales de la querella funcional" en *100 Años de la Enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009*, Tomo II, Caracas, 2011, pp. 1107 y ss.; en Ramón Alfredo Aguilar, *La Caducidad de Cobro de Prestaciones Sociales y de Otros Derechos Patrimoniales de los Funcionarios Públicos*, Caracas, 2012, pp. 22 y ss. y en Manuel Rojas Pérez, *Contencioso Administrativo Funcional*, Caracas, 2013, pp. 51 y ss.

3 *Op. cit.*, *La Caducidad de Cobro de Prestaciones Sociales y de Otros Derechos Patrimoniales de los Funcionarios Públicos*, Caracas, 2012.

En fin, sostiene que el artículo 6 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública atribuyen a la legislación laboral la regulación de los derechos de los funcionarios públicos distintos a los derechos estatutarios regulados constitucionalmente. Por tanto, los derechos laborales pecuniarios quedan sometidos al lapso de prescripción laboral dada la naturaleza jurídico laboral de las pretensiones que se ejercitan.

III.- Nuestra opinión

La tesis del profesor Ramón Alfredo Aguilar constituye un importante avance y un valioso aporte en el estudio de la problemática que plantean las normas referidas a los lapsos dentro de los cuales pueden ejercerse las pretensiones relacionadas con el contencioso administrativo de la función pública. En este sentido, su opinión se encuentra en plena concordancia con el sostenido jurisprudencialmente -durante un determinado período- respecto a la aplicación del lapso de prescripción de un año para la pretensión de cobro de las prestaciones sociales de los funcionarios. Sin embargo, consideramos sus relevantes argumentos como de *lege ferenda* por las razones que explicaremos a continuación.

1.- La caracterización del lapso como de caducidad

No existe duda alguna respecto a la caracterización del lapso previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública como lapso de caducidad. No es el caso entrar aquí en el estudio de la institución de la caducidad y su distinción con la prescripción extintiva. Bástenos al efecto determinar el por qué ha de considerarse ese lapso como de caducidad, estudio que ya ha sido realizado por el Dr. José Luis Aguilar G.⁴ y a cuyas conclusiones nos adheri-

4 José Luis Aguilar G., "Prescripción y caducidad. Régimen Jurídico de los lapsos establecidos por leyes especiales para el ejercicio de acciones, con especial referencia al Art. 81 de la Ley de Carrera Administrativa" en *Doctrina de la Procuraduría General de la República*, 1972, Caracas, 1972, p. 55 y en 20 años de *Doctrina de la Procuraduría General de la República 1962-1981*, Tomo V, Caracas, 1984, pp. 265 y ss.

mos. En efecto, al haberle sido encomendado por la Procuraduría General de la República la caracterización del lapso previsto en el artículo 81 de la entonces vigente Ley de Carrera Administrativa -disposición casi similar al actual artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública- El Dr. Aguilar sostuvo en términos generales que existe caducidad cuando examinada la *ratio legis* de la disposición que establece el lapso, independientemente del término que se emplee, exista una necesidad de certeza absoluta de que después de transcurrido un lapso no se intentará una acción.

Y, al referirse en concreto al lapso previsto en el artículo 81 de la entonces vigente Ley de Carrera Administrativa, concluyó en que se trata de un lapso de caducidad, pues establece un único tiempo útil para el ejercicio de la acción, de modo que una vez vencido no procede ese ejercicio porque el derecho de que se trata ha dejado de existir. "No es otro -precisa- el alcance de las palabras del legislador cuando afirma que cualquier acción basada en la Ley de que tratamos sólo podrá ser ejercida válidamente dentro de un término de seis (6) meses a contar del día en que se produjo el hecho que dio lugar a ella"⁵.

2.- Naturaleza de la pretensión y lapso de caducidad para su ejercicio

El artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública dispone:

"Todo recurso con fundamento en esta Ley sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres meses contado 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".

En primer lugar, y aun cuando se emplea el vocablo "recurso", de toda la lectura del Título VIII (contencioso administrativo

⁵ Loc. cit. pp. 56 y 57.

funcionarial) se deduce que se trata de una demanda, pues el tribunal comunica a la parte accionada a darle contestación dentro de un lapso predeterminado, constituyéndose así en un verdadero juicio *inter partes*. Además, el artículo 99 de la Ley del Estatuto de la Función Pública determina que la parte accionada lo es la República, un estado, un municipio o un instituto autónomo nacional, estadal o municipal⁶.

Ahora bien, la disposición transcrita señala en forma expresa que “*Todo recurso con fundamento en esta Ley* sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres meses...”⁷ En consecuencia, ninguna relevancia tiene el carácter de la pretensión, pues *todo recurso* (ya hemos visto que con este vocablo el legislador se refiere a toda demanda) se encuentra sometido, para su ejercicio válido, al lapso allí prescrito: “donde el Legislador no distingue, no es lícito al intérprete distinguir”.

En ese mismo orden de ideas, el artículo 93 de la misma Ley somete al contencioso administrativo funcional “*Todas las controversias* que se susciten con motivo de *la aplicación de esta Ley...*”⁸, sin hacer distinción alguna respecto al contenido de la pretensión y, como ya señalamos con anterioridad, la acción debe ejercitarse dentro del lapso previsto en el artículo 94. En este sentido, una querella que tenga por objeto el cobro de prestaciones sociales constituye una demanda que se ejerce con fundamento en la ley y con motivo de la aplicación de la ley, pues el derecho del funcionario al cobro de las prestaciones sociales se encuentra previsto en el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

3.- El lapso de caducidad y las pretensiones pecuniarias

Sentado así que el lapso de caducidad previsto en el artículo 94 de La Ley del Estatuto de la Función Pública juega en relación a

⁶ Véase nuestro artículo “El procedimiento contencioso administrativo funcional” enRevista de Derecho, Tribunal Supremo de Justicia, N° 20, Caracas, 2006, pp. 13 a 34.

⁷ Cursivas nuestras.

⁸ Cursivas nuestras.

todo tipo de pretensiones, no puede entonces circunscribirse a las acciones cuyo objeto es la obtención de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, excluyendo de ese lapso las pretensiones pecuniarias, ya que la caducidad no es una institución exclusiva de las demandas de nulidad. En efecto, y a título de ejemplo, en otras ramas del Derecho existen lapsos de caducidad respecto de obligaciones de carácter patrimonial que, por lo tanto, no se encuentran sometidas a lapsos de prescripción extintiva. Al efecto, José Melich Orsini señala como lapsos de caducidad el de dos años que otorga el artículo 43 del Código Civil contado "desde el día en que pudo exigirse el cumplimiento de la promesa espousalicia a que alude el artículo 42*eiusdem* para introducir la demanda por resarcimiento de los gastos hechos por causa del prometido matrimonio no cumplido"⁹, así como el lapso de dos meses que el artículo 1836 del Código Civil concede al acreedor para intentar la acción de cobro de una obligación garantizada con una fianza en que se haya expresado que la duración de la misma se encuentra estrictamente limitada al plazo acordado al deudor principal¹⁰.

Y, a la inversa, en el campo del Derecho Administrativo prescriben no sólo los actos administrativos que crean obligaciones pecuniarias, sino los actos administrativos de cualquier tipo¹¹: "Las acciones provenientes de los actos administrativos creadores de obligaciones a cargo de los administrados, prescribirán en el término de cinco (5) años, salvo que en leyes especiales se establezcan plazos diferentes. La interrupción y suspensión de los plazos de prescripción se rigen por el Código Civil"¹². Concretamente, en los artículos 87 y 88 de La Ley del Estatuto de la Función Pública se prevén los lapsos de prescripción de las faltas de los funcionarios públicos sancionadas con amonestación escrita y con destitución.

9 José Melich Orsini, *La Prescripción extintiva y la Caducidad*, 2da. Edición, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, serie estudios, Caracas, 2006, p. 168.

10 *Ibid*, p 171.

11 V. sobre el particular José Peña Solís, "La prescripción y la caducidad en el procedimiento administrativo y en los recursos contencioso-administrativos en Venezuela" en *Revista de Derecho Público* N° 44, octubre-diciembre 1990, Caracas, pp. 23 y 24.

12 Artículo 70 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde sólo al legislador la determinación acerca de si el lapso que decide implantar es de prescripción o de caducidad, de acuerdo al bien jurídico tutelado. En este sentido, el artículo 95 de La Ley del Estatuto de la Función Pública, en el cual se señala el contenido de la querella, precisó que la misma debe indicar el acto administrativo, la cláusula de la convención colectiva cuya nulidad se solicita, los hechos que afecten al accionante, o *las pretensiones pecuniarias*. Siendo esas –principalmente– las pretensiones que pueden ejercerse en el contencioso administrativo funcionarial, y al haberlas señalado en forma expresa, bien pudo haber establecido un lapso de prescripción extintiva para las querellas de contenido patrimonial (con “*pretensiones pecuniarias*”). Pero no lo hizo.

4.- El lapso de caducidad previsto en el contencioso general

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ciertamente, establece en su artículo 32 un lapso de caducidad para las demandas que tengan por objeto la impugnación de actos administrativos de carácter particular y de actos administrativos de efectos temporales, para las vías de hecho y para las abstenciones. Ahora bien, una disposición expresa destinada a consagrar un lapso de caducidad para las demandas de nulidad de actos administrativos de carácter particular en el contencioso administrativo general se encontraba ya prevista en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del 19 de mayo de 2004, en el artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia del 30 de julio de 1976 y en el numeral 9 del artículo 7 de la Ley Orgánica de la Corte Federal del 2 de agosto de 1953. En consecuencia, la norma equivalente en la vigente Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa carece de novedad y es, por tanto, no susceptible de dar lugar -en la actualidad- a un cambio de criterio respecto al contencioso especial de la función pública, cuya vigencia se remonta a 1970.

En efecto, desde 1970 se encontraba previsto en la Ley de Carrera Administrativa un artículo conforme al cual “Toda acción con base a esta Ley, sólo podrá ser ejercida válidamente...” y, sin embargo, no se planteó en la jurisprudencia -que tengamos conocimiento- que dicha disposición quedara circunscrita a las demandas de nulidad de actos administrativos particulares con fundamento en la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953 o en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia de 1976, quedando excluidas las demandas de contenido patrimonial, y ello en base a la categoricidad de la redacción de la norma: “toda acción”, es decir, cualquier acción, sin exclusión alguna. Fue sólo a partir de la primera década del presente siglo cuando la disposición respectiva de Ley de Carrera Administrativa o de la Ley del Estatuto de la Función Pública han sido objeto de nuevas interpretaciones, pero ello -creemos- tuvo más bien su fundamento en las disposiciones laborales que dirigieron su ámbito de acción hacia el sector del funcionariado público.

5.- La influencia de la legislación laboral

La intromisión de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de 2012 en el campo del funcionariado público se lleva a cabo a través de su artículo 6, lo que ya antes había tenido lugar mediante la incorporación del artículo 8 de las leyes orgánicas del Trabajo de 1990 y 1997. Ese artículo 6 va a delimitar un campo preciso de acción a lo que denomina “normas sobre función pública”, a saber el ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad, jubilaciones, pensiones y *régimen jurisdiccional*.

El artículo 3 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo es aún más preciso, pues claramente dispone que “Las *normas estatutarias* aplicables a los funcionarios públicos...regularán lo relativo a su... régimen jurisdiccional”¹³

13 Cursivas nuestras.

De acuerdo con lo expuesto, los mecanismos jurisdiccionales a través de los cuales el funcionario público puede ver garantizados sus derechos son los establecidos en la Ley del Estatuto de la Función Pública. Se trata del contencioso administrativo funcional, siendo precisamente dentro de esas normas donde se encuentra previsto el lapso de caducidad para el ejercicio de toda acción con fundamento en esa ley. La disposición legal que prevé dicho lapso -artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública- es, evidentemente, una norma de carácter procesal.

Queda claro entonces que el lapso de caducidad de tres meses aplicable a las querellas funcionariales no lo es sólo por determinarlo así expresamente la Ley del Estatuto de la Función Pública. También lo es por mandato del artículo 6 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y 3 de su Reglamento.

Por otra parte, el parágrafo sexto del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 estableció que los funcionarios públicos se regirían por lo dispuesto en ese artículo 108, que consagraba el derecho de los trabajadores -en general- al goce de la prestación de antigüedad. Nótese por tanto la redacción de la norma que extiende el beneficio a los funcionarios públicos: éstos "...se regirán por lo dispuesto *en este artículo*"¹⁴. No por ningún otro establecido en la legislación laboral; tampoco por la legislación laboral en su integralidad, sino únicamente por esa disposición. En consecuencia, la sola interpretación gramatical da por sentado que, por esta vía, no es aplicable el lapso de prescripción laboral a las querellas que pudiesen incoar los funcionarios, lapso de prescripción previsto en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997.

En consonancia con la disposición laboral, cinco años más tarde el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, al confirmar el derecho de los funcionarios públicos a las prestaciones sociales, estableció que gozarían de los mismos beneficios contempla-

14 Cursivas nuestras.

dos en la Constitución, en la Ley Orgánica del Trabajo entonces vigente y en su Reglamento, en lo atinente a la prestación de antigüedad (ahora prestaciones sociales) y condiciones para su percepción. Debe tenerse en cuenta entonces que la intención del legislador fue ratificar la disposición laboral que eliminaba la discriminación que durante un largo período existió entre funcionarios y trabajadores sometidos a la legislación laboral en cuanto al derecho al cobro de prestaciones sociales.

En efecto, con el parágrafo sexto del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 y, luego, con el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública en 2002 se da por finalizada una larga controversia en relación al citado derecho con respecto a los funcionarios públicos.

Ese proceso pone de manifiesto la lentitud en la adopción de determinados beneficios respecto a los cuales no se justificaba establecer distinciones entre funcionarios públicos y empleados del sector privado. El no otorgamiento del beneficio constituía una evidente desigualdad que no encontraba explicación alguna en el carácter estatutario de la relación que vincula al funcionario con la Administración Pública.

En ese proceso evolutivo pueden distinguirse tres etapas. En la primera, con anterioridad a la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa en 1970, no se encontraba consagrado el derecho al pago de prestaciones sociales para los funcionarios públicos. Tenía aplicación la Ley del Trabajo del 11 de julio de 1966 cuyo artículo 6º disponía que no se encontraban sujetos a las disposiciones de la ley los miembros de los cuerpos armados ni los funcionarios públicos. En consecuencia, no sólo no existía un instrumento normativo que consagrarse por vía general el derecho al pago de prestaciones sociales, sino que la propia Ley del Trabajo descartaba que sus disposiciones le fueran aplicables a los funcionarios públicos y, por tanto, el régimen de prestaciones sociales.

La segunda etapa se inicia con la promulgación de la Ley de Carrera Administrativa en 1970, en la cual se va a consagrар el derecho a las prestaciones sociales en tres supuestos:

- A.- A los funcionarios de carrera que fuesen objeto de retiro por reducción de personal;
- B.- A los funcionarios que resultasen reprobados por segunda vez en el examen que debía practicársele a objeto de determinar que prestaba eficientemente sus servicios, caso en el cual quedaba retirado;
- C.- Por último, quedó establecido que a la muerte del funcionario las prestaciones sociales correspondientes, en el caso de que no procedan las indemnizaciones del seguro social obligatorio, se otorgarán de conformidad con lo establecido en la Ley del Trabajo. Se trataba entonces, no de la muerte de cualquier funcionario, sino del fallecimiento de un funcionario de carrera que fuere retirado por reducción de personal o del reprobado en dos oportunidades.

En la tercera etapa, es decir, a partir de las reformas de la Ley de Carrera Administrativa en 1975 se consagró el pago de las prestaciones sociales como un derecho adquirido de los funcionarios de carrera¹⁵.

Hemos hecho referencia a estos precedentes legislativos para dejar sentada la importancia que tuvo la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 al consagrar el derecho para todos los funcionarios públicos, sin distinción alguna. Pero –estimamos– fue esa la intención del legislador y no otra: poner fin a la desigualdad hasta entonces existente al establecer un régimen sustantivo común para funcionarios y trabajadores sometidos a la legislación laboral en cuanto al goce de las prestaciones sociales.

¹⁵ En ello tuvo una influencia determinante la reforma de la Ley del Trabajo mediante el decreto-ley N° 124 del 31 de mayo de 1974 (Gaceta Oficial N°1.656 Extraordinario del 4 de junio de 1974).

Ahora bien, para que quedara más claro aún que los funcionarios públicos, o alguna categoría de ellos, no pudiesen quedar discriminados del derecho, ni tampoco excluidos parcialmente, el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública se refirió, en primer lugar, a la aplicación de la Constitución, ya que ésta no se limitó a consagrar el derecho, sino que estableció ciertas reglas, a saber: las prestaciones sociales son créditos laborales de exigibilidad inmediata; la mora en su pago genera intereses; éstos constituyen deudas de valor y gozan de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal¹⁶. Es decir, disposiciones que eran propias del legislador quedaron consagradas en la Constitución. Por ello, era necesario que la Ley del Estatuto de la Función Pública remitiera a las mismas.

La disposición legal estatutaria aclara, por otra parte, que la aplicabilidad de la Constitución y de la ley opera respecto a las *condiciones para su percepción*.

¿Cuáles son esas condiciones para su percepción? A este respecto pensamos que la ley estatutaria de 2002 no quiso repetir el muy extenso artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997 y, por ello, se limitó a remitir esas condiciones a esta última Ley. En efecto, lo contrario habría supuesto consagrarse en el texto estatutario los lapsos requeridos para determinar los montos correspondientes de la prestación de antigüedad; la forma de acreditación de fideicomiso; las tasas correspondientes a los intereses; la forma de entrega anual de los intereses generados; los casos en que procede el pago del anticipo y las bases del cálculo, entre otras. Si la intención era que las condiciones de percepción fueran las mismas establecidas en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, bastaba entonces remitir la materia a esta Ley.

No creemos, por tanto, que bajo la frase “condiciones para su percepción” la intención del legislador hubiese sido aplicar una

16 Artículo 92 de la Constitución.

norma de carácter procesal, referida al lapso de prescripción previsto en la legislación laboral y alterar de ese modo el régimen jurisdiccional previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, a sabiendas como se encontraba de que esa misma legislación laboral remitía el régimen jurisdiccional a las normas contenidas en la ley estatutaria.

Por lo que respecta al régimen de supletoriedad consagrado en el artículo 6 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, éste se aplica respecto a los beneficios acordados en esta Ley en todo lo no previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública. Luego, no puede tampoco por esta vía aplicarse el lapso procesal de diez años establecido para interponer las acciones laborales¹⁷ porque la supletoriedad no puede implicar un cambio de la estructura del proceso judicial ya diseñado en materia funcionarial. Por lo demás, si ello fuera posible, tampoco obraría la supletoriedad porque en la Ley del Estatuto de la Función Pública se encuentra ya previsto un lapso para la interposición de querellas de carácter funcionarial, sin distinción alguna. No existiría, por tanto, vacío alguno que pueda ser llenado mediante el mecanismo de la supletoriedad.

Conclusión

Estimamos que en una futura reforma legislativa deberá plantearse la aplicación de un lapso de prescripción extintiva en relación a las demandas de contenido patrimonial que puedan interponer los funcionarios públicos. Las razones expuestas en su libro por Ramón Alfredo Aguilar revisten una importancia considerable. A ellas remitimos al lector.

¹⁷ Artículo 51 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras.

CONSIDERACIONES SOBRE LA CADUCIDAD DE LAS PRETENSIONES DE COBRO DE PRESTACIONES SOCIALES Y OTROS DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Ramón Alfredo Aguilar C.¹

Planteamiento.-

El llamado proceso de laboralización de la función pública, conformado y forzado por el reconocimiento constitucional y legal de derechos e instituciones de carácter laboral en beneficio de los funcionarios -indistintamente del carácter estatutario de la relación de empleo público- ha obligado a la jurisdicción con competencia en lo contencioso administrativo (funcionario) a conocer y pronunciarse sobre múltiples aspectos de naturaleza eminentemente "social", con la complejidad de adaptar dichos preceptos y su manejo jurisdiccional, a un proceso judicial que en su origen parece más bien diseñado para la revisión de los actos de la administración pública, y en donde ésta -la más de las veces- actúa investida de privilegios o prerrogativas. Es así, como en un reconocido avance legislativo de orden procesal, se dictó en el año 2002 el Estatuto de la Función Pública², que prevé y regula un procedimiento especial para la tramitación y solución judicial de los asuntos contenciosos derivados o inherentes a las relaciones de empleo público, que aún inscrito en el marco del contencioso administrativo general, surgió como muestra adelantada de la esperada evolución del procesal administrativo³, en tanto se ha dejado atrás la distinción entre el juicio de

¹ Abogado UCV. Especialista en Derecho Procesal UCV. Especialista en Derecho del Trabajo UCAB (Tesis) Doctorando en Ciencias mención Derecho UCV. Profesor ordinario categoría Agregado, Escuela de Derecho FCJP UCV. Secretario de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario (AVDD).

² Gaceta Oficial No. 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

³ Para el tema de la evolución y naturaleza del Contencioso Administrativo, TORREALBA SÁNCHEZ, Miguel Ángel. *Manual de Contencioso Administrativo*. Editorial Texto C.A., Caracas/Venezuela, 2009.

anulación (objetivo) y el llamado de plena jurisdicción (subjetivo, contentivo mayormente de pretensiones de condena o restitutorias), para acceder a un proceso único de carácter intersubjetivo, entre demandante (querellante-funcionario) y demandado (querellado -administración)⁴, donde se incluye además de la revisión objetiva de los actos (nulidad), la posibilidad de tramitación de cualesquiera otras pretensiones en garantía a la tutela judicial efectiva, entre las que podemos exemplificar, la determinación o ajuste de pensiones de jubilación, el cobro de prestaciones sociales, de cantidades o diferencias adeudadas por conceptos laborales (intereses, vacaciones, bono vacacional), e incluso indemnizaciones por infortunios de trabajo y daño moral⁵.

No obstante el positivo cambio y avance que implica la creación de este procedimiento judicial y especialmente la concepción de la querella y el proceso como de carácter intersubjetivo y la posibilidad de actuar diversos tipos de pretensiones (declarativas, constitutivas, de condena, cautelares, y ejecutivas), se advierte que -en contraste dentro de la redacción normativa de la referida Ley (en lo sucesivo LEFP), permanecen vestigios o reminiscencias del sistema objetivo de impugnación, como puede verificarse en la simple circunstancia de que a pesar que la ley instituye la figura de la "querella", en va-

4 Aún cuando en la mayoría de los casos la relación jurídico procesal se presenta entre funcionario-querellante y la administración empleadora como demandada, debe considerarse que también es posible la intervención de terceros que puedan verse afectados por el acto o su declaratoria de nulidad, como ocurriría en los casos del ganador del concurso impugnado o quien ocupa un cargo que quedó vacante por efecto del acto impugnado. Así mismo, en nuestro criterio, en algunos supuestos el empleador pudiera acudir a la sede jurisdiccional en condición de accionante, por ejemplo para pedir la declaratoria de nulidad de un contrato colectivo u alguna de sus cláusulas, ó como debería ocurrir a los fines de solicitar la calificación de falta y autorización de destitución de los funcionarios investidos de fuero sindical, conforme a la competencia atribuida para ello conforme al artículo 32 LEFP (tema de inamovilidad de los funcionarios públicos, que al tener fuente en el derecho del trabajo, hasta ahora no ha sido correcta ni definitivamente tratado por la jurisprudencia contencioso funcional).

5 El proceso en cuestión, en consecuencia prevé trámites de citación; contestación de demanda; audiencias conciliatorias y definitivas; así como potestades inquisitivas del juez en materia probatoria; por lo que se le atribuye las virtudes de acoger los principios constitucionales de idoneidad, uniformidad, eficacia, accesibilidad, celeridad, oralidad y publicidad. Al respecto KIRIAKIDIS L. Jorge. *Notas sobre la Querella Funcionarial desde la Perspectiva del Acceso a la Justicia y el Devido Proceso.* En "El Régimen Jurídico de la Función Pública" Un Balance a los 5 años de Vigencia del Estatuto. Funeda, Caracas, 2.008. Pp. 172- 176.

rias normas (arts. 92, 94, 95, 108, 110) se continúa haciendo alusión al “*recurso*” o “*recurso contencioso administrativo funcionarial*”, y es así como la primera norma que regula el proceso judicial (art. 92) hace expresa y exclusiva alusión a los “actos administrativos” y su impugnación a través del referido recurso contencioso administrativo, obviándose que la querella en cuestión no necesariamente está dirigida a la anulación o impugnación de un acto administrativo, y que técnicamente no se trata de un “*recurso*”⁶, pues no es una impugnación o revisión realizada por la propia administración, sino que se trata de una “*acción*” judicial, inscrita en el ámbito del amplio poder jurisdiccional que la Constitución Nacional dispone en su artículo 259⁷.

Puede pensarse que tales vestigios deben ignorarse por tratarse de una mera imprecisión terminológica, en tanto es manifiesta la intención del legislador de crear un proceso intersubjetivo y no de mero control objetivo (de anulación), todo lo cual resulta acertado y

6 “El enfoque del tratamiento y estudio del contencioso administrativo desde la óptica de la pretensión consigue, así, fundamento en el artículo 259 de la Constitución y es, además, consecuencia obligada de su función subjetiva y de su naturaleza jurídica: la de un orden jurisdiccional, inserto dentro del sistema de administración de justicia, cuya finalidad primordial es el restablecimiento de situaciones jurídico-subjetivas y que debe, por ende, informarse siempre con los principios generales del Derecho Procesal (cfr. González Pérez, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, tercera edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 70 y ss.). De allí el error cuando se entiende que es el acto administrativo –en vez de la pretensión procesal– el objeto del proceso contencioso administrativo y de allí también la tradicional imprecisión terminológica que ha caracterizado el tratamiento de nuestro sistema contencioso administrativo, denominando recursos a medios procesales tales como, entre otros, el ‘recurso por abstención o carencia’, que mal puede considerarse ‘recurso’ ni ‘medio de impugnación’, cuando su objeto es la pretensión de condena a una obligación de hacer o de dar por parte de la Administración”. (Resaltado y subrayado nuestro). Sala Constitucional TSJ. Sentencia No. 93 de fecha 1º de febrero de 2006.

7 “De acuerdo con lo indicado, el mencionado artículo 259 de la Constitución otorga a los Tribunales con competencia en lo contencioso administrativo un conjunto de atribuciones que permiten que los justiciables puedan accionar contra la Administración Pública a fin de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de dicha Administración incluidas las vías de hecho o actuaciones materiales, de allí que dicho precepto constitucional señala como potestades de los órganos judiciales con competencia en lo contencioso- administrativo no solo la posibilidad de anular actos administrativos, de condenar al pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios y de conocer de las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos prestados mediante gestión directa o indirecta, sino también el poder de restablecer las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de los órganos y entes que integran la Administración Pública”. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No. 1029 de fecha 27 de mayo de 2004.

congruente en el marco de una interpretación teleológica de la ley. No obstante, al realizar la exégesis literal de la norma del artículo 94 LEFP encontramos que se dispuso un brevísimo lapso de caducidad para el ejercicio tempestivo de los "recursos", dando lugar a la interrogante de, ¿si tal lapso de caducidad también resulta aplicable a las querellas que no contienen una pretensión de nulidad ni se ejercen contra un actuar concreto de la administración?, o más específicamente: ¿si las acciones contentivas de pretensiones de cobro de prestaciones sociales y otras de condena, también están sometidas a ese breve, rígido y fatal lapso?

La respuesta no resulta fácil, y tal es su complejidad que se han dictado diversas, contradictorias y vacilantes decisiones judiciales para dar resolución al asunto, lo que de suyo justifica un científico y concienzudo estudio sobre el tema, con especial atención a su naturaleza procesal y el posible soslayamiento de derechos constitucionales, como la protección de las prestaciones sociales y otros derechos laborales de carácter social, así como la garantías de acceso a la justicia, acción y a la tutela judicial efectiva. Veamos.

La Caducidad de la Acción. Su naturaleza jurídica y aplicación al Contencioso Funcionario.

Uno de los presupuestos de orden procesal que puede y debe ser revisado en *limini litis* y que consecuentemente ha sido previsto como causal de inadmisibilidad en los procesos contencioso administrativos⁸, es la tempestividad del ejercicio de la acción, que se verifica a través de su correlativo, la "*caducidad de la acción*", que implica la preclusión de la oportunidad legal para presentar válidamente una determinada pretensión ante el órgano jurisdiccional, de manera que el derecho de acción para esa concreta pretensión no puede ser satisfecho por el órgano judicial, impidiendo o limitando la función jurisdiccional de pronunciar una decisión sobre la

⁸ Artículo 95 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Gaceta Oficial No. 39.451 del 22 de junio de 2010. En lo sucesivo "LOJCA".

procedencia (sustancial) o no de la pretensión deducida⁹, es decir, sobre el fondo de la controversia. De allí que en tales supuestos de caducidad, resulte innecesaria la verificación del proceso, e incluso la realización de la actividad contradictoria y probatoria respecto del fondo del asunto, pues la prueba de la tempestividad de la "acción" (demanda o querella) se limita a la presentación oportuna de ésta ante el órgano jurisdiccional antes de la expiración del lapso de caducidad previsto por la ley.

La ley prevé para el ejercicio de determinadas pretensiones, un tiempo determinado a los fines de su oportuna proposición ante el órgano jurisdiccional, a través de la presentación de la respectiva demanda, libelo o querella, y en consecuencia, vencido dicho plazo ya no podrá proponerse esa pretensión por haber caducado la oportunidad legal para ello. Este plazo o término de caducidad no es común a todo tipo de pretensiones, sino exclusivamente para aquellas que la ley expresamente determina, y tampoco se corresponde con los plazos de prescripción extintiva que la ley prevé para las obligaciones o derechos de crédito. A diferencia del lapso de prescripción extintiva de las obligaciones, que es de naturaleza sustantiva, el lapso de caducidad es de índole procesal, impuesto por la ley para el ejercicio oportuno frente al Estado (Jurisdicción) de específicas pretensiones, generalmente de naturaleza "constitutiva" cuya característica principal es que no están vinculadas a un derecho de crédito, sino más bien concebidas como aquellas cuyo objeto jurídico es constituir, modificar o extinguir una relación jurídica, vale decir, que están dirigidas a obtener un cambio sobre la situación jurídica existente¹⁰.

9 De lo expuesto, es fácil advertir que en realidad debería hablarse técnicamente de caducidad de la "pretensión", pues lo que la ley limita no es la acción, en tanto que derecho abstracto y de rango constitucional no es susceptible de tal limitación. Siempre, desde que se pronuncia el tribunal sobre la admisión o negativa de admisión de la demanda, de alguna manera ya satisface el derecho de acción, de modo que lo que se limita realmente es la potestad y el deber jurisdiccional de tramitar y decidir sobre la pretensión deducida, por la expiración del tiempo útil previsto por la ley para ejercitarse tal pretensión ante el órgano jurisdiccional. No obstante esta aclaratoria, es de común y legislativo uso la expresión "caducidad de la acción", por lo que la utilizamos, dejando a salvo la aclaratoria conceptual formulada.

10 Conocemos la dificultad para clasificar determinadas pretensiones como de una u otra categoría

Son ejemplo de este tipo de pretensiones (sometidas a lapso de caducidad), las referidas a la nulidad de los contratos (5 años, art. 1346 CC¹¹); la acción de simulación (5 años, art. 1281 CC); de nulidad de la filiación establecida fraudulentamente por sentencia (1 año, art. 1.526CC); la acción de desconocimiento de la paternidad matrimonial (art. 206CC) ; la solicitud de reenganche y pago de salarios caídos de trabajadores amparados por estabilidad laboral (10 días, art. 89 LOTT¹²); y las pretensiones de nulidad de actos administrativos de efectos particulares (180 días, art. 32,1 LOJCA¹³) o de efectos temporales (30 días, art. 32,2 LOJCA).

Como se observa, no se trata de pretensiones de condena, no versan sobre el cobro de derechos de crédito (sometidos a lapso de prescripción), sino de pretensiones de naturaleza constitutiva, en las que juega un papel fundamental los llamados "derechos potestativos", concebidos por Chiovenda¹⁴ como "*el poder jurídico del actor de producir un efecto jurídico mediante sentencia judicial*", destacando dos subtipos de estos derechos: "*Hay derechos potestativos en los cuales el nuevo estado jurídico se produce en virtud de una simple declaración de voluntad del titular y otros en los cuales el cambio produícese únicamente cuando el derecho potestativo fue declarado por el juez*" (Subrayado nuestro)¹⁵. Tales son los derechos que se hacen valer, cuando

(declarativa, constitutiva o de condena), siendo esta tarea probablemente más ardua en lo atinente a las pretensiones constitutivas, en especial en lo relacionado con aquellas de tipo resolutorio (nulidad relativas, rescisión por lesión y resolución por incumplimiento de contrato), casos en los cuales nos inclinamos junto a buena parte de la doctrina procesal (Calamandrei, Chiovenda, Cuenca) a considerarlas como "Constitutivas", por cuanto las mismas tienden a modificar una situación anterior que se considera como válida.

11 Código Civil, Publicado en Gaceta Oficial N° 2.990 de fecha 26 de julio de 1982. En lo sucesivo abreviado como "CC".

12 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores. Publicada en Gaceta Oficial No. 6.076 Extraordinario del 7 de mayo de 2012.

13 Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Publicada en Gaceta Oficial No. 39.451 del 22 de junio de 2010. En lo sucesivo abreviada como "LOJCA".

14 CHIOVENDA, Giuseppe. *Curso de Derecho Procesal Civil*. Biblioteca Clásicos del Derecho. Tomo 6. Distribuidora Haral, S.A. México 1998. Pág. 228-229.

15 En relación a los derechos potestativos, el profesor Melich Orsini nos enseña:

"... se les caracteriza como poderes en virtud de los cuales el titular de tales derechos potestativos puede influir sobre situaciones jurídicas preexistentes cambiándolas, extinguéndolas o creando una nueva situación jurídica mediante su propia actividad unilateral (acto real, negocio jurídico, instancia judicial o recurso administrativo), y que presentarían la peculiaridad de que aquella persona frente a la cual se hace uso de las tales derechos potestativos no pueden sustraerse a la nueva situación

se ejerce una demanda de nulidad contra un acto administrativo de destitución, remoción o retiro, pretensión con la cual, si bien se actúa en defensa de un derecho subjetivo (estabilidad, derecho a la carrera, al debido proceso, etc.), lo que se pretende principalmente no es el pago o cumplimiento de una obligación crediticia a través de una condena judicial, sino la declaratoria judicial de la ilegalidad del acto y consecuentemente una orden de mutación de la situación jurídica existente para ese momento (terminación de la relación funcional), cambiándola por una nueva situación constituida por la prosecución de dicha relación a través de la reincorporación del funcionario. Obviamente, esta declaratoria, también implicará o podría implicar una condena en cuanto al pago de salarios caídos u otras indemnizaciones a título de daños y perjuicios, pero como consecuencia del cambio de situación jurídica producido por la sentencia, siendo aquel cambio de situación jurídica, la pretensión "principal" de la acción ejercida.

Para mejor comprensión, debe precisarse que por tratarse un derecho potestativo, su ejercicio depende exclusivamente de la voluntad de la parte interesada, sin que la falta de tal ejercicio se pueda entender como renuncia a algún derecho, pues precisamente el derecho estriba en poder ejercerlo o no a potestad de la parte, vale decir, es facultad del interesado obrar o no la pretensión, en tanto su no ejercicio, no implica la renuncia a otros derechos y por el contrario podría dar lugar al nacimiento de otro tipo de pretensiones. Por ejemplo, ante una destitución, remoción o retiro, el funcionario puede pretender la nulidad del acto, su reincorporación y pago de sueldos (salarios) dejados de percibir; o puede aceptar la terminación de la relación de empleo público, y pasar a exigir el pago de sus prestaciones sociales, y en algunos casos, incluso, su jubilación¹⁶.

generada, sino que se hallarán en situación de mera sujeción". "Algunos de estos derechos potestativos deben ejercerse mediante demanda judicial, tales como las impugnaciones de la eficacia de algún negocio (anulación, rescisión, resolución), la revocación de una donación, la constitución de una servidumbre coactiva, el rescate del fundo enfitéutico, la separación de los bienes del difunto de aquellos del heredero, etc. Se habla entonces de acciones y de sentencias constitutivas." **MELICH ORSINI, José.** *La Prescripción Extintiva y la Caducidad.* Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2.002. Pág. 35 - 36

16 En tal sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 437 de fecha 28 de abril de 2009, señaló: "Lo que no puede suceder, porque es contrario a la Constitución,

Como se ha dicho, en la mayoría de los casos en los cuales la ley prevé un lapso de caducidad, se refiere al establecimiento de un plazo para que las partes ejerzan una pretensión de tipo "constitutiva" ante los órganos jurisdiccionales, derivada de un derecho potestativo concedido por la ley a algún sujeto, para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica, que en nuestra materia de estudio, se podrían resumir –generalmente- en las pretensiones de nulidad de los actos administrativos de remoción, destitución o retiro de funcionarios de carrera, o de nulidad de los actos que vulneren derechos subjetivos relativos a ingreso, evaluaciones, ascensos, traslados, sanciones disciplinarias, etc. Lapso de caducidad que conforme a la norma del artículo 94 LEFP es de tres (3) meses "*contado 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, como se ha planteado al inicio, la problemática orbita en la exigua redacción de la citada norma legal, que obviamente está referida a las pretensiones de anulación, es decir, concebida para regular el otrora "recurso contencioso de nulidad", y no a otro tipo de pretensiones que también pueden deducirse a través de la nueva figura: la querella. Ésta, bien puede dirigirse a la obtención de disímiles pretensiones, como por ejemplo el pago de obligaciones o derechos de crédito, o el simple reconocimiento de un derecho o situación jurídica. Así, se aprecia que la referida norma sólo hace referencia como punto de inicio de computo de la caducidad, a la ocurrencia de un *hecho* (lesivo, contra el cual se recurre) o la notificación del *acto* (cuya nulidad se pretende), sin que se verifique alusión alguna al vencimiento de la obligación cuyo pago se demande, a la mora del deudor, o a la forma de computo en caso

es que un funcionario que tenga derecho a la jubilación sea retirado de la Administración por una vía distinta. Como se expuso precedentemente, el derecho a la jubilación puede nacer antes de la aplicación de una sanción de destitución, caso en el cual la manera correcta de retiro no será la destitución, sino la jubilación, o posterior a la sanción, en caso de que la misma sea llevada al control de los tribunales contencioso-administrativos, y la medida de destitución se declare contraria a derecho y nulo el acto, como ocurrió en el caso del veredicto judicial que se sometió a revisión constitucional, en el que la Sala Político-Administrativa no reconoció la consecuencia jurídica que correspondía". (Subrayado nuestro).

de que se trate de pretensiones de exclusivo contenido patrimonial. Tampoco indica la norma de forma expresa que dicho lapso de caducidad aplica sólo para las acciones de nulidad, y precisamente de allí podrían surgir las dudas o generarse una errada interpretación respecto de su alcance y contenido.

De nuestra parte, entendemos que una simple interpretación gramatical obligaría a entender que la norma se refiere exclusivamente a las pretensiones de nulidad de actos administrativos o hechos "ciertos" que afecten los intereses legítimos de los funcionarios, pues es la existencia misma del acto o hecho, o su notificación, la circunstancia jurídica que producirá el interés procesal del legitimado y consecuentemente, el comienzo del lapso legal para interponer la respectiva querella. Por el contrario, si se trata de pretensiones de cobro de prestaciones sociales, de ajustes de pensiones de jubilación, o de indemnizaciones por accidentes o enfermedades profesionales, no existe en principio un "acto que impugnar", y existiría muy poca precisión o certeza sobre cual sería el "hecho" de la administración empleadora que generaría la mora y produzca el "*interés procesal*"¹⁷ para que el funcionario obre judicialmente su pretensión de cobro. Más aún, es posible que la propia administración reconozca la obligación o deuda, pero indique al funcionario que "*debe esperar la respectiva disposición presupuestaria*" -lo cual es muy común en nuestras administraciones- con lo que se habría interrumpido la prescripción del derecho de cobro, y no existiría en el funcionario la necesidad (interés) de acudir a demandar judicialmente el pago, por estarse tramitando "normalmente" su respecti-

17 El interés procesal se refiere a la necesidad del demandante "de solicitar del órgano jurisdiccional su intervención para que se le reconozca un derecho subjetivo, como único medio a su disposición para lograr la satisfacción de ese derecho". PESCI-FELTRI, Mario. *Cuestiones previas en el CPC, un análisis con vista de diez años de su aplicación en XXII Jornadas J.M Dominguez Escobar. Derecho Procesal Civil.* Pag. 205 - 206. Así mismo el máximo Tribunal ha entendido el interés, "como la necesidad de acudir al proceso como único medio legal de obtener el reconocimiento y satisfacción del derecho ventilado, o en palabras más concretas, la utilidad o el provecho que éste puede proporcionar a su titular". Sentencia del 7-2-1961 dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, citada por la Sala Político Administrativa de fecha 20 de enero de 2000. Compilación de Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia Oscar Pierre Tapia, Año 2000, Tomo 1, páginas 162 y 163.

va liquidación o pago de que se trate. Siendo la caducidad en este caso una especie de sanción por la no presentación oportuna de la demanda¹⁸, mal puede comenzar a correr dicho lapso, si no ha surgido en el sujeto de derecho la necesidad o interés (procesal) para presentar su pretensión ante el órgano judicial¹⁹.

Es por ello que regularmente las obligaciones patrimoniales se someten a lapsos de prescripción, susceptibles de interrupción y suspensión, mientras que las acciones de nulidad se someten a lapsos de caducidad, pues en las primeras existe una relación de crédito y no existe necesidad de demandar, salvo que se constate la mora del deudor y no se verifique la interrupción o suspensión de la prescripción, al tiempo que siendo los lapsos de prescripción generalmente más amplios que los de caducidad, puede prudencialmente esperarse la satisfacción directa y espontánea de la pretensión (el pago) por parte del deudor respectivo. Diferenciadamente, en las acciones de nulidad, existe un acto administrativo que goza de ejecutividad y presunción de legalidad, mismo que al lesionar los derechos del interesado, le conduce forzosamente a actuar judicialmente contra dicho acto como único medio capaz de satisfacer la pretensión (nulidad), so pena de que la no interposición oportuna de la demanda, implique que el referido acto alcance firmeza y consecuentemente no pueda ser impugnado por vía judicial²⁰.

En consonancia con lo expuesto, encontramos que la novel Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA) al

18 "Se entiende por *caducidad de la pretensión* la sanción que se le impone a un ciudadano, constituida por la omisión y el transcurso de un plazo dentro del cual la ley habilita a su titular para hacer valer una pretensión material por ante los órganos jurisdiccionales, verificándose con ello, una condición de inadmisibilidad por la cual la pretensión del actor carece de posibilidad jurídica por parte del Estado". (Cursivas de la cita, subrayado y negritas nuestros). ORTIZ-ORTIZ, Rafael. *Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos*. Editorial Frónesis,S.A. Caracas, 2004. p. 799.

19 En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional Español en sentencia No. 138/2005, del 26 de mayo. En <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia/Stc2005/STC2005-138.html> (consultado 2 de mayo 2009).

20 Salvo que se trate de actos de efectos generales, supuesto en el cual conforme al artículo 32 LOJCA podría demandarse en cualquier tiempo. Así mismo, conforme a la misma norma, constituye excepción a la caducidad de la revisión judicial del acto administrativo, los casos en que la ilegalidad sea planteada como defensa judicial, en los escasos supuestos en que la ejecución del acto administrativo se verifica a través de un proceso judicial.

reglar el tema de la caducidad, claramente define en su artículo 32 que ésta se aplica a las “acciones de nulidad”,²¹ disponiendo la misma norma la caducidad de las acciones contra las vías de hecho o contra abstenciones, pero en ningún caso para las demandas cuyo contenido es de naturaleza exclusivamente patrimonial. Por demás, ante la falta de precisión de la norma del artículo 94 LEFP, consideramos que en una interpretación sistemática de la legislación implicaría la concatenación de esta norma con la antes referida disposición de la LOJCA, que sí obra precisa en cuanto a que el lapso de caducidad es propio y aplicable a las acciones de nulidad, o a las que pretenden atacar un actuar concreto de la administración (vías de hecho), exclusión hecha de las demandas de contenido patrimonial, u otras que pretenden una condena (reclamos por servicios públicos, por ejemplo).

Añadidamente, si se entiende que la caducidad de alguna manera constituye una limitación legal del derecho de acción y a la tutela judicial efectiva²² de rango Constitucional (art. 26, 49 y 257),

21 Artículo 32 LOJCA.—Cáducidad. *Las acciones de nulidad caducarán conforme a las reglas siguientes:*

1. *En los casos de actos administrativos de efectos particulares, en el término de ciento ochenta días continuos, contados a partir de su notificación al interesado, o cuando la administración no haya decidido el correspondiente recurso administrativo en el lapso de noventa días hábiles, contados a partir de la fecha de su interposición. La ilegalidad del acto administrativo de efectos particulares podrá oponerse siempre por vía de excepción, salvo disposiciones especiales.*

2. *Cuando el acto impugnado sea de efectos temporales, el lapso será de treinta días continuos.*

3. *En los casos de vías de hecho y recurso por abstención, en el lapso de ciento ochenta días continuos, contados a partir de la materialización de aquellas o desde el momento en el cual la administración incurrió en la abstención, según sea el caso.*

Las acciones de nulidad contra los actos de efectos generales dictados por el Poder Público podrán intentarse en cualquier tiempo.

Las leyes especiales podrán establecer otros lapsos de caducidad". (Subrayado nuestro).

22 “*En efecto, la finalidad del lapso de caducidad es la materialización de la seguridad jurídica y el aseguramiento, de esa forma, de que tras el transcurso del lapso que preceptúa la ley, se extinga el derecho de toda persona al ejercicio de la acción que el ordenamiento jurídico le proporcione; ello para evitar que acciones judiciales puedan proponerse indefinidamente en el tiempo, lo cual, obviamente, incidiría negativamente en la seguridad jurídica.*

El lapso de caducidad, como lo denunció el recurrente, transcurre fatalmente y no es susceptible de interrupción, ni suspensión. Sin duda alguna, la caducidad es un lapso procesal y en relación con el carácter de éste, la Sala Constitucional se ha pronunciado y ha establecido que los lapsos procesales establecidos en las leyes y aplicados jurisdiccionalmente no son formalidades que puedan ser desaplicados con base en el artículo 257 de la Constitución...”. (Subrayado nuestro. Sentencia Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia No. 727 de fecha 08 de abril de 2003).

debe aceptarse que la interpretación que se verifique sobre la misma debe ser siempre de naturaleza restrictiva, mientras que por el contrario, los derechos a las prestaciones sociales o la seguridad social, son derechos constitucionales del funcionario de naturaleza "social" (arts. 87, 89 y 92 constitucionales), por lo que siempre debe propenderse a la interpretación que resulte más garantista. En tal sentido, si bien se comprende que por seguridad jurídica pueda establecerse un lapso de caducidad para determinadas pretensiones, el establecimiento de dicho lapso no puede convertirse en la negación práctica del derecho sustantivo objeto de la pretensión²³, menos aún si éste es de rango constitucional, de naturaleza social, y además, respecto del cual el mismo Constituyente ya ha dispuesto un plazo o lapso de prescripción, creado precisamente para regular el tiempo "suficiente" para el ejercicio coercitivo del derecho.

Cabe aquí destacar que la Constitución Nacional en sus disposiciones transitorias, ordenó incrementar el plazo de prescripción de las prestaciones sociales a diez (10) años²⁴, mientras que en la reforma de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOPCYMAT) de 2005²⁵, se amplió el lapso de prescripción para el reclamo de las indemnizaciones por accidentes o

23 En tal sentido el Tribunal Constitucional Español ha establecido: "Es doctrina reiterada de este Tribunal que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) es un derecho de configuración legal, un derecho de prestación que sólo puede ejercerse a través de los cauces que el legislador establece, el cual goza de un amplio margen de libertad en la definición y determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la jurisdicción para la defensa de derechos e intereses legítimos. En esta regulación el legislador podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental, pero sólo serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial, están enderezados a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida. En principio, pues, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE puede verse conculado por aquellas normas que impongan requisitos impeditivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador, y asimismo por la imposición de condiciones o consecuencias meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones o de los recursos legalmente establecidos". Sentencia citada en nota al pie de página No. 18.

24 Disposición transitoria Cuarta, No. 3. Constitucional. Este mandato constitucional ha sido recientemente acogido en el artículo 51 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras. Que dispone lapso de prescripción de 10 años para el cobro de las prestaciones sociales y de 5 años para los demás conceptos laborales.

25 Publicada en Gaceta Oficial Nº 38.236 de fecha 26 de Julio del 2005.

enfermedades profesionales a cinco (5) años²⁶, lo que deja en claro tanto la intención del constituyente como del mismo legislador de ampliar la garantía de satisfacción de estos derechos indemnizatorios (pagos), al permitir un plazo mucho más amplio para su ejercicio coercitivo, todo lo cual, sería abruptamente soslayado y violentado si se obvian estos plazos de prescripción, y se permite que por instituto de la caducidad se acorten y muten aquellos plazos para reducirlos al ínfimo lapso de tres (3) meses. Agreguemos que, por tratarse de un lapso de caducidad, implica la imposibilidad de interrupción, suspensión o renuncia, lo que bien puede acarrear como consecuencia la absoluta pérdida o extinción de los referidos derechos sociales de rango constitucional. La exigencia de un mínimo de coherencia del sistema jurídico, un mero sentido de justicia social y una interpretación concretizadora²⁷ de los valores y principios constitucionales, inscritos en el postulado de un Estado Social de Derecho y de Justicia, debe conllevar como única conclusión, que no puede someterse la pretensión de cobro de prestaciones sociales y otros derechos sociales a un brevísimo lapso de caducidad, que por demás resulta dudoso en cuanto a la forma en que debe computarse, y que colide groseramente con la naturaleza garantista de los derechos sometidos al conocimiento de la jurisdicción.

Si bien, no siempre existe claridad para delimitar cuándo un lapso estipulado por la ley es de caducidad o de prescripción, lo que si es cierto es que ambos conllevan a la extinción o pérdida del derecho, impidiendo su ejercicio o ejecución coactiva, por lo que cabe preguntarse: Existiendo un lapso de extinción del derecho por

26 Artículos 8 y 9.

27 "Teniendo en cuenta el método de interpretación llamado '*interpretación funcional o concretizadora*' de los valores y principios contenidos o enunciados en la parte sustantiva de la Constitución venezolana de 1999, los textos de sus normas que consagran derechos o garantías, para darles normatividad, han de interpretarse axiológicamente en beneficio del ciudadano y no a favor del Estado, de modo tal que la parte sustantiva no se sacrifique a favor de su parte organizativa. En otras palabras, se trata de un método de interpretación '*pro ciudadano*', propugnamos que tiene apoyo en el Preámbulo de la Constitución y, en sus artículos 2º y 3º, en concordancia son(sic) sus artículos 7º, 19, 22, 23, 334 y 335, respectivamente" (Cursivas de la cita. Subrayado nuestro. DUQUE CORREDOR, Román. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público. Legislación Económica*, C.A.. Bogotá, 2008. p. 120.

el transcurso del tiempo (prescripción) para el cobro de las prestaciones sociales, dispuesto y ampliado por el propio constituyente (10 años); ¿puede lícitamente el legislador someter ese derecho a su extinción por las mismas razones, a un ínfimo plazo de caducidad tres (3) meses? Agréguese a esta interrogante, que el plazo dispuesto por el constituyente es susceptible de interrupción, suspensión y renuncia, mientras que el impuesto por el legislador es fatal. La Constitución no sólo consagra el derecho a las prestaciones sociales, sino que estipuló su protección disponiendo y ampliando el lapso para su prescripción (antes dispuesto por el legislador laboral en 1 año), por lo que no está dado al legislador disminuir tal protección, ni siquiera bajo el subterfugio de la caducidad, pues en tal supuesto, ésta devendría en negatoria del derecho y daría lugar a su desaplicación por inconstitucionalidad.

En este sentido, resaltamos que a pesar de que se consideran los lapsos legales de caducidad como de orden público, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, cuando menos en sendas oportunidades, ha desaplicado dichos lapsos en protección de principios y garantías constitucionales (interés superior del niño y derecho de investigación e inquisición de paternidad), lo que implica la ponderación entre la seguridad jurídica que viene a procurar la caducidad y la protección efectiva de determinados principios y garantías de rango constitucional²⁸.

Adicionalmente, y en abundamiento de la interpretación lógico-sistemática que venimos verificando, observamos que las normas de los artículos 92, 94 y 95 LEFP, no sólo hacen alusión a los "recursos" y acciones contra actos administrativos, sino que adicionalmente hacen referencia expresa a la circunstancias de que de dichos reclamos estén vinculados a dicha ley especial -Estatuto-, concretado en el uso de las expresiones: "*en ejecución de esta Ley*"; "*todo recurso con fundamento en esta Ley*"; "*las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de la presente Ley*". Vale decir, que

28 Ver sentencias: No. 1644 de fecha 03 de septiembre de 2001 y No. 1074 de fecha 1º de julio de 2011.

las normas parecen estar, en principio y especialmente dirigidas a los procesos o reclamos de origen “estatutario” que por mandato constitucional se circumscribe a las normas “*sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios*”²⁹, lo que permite considerar que otras normas, derechos e instituciones de carácter laboral o social que benefician o regulan la relación de empleo funcional, si bien quedan sometidos a la competencia contencioso administrativa (funcional) y a los trámites de este especial proceso judicial, también pueden y deben ser interpretadas y aplicadas, en consonancia con las instituciones, garantías y principios que son inherentes a su propia naturaleza jurídica, incluidos los relativos a su vigencia o extinción y los que los regulan en el orden procesal³⁰.

En conclusión, en aplicación de las disposiciones de los artículos 6º de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadoras y las Trabajadoras y 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que atribuyen a la legislación laboral la regulación de los derechos de los funcionarios públicos (distintos de los aspectos Estatutarios enunciados constitucionalmente), y en atención a la naturaleza jurídico laboral (social) de las pretensiones que se ejercitan, consideramos que el **derecho de cobro de prestaciones sociales u otros derechos laborales pecuniarios de los funcionarios públicos**, están sometidos al lapso de prescripción previsto en el artículo 51 de la LOTT³¹, en tanto el derecho al cobro de indemnizaciones por accidentes o enfermedades profesionales, estará sometido al lapso de prescripción de 5 años, previsto en el artículo 9 de la Ley Orgánica de Prevención Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo, sin que pueda aplicarse a este tipo de pretensiones, lapso de caducidad alguno, pues su ejercicio no implica un “recurso” ni una acción de nulidad contra

29 Artículo 144 Constitucional.

30 Como parece proponerlo la Sala Constitucional en sentencia que se analiza *infra*.

31 Artículo 51 LOTT: “Las acciones provenientes de los reclamos por prestaciones sociales prescribirán al cumplirse diez años contados desde la fecha de terminación de la prestación de los servicios de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. El resto de las acciones provenientes de la relación de trabajo prescribirán al cumplirse cinco años, contados a partir de la fecha de terminación de la prestación de los servicios. En los casos de accidente de trabajo o de enfermedad ocupacional, el lapso de prescripción de cinco años se aplicará conforme a lo establecido en la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo”.

un acto del ente administrativo que funge como empleador, sino una acción de tipo patrimonial para el cobro de derechos de rango legal y constitucional, regidos además por la legislación laboral ordinaria y no por la Ley del Estatuto de la Función Pública, conforme lo prevé el artículo 144 Constitucional, y los ya mencionados, 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y 6º de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores.

Desarrollo jurisprudencial del tratamiento de la Caducidad de las pretensiones de cobro de prestaciones sociales.

Según referimos en el planteamiento del tema, han sido variadas, disímiles y vacilantes, las posiciones que han adoptado los órganos jurisdiccionales en el tratamiento de este tema, lo que obliga su revisión y análisis a los fines de exaltar los aspectos que consideramos más relevantes en miras a los avances y cambios que de seguro se producirán en el futuro. Principales criterios³²:

1º) Aplicación de lapso de caducidad de un (1) año.

En sentencia No. 2003-2158 de fecha 9 de julio de 2003, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, estableció el lapso de caducidad de un (1) año para el ejercicio de las acciones por cobro de prestaciones sociales de los funcionarios públicos, en decisión que se cita en extenso, para su análisis y comentarios:

"Por su parte, el a quo declaró la caducidad de la pretensión, al considerar que desde el 30 de agosto de 2000, fecha en que fue retirado el querellante del cargo que desempeñaba, hasta el día 19 de junio de 2002, fecha en que se interpone la querella, "(...) el citado lapso de seis (6) meses ya había transcurrido ampliamente".

Al respecto, esta Corte se ha pronunciado en sentencia N° 02-2509 de fecha 19 de septiembre de 2002, estableciendo que:

32 Las decisiones que se analizan a continuación no son las únicas referidas al tema, por lo que hemos citado las que consideramos más ilustrativas de cada criterio.

'Conforme a la norma contenida en el artículo 92 de la Constitución vigente, las prestaciones sociales son un derecho social que le corresponden a todo trabajador, sin distingo alguno, al ser retirado o removido del servicio activo cuya mora en el cobro genera intereses. Cualquier acto o conducta que signifique una negación para cancelarlas es inconstitucional, pues es un derecho consagrado en nuestra Carta Magna.'

'Por otra parte, se observa, respecto a la caducidad de la acción relacionada con la materia de jubilación, esta Corte, en fecha 27 de septiembre de 2000, caso: Clara García Peña Vs. Cámara Municipal de la Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Federal, Exp. 00-23370, sostuvo lo siguiente: De lo anterior se observa que la jubilación constituye una cuestión de previsión social con rango constitucional, desarrollada por la legislación y normativa venezolana, que constituye un beneficio y derecho del funcionario a vivir una vida digna en razón de los años de trabajo y servicios prestados y que por lo tanto la Administración está en la obligación de garantizar, reconocer, tramitar y otorgar sin que para ello existan lapsos de caducidad de las acciones que se intenten en virtud de tal derecho, por lo que resulta imposible admitir que los recursos o acciones que se intenten contra una omisión de la administración ante una solicitud de jubilación, resulten caducos, ya que se estaría lesionando el derecho constitucional a la seguridad social del funcionario que resulta acreedor de este beneficio.'

"Ahora bien, con base en la sentencia parcialmente transcrita, esta Corte considera que dicho criterio debe ser extendido en los casos de las querellas que tengan por objeto el pago de prestaciones sociales, pues dicho pago constituye un derecho subjetivo irrenunciable adquirido por el trabajador o funcionario, que no es de naturaleza indemnizatoria -como los sueldos dejados de percibir-, sino un derecho que le corresponde al empleado al cesar la prestación de servicio, este derecho se traduce además, en el pago de la antigüedad como recompensa por su labor, siendo de naturaleza crediticia -deudas pecuniarias- de exigibilidad inmediata, cuya mora en el pago genera intereses."

"En efecto, cuando se rompe el vínculo funcional con la Administración, emerge la obligación para la Administración de hacer efectivo el pago de las prestaciones sociales, derecho que se engloba dentro de los derechos sociales que tiene el funcionario público como recompensa al trabajo por los servicios prestados a la Administración."

"La obligación estriba en cancelar las prestaciones sociales –derecho irrenunciable–, que por un lapso de caducidad no puede ni debe menoscabarse su cumplimiento por parte de la Administración, pues dicha obligación se encuentra vinculada a un derecho también sustentado este derecho adquirido en razones jurídicas, éticas, sociales y económicas."

"Dicho pago se encuentra sujeto a la norma constitucional prevista en el artículo 92 de la Constitución y forma parte de un sistema integral de justicia social que no puede sufrir fisura por una interpretación rígida del artículo 82 de la Ley de Carrera Administrativa. Es así, como se hace imprescindible una interpretación más flexible y en verdadera sintonía con nuestra Carta Magna, que prevé la obligación de proporcionar una "tutela judicial efectiva", la cual no sería posible con la existencia de lapsos de caducidad que afecten derechos constitucionales de los trabajadores, funcionarios o empleados, sin distinción alguna."

Con la motivación contenida en el fallo antes citado, se puso en evidencia la desigualdad existente entre los funcionarios públicos y los trabajadores regidos por la Ley Orgánica del Trabajo, respecto al acceso a la jurisdicción para el reclamo de sus prestaciones sociales, donde para los primeros, a pesar de ser un derecho que les corresponde a ambas categorías de trabajadores por igual, la Ley de Carrera Administrativa establecía un lapso de caducidad de seis (6) meses, mientras que para los segundos se prevé un lapso de prescripción de un (1) año. Esta situación genera no solo una diferencia injustificada en el ejercicio del derecho que tiene todo ciudadano, conforme a lo dispuesto en el artículo 26 de nuestra Carta Magna, de acceder a los órganos de adminis-

tracción de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, sino que además atenta contra el principio de igualdad contemplado en el artículo 21 *eiusdem*, según el cual se prohíbe cualquier tipo de discriminación que tenga por objeto menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Es así como esta Corte consideró en la sentencia supra transcrita que, de la interpretación del artículo 92 constitucional, los funcionarios públicos no podían ver disminuido su derecho al cobro de las prestaciones sociales por la aplicación estricta e inflexible del lapso de caducidad consagrado en el artículo 82 de la Ley de Carrera Administrativa.

Ahora bien, la Ley de Carrera Administrativa. (Art. 82) y la Ley Orgánica del Trabajo (Art. 61), prevén diferentes institutos de extinción de la acción y los derechos, a los efectos, en este caso, del ejercicio de la acción para el cobro de prestaciones sociales, pues la primera consagra un lapso de "caducidad" y la segunda uno de "Prescripción".

En este sentido, ya esta Corte en sentencia de fecha 30 de abril de 2002, caso: JORGE BAHACHILLE contra el TRIBUNAL DISCIPLINARIO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DEL DISTRITO FEDERAL (hoy Distrito Capital) y el COLEGIO DE ABOGADOS DE VENEZUELA, se pronunció precisando las diferencias entre los lapsos de prescripción y de caducidad y como prevalece de esta última en el contencioso administrativo, determinándose en dicho fallo que:

"Así, a grandes rasgos, y a fin de recalcar la diferencia entre estos lapsos, debe señalarse que la prescripción puede suspenderse, interrumpirse y renunciarse si es extintiva; por su parte, la caducidad es un lapso que no puede suspenderse, corre fatalmente y, por tanto, no puede interrumpirse y, además, no puede renunciarse, pues una vez que ha transcurrido el tiempo, automáticamente genera todos sus efectos."

"Conforme a ello, conviene advertir que en el contencioso administrativo predominan los lapsos de caducidad y no de prescripción, como se puede constatar del examen de las acciones que son incoadas ante esta jurisdicción, es pues que, no existe una regulación en las normas contencioso administrativas referidas a la prescripción (...)".

En este orden de ideas, no se puede dejar de observar como el constituyente, en la redacción del punto 3º de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, dispuso que la Asamblea Nacional, dentro del primer año contado a partir de su instalación, debía aprobar una reforma de la Ley Orgánica del Trabajo en la que se establezca un lapso de prescripción de diez (10) años para el derecho al cobro de prestaciones sociales, derecho este que, según lo consagra el artículo 92 eiusdem, le corresponde a todos los trabajadores y trabajadoras como recompensa a la antigüedad en el servicio y amparo en caso de cesantía, sin que ésta norma haya hecho distinción alguna entre los trabajadores que prestan sus servicios a la empresa privada y los funcionarios que trabajan al servicio de la Administración Pública.

De igual forma, (sic)punto 3º de la Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, dispuso que, mientras no entre en vigencia la reforma de la ley seguirá aplicándose de forma transitoria el régimen de la prestación de antigüedad establecido en la Ley Orgánica del Trabajo vigente.

Lo anterior pone de manifiesto que nuestro constituyente ha pretendido, en materia del derecho a prestaciones sociales de los trabajadores, lograr la consagración de un trato igualitario que permita, conforme al régimen previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, que todos los trabajadores y trabajadoras puedan disfrutar del referido derecho sin ningún tipo de discriminación, tal como se desprende del contenido del artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual a texto expreso dispone:

"Artículo 28. Los funcionarios y funcionarias públicos gozarán de los mismos beneficios contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en lo atinente a la prestación de antigüedad y condiciones para su percepción."

Ello así, y en respeto al principio constitucional de igualdad, debe dispensársele a los funcionarios públicos el mismo trato que, para el reclamo de las prestaciones sociales, la legislación laboral otorga a los trabajadores regidos por la Ley Orgánica del Trabajo. De esta manera, el lapso de seis (6) meses establecido en la Ley de Carrera Administrativa (hoy día dicho lapso es de tres meses, según lo establece el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública), debe ceder ante el lapso más favorable de un (1) año consagrado en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo, aplicable los funcionarios públicos por mandato del artículo 8 eiusdem.

En este orden de ideas, importa destacar que si bien el propio artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo limita el disfrute de los beneficios consagrados en dicho texto normativo, a todo aquello no relacionado con el ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional, siendo el último aspecto resaltado el que pudiera estar afectado en el presente caso, de igual forma la aplicación de la Ley Orgánica del Trabajo se impone, por tratarse de la garantía de derechos constitucionales como son la no discriminación (Art. 21), y el derecho al acceso a los órganos de justicia y a la tutela judicial efectiva (Art. 26), los cuales se ven menoscabados al pretender imponerse una discriminación en el ejercicio de la acción de reclamo de prestaciones sociales en el caso de los funcionarios públicos.

Ahora bien, la extensión del lapso consagrado en la Ley de Carrera Administrativa para la interposición del reclamo de las prestaciones sociales, resultante de su equiparación con el lapso previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, no implica la modificación de la naturaleza de dicho lapso, en el sentido de cambiar el lapso

de “caducidad” por el de “prescripción”, ya que se trata de dos instituciones procesales perfectamente válidas que el legislador ha utilizado en ambos casos de manera coherente, pues, como bien se señaló anteriormente, a diferencia de lo que ocurre en el régimen consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo, en el régimen de derecho público predominan los lapsos de caducidad y no de prescripción.

Conforme a las consideraciones antes hechas, observa esta Corte que el querellante fue retirado de la Administración Pública Municipal en fecha 30 de agosto de 2000, no siendo hasta el 19 de junio de 2002 cuando interpone formal querella reclamando unas diferencias en el pago de sus prestaciones sociales, habiendo previamente realizado dos (2) reclamos directamente ante el ente querellado en fechas 16 de mayo de 2001 y 19 de diciembre de 2001". (Subrayado y negritas nuestras. (Negritas y subrayado nuestro). Sentencia CPCA No. 2003-2158 de fecha 9 de julio de 2003.)

Consideramos que fue acertada la protección del derecho de los funcionarios a través de esta decisión, en cuanto se aplicó una norma y plazo más favorable, tal y como obligan los principios generales que rigen el derecho del trabajo, y lo más importante, se propendió a la equiparación de tratamiento procesal respecto de aspectos estrictamente laborales indistintamente de que se trate de trabajadores o funcionarios³³. No obstante, creemos que la motivación de la Corte se inclinó más al aspecto social que al aspecto estrictamente jurídico, que hubiere llevado a una conclusión similar, pero de mayor precisión técnica. Señalamos esto, en tanto la Corte claramente determinó que en el contencioso administrativo "predominan" los lapsos de caducidad, y estableció igualmente la naturaleza crediti-

33 Cabe referir que en España, la novel Ley reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) dispone competencia a dicha jurisdicción social para conocer de asuntos sociales (higiene y seguridad en el trabajo y las respectivas reclamaciones por infortunios) incluso en casos entre los funcionarios públicos y las administraciones empleadoras. Dándose igual tratamiento procesal, indistintamente del carácter estatutario de la relación. Par el tema: *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. Directores: BLASCO PELLICER, Ángel y GOERLICH PESET, José María. Tirant lo blanch, Valencia, 2012.

cia de la obligación de pago de las prestaciones sociales, lo cual era suficiente para determinar que debía aplicarse el lapso de prescripción y no el de caducidad, más aún, cuando en la misma sentencia se cita otra en la cual se determinó la no aplicación de este instituto (caducidad) para el cobro de otros derechos laborales (jubilación).

La Corte aplicó el lapso de un (1) año previsto en la Ley Orgánica del Trabajo (vigente para ese entonces), pero erradamente lo calificó como un lapso de "caducidad", lo que constituye un exceso en su potestad jurisdiccional, al "legislar" a través de la creación o invención de un lapso de caducidad no previsto por la ley, y que al mismo tiempo, conformaba otra desigualdad entre los funcionarios públicos y los trabajadores ordinarios, limitando el ejercicio del derecho de cobro de aquellos, a la rigidez de un lapso de caducidad, en contraposición al de prescripción aplicable a los demás trabajadores, el cual es susceptible de interrupción, suspensión y renuncia por parte del obligado. Esta diferencia y desigualdad no es sólo jurídica sino fundamentalmente práctica, pues ante el conocido retardo de la administración pública en el pago de los compromisos laborales, bastaría para interrumpir la prescripción las gestiones de cobro que por escrito presente el ex funcionario, o las comunicaciones emitidas por el ente informando del trámite de los pagos, empero si se entiende que el lapso es de caducidad, se vería forzado el ex funcionario a presentar su demanda de cobro antes del vencimiento del plazo de un año, indistintamente de que tenga la creencia de que el pago ya se está tramitando, ello, ante la posibilidad de inminente caducidad y posible pérdida de su derecho a reclamar.

2º) Lapso de caducidad de 3 meses.

Posteriormente, en Sentencia No. 2006-463, de fecha 24 de febrero de 2006 (asunto No. AB41-R-2005-000004), la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, estableció un nuevo criterio, determinado que el lapso aplicable, sería el de caducidad (3 meses)

previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. En tal sentido indica la sentencia:

“Igualmente, advierte esta Corte que los apoderados de la parte apelante en su escrito, afirmaron que el lapso a tomar en cuenta para el pago por diferencias en las prestaciones sociales es de un (01) año, criterio éste que no comparte esta Alzada. Con respecto a ello resulta pertinente citar lo dispuesto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública:

“Todo recurso con fundamento en esta Ley sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres 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.”

Del artículo transrito, se desprende que toda acción intentada deberá ser interpuesta ante los órganos jurisdiccionales en el lapso que establece la Ley por la cual se rige, aplicable al caso concreto en virtud de la evidente relación jurídico administrativa funcionarial que vinculaba a la querellante con la Gobernación del estado Táchira y que establece un lapso de tres (03) meses para incoar la querella a partir del día en que se produce el hecho que da lugar al recurso, artículo aplicable a las reclamaciones de diferencias en las prestaciones sociales”. (Subrayado nuestro).

En la referida decisión se verificó un cambio de criterio, pero sin hacer alusión al anterior, limitándose el fallo a citar la norma legal aplicada luego de invocar una sentencia de la Sala Constitucional, en la cual se destaca que los lapsos de caducidad son de orden público. Este criterio se reiteró por la misma Corte en decisión de fecha 20 de marzo de 2006. Igualmente la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 08 de marzo de 2006 (expediente No. AP42-R-2003-003778), acogió el mismo criterio, aplicando para las acciones por cobro de diferencias de prestaciones sociales, el lapso de caducidad previsto en la ley especial³⁴.

34 En esta decisión la Corte Segunda aplicó el plazo de caducidad de seis (6) meses, estableció en la derogada Ley de Carrera Administrativa, aplicable al caso concreto por ser la vigente al tiempo de interposición de la querella.

3º) Lapso de prescripción de 1 año.

No obstante las decisiones anteriores, pocos días después, la misma Corte Primera en sentencia No. 2006-993, en sentencia de fecha 28 de marzo de 2006 (expediente No. AP42-R-2003-002207), adoptó un nuevo criterio, según el cual estableció:

"Ahora bien, existiendo una exigencia constitucional de sancionar un nuevo régimen legal de prestaciones sociales, en donde se extienda el lapso de prescripción del derecho al cobro de las mismas, del cual se beneficiarían los funcionarios públicos llegada la oportunidad legal, en virtud de la integración del derecho laboral a la materia funcional en materia de prestaciones sociales, tal como ha quedado expuesto, estima esta Corte que cuando el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece que todo recurso con fundamento en la misma sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres (3) 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 beneficiado del acto, se está refiriendo a los recursos contenciosos administrativos contra actos de efectos particulares que decidan o resuelvan alguna situación funcional u otras reclamaciones relacionadas con materias específicas contempladas en el artículo 1º de dicha Ley, es decir, -a título enunciativo- las relativas a: ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional.

Por tanto, la materia de prestaciones sociales en el caso de los funcionarios públicos, concretamente la antigüedad, como derecho adquirido, por remisión expresa del artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en cuanto a condiciones y percepción -se insiste- está integrada a las normas que sobre la materia dicta la Ley Orgánica del Trabajo.

En este contexto, se advierte que la delimitación entre una u otra acción, vendrá dada por la naturaleza del derecho protegido (*causa petendi*) y por el marco legal regulatorio aplicable: en el primer

supuesto, tratándose de recursos en materia contenciosa administrativa, cuyo objeto como se apuntó anteriormente sea la anulación total o parcial de un acto administrativo de efectos particulares relativo a ingreso, ascenso, traslado, retiro o remoción, entre otras, el lapso para impugnarlos será el de tres (03) meses (caducidad) previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública; en tanto que, en el segundo supuesto, tratándose de un derecho de crédito, de una acreencia que tiene el funcionario contra la Administración, más concretamente contra el Estado; el cual le es reconocido constitucionalmente como precisamente son las prestaciones sociales, -créditos laborales de exigibilidad inmediata-, se debe aplicar lo previsto en los artículos 8 y 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, en concordancia con el 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por tanto, el lapso aplicable para el ejercicio de las acciones tendentes a hacer efectivo este derecho de crédito, -prestaciones sociales o su diferencia-, será el de un (01) año -prescripción extintiva o liberatoria-, previsto en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo; ello como consecuencia de la integración del derecho del trabajo al régimen funcional, en esa materia específica.

(...)

Con base en lo expuesto y en las sentencias parcialmente transcritas, aprecia esta Corte que resulta improcedente por parte del a quo afirmar que el tiempo concedido para intentar las respectivas reclamaciones de los funcionarios contra los entes públicos es un lapso de caducidad, cuando, tal y como se ha explicado, lo procedente es aplicar la prescripción contenida en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Trabajo" (Negritas y subrayado nuestro).

El contenido de esta decisión resulta plenamente ajustado a la naturaleza jurídica de los asuntos resueltos, dejando claro que el cobro de derechos de créditos de tipo laboral en caso de funcionarios públicos, está sometido al régimen de prescripción previsto en la Ley Orgánica del Trabajo y no al lapso de caducidad previsto en el

Estatuto Funcionarial, el cual aplica para acciones (recursos) en contra de actos administrativos que afecten los derechos subjetivos de los funcionarios, incluidos los relativos a ingreso, ascenso, traslado, remoción, retiro y destitución, pero no al cobro de derechos de créditos o indemnizaciones, tales como, cobro de diferencias de prestaciones sociales, indemnizaciones por accidentes o enfermedades profesionales, o pago de pensiones por jubilación, todos los cuales como se ha desarrollado en este trabajo, no están sujetos a lapsos de caducidad, sino a la prescripción (crediticia) que las respectivas leyes o el derecho común consagran.

5º) Criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Conforme a sentencia No. 1643 de fecha 03 de octubre de 2006, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, conociendo de una acción de amparo constitucional ejercida contra sentencia del 20 de marzo de 2006, adoptó y confirmó el criterio conforme al cual se debe aplicar a las demandas de cobro de diferencias de prestaciones sociales el lapso de caducidad de 3 meses previsto en el artículo 94 LEFP. Nótese como dato curioso que para el momento en que la Sala Constitucional ratificó este criterio de la Corte Primera (03 de octubre de 2006), ya dicha Corte lo había abandonado, disponiendo la aplicación del lapso de prescripción, conforme a la referida decisión del 28 de marzo. En esta sentencia (1643), la Sala Constitucional determinó:

"El artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, dispone que:

"Todo recurso con fundamento en esta ley sólo podrá ser ejercido válidamente dentro de un lapso de tres meses contado 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".

Del artículo transrito se desprende que toda acción intentada con fundamento en la Ley del Estatuto de la Función Pública de-

berá ser interpuesta ante los órganos jurisdiccionales en el lapso que allí se establece, aplicable en los casos, donde exista una relación jurídico administrativa funcional que vincule a la parte con el órgano administrativo respectivo. Dicho artículo establece un lapso de tres meses para incoar la querella a partir del día en que se produce el hecho que da lugar al recurso.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia han reiterado de manera pacífica, que la disposición antes transcrita, establece un lapso de caducidad, lo cual indica, necesariamente, que estamos en presencia de un término que no admite paralización, detención, interrupción ni suspensión, sino que el mismo transcurre fatalmente, y su vencimiento ocasiona la extinción del derecho que se pretende hacer valer, por ende, la acción ha de ser interpuesta antes de su vencimiento.

Así pues, se fija un término para el ejercicio de la acción, con el propósito de dar estabilidad al acto administrativo no impugnado dentro de ese término, y afianzar la seguridad jurídica tanto de las partes como de la propia Administración.

Asimismo, debe indicarse que en materia contencioso-funcional, cuando el trabajador considera que la actuación de la Administración Pública lesiona sus derechos o intereses, puede proponer la acción ante el respectivo órgano jurisdiccional; acción ésta que, por tratarse de una materia especial, se le denomina querella. La interposición de esta querella es motivada por un “hecho” -que no necesariamente consiste en la emanación de un acto administrativo-, que posiblemente perjudica la esfera jurídica del funcionario.

Este “hecho” que ocasiona o motiva la interposición de la querella es el que debe tomarse en cuenta a los efectos del cómputo del lapso de caducidad, al cual hace referencia el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

(...)

Asimismo, debe indicarse que si bien el derecho al trabajo, puede señalarse sin duda alguna como un “derecho fundamental”, y

que además todo lo que se desprenda y desarrolle de tal derecho (como las prestaciones sociales por ejemplo), debe ser respetado y garantizado por los operadores de justicia tal como lo ordena el artículo 19 de la Carta Fundamental; dicho derecho por ser tal, no puede interpretarse como absoluto y no sometido a límite alguno, estableciendo la inexistencia de lapsos para los reclamos en razón de ellos o aplicando lapsos consagrados en otras disposiciones normativas ajenas a la especialidad de la materia y a la ley respectiva, ya que los lapsos procesales son materia de orden público; y ello supondría una violación al principio de legalidad y especialización –funcionario público-, que podría derivar en una situación de anarquía jurídica". (Subrayado nuestro)

En esta decisión, posiblemente de carácter vinculante³⁵, la Sala Constitucional basó su conclusión exclusivamente en la interpretación gramatical de la norma del artículo 94 LEFP, y en la circunstancia que se trataba de un proceso "funcionarial", soslayando la apreciación sobre el contenido sustancial (constitucional y social) de los derechos pretendidos, y sin reparar en el carácter patrimonial y no anulatorio de la pretensión, que fue precisamente el argumento de los accionantes en amparo constitucional. Contradicitoriamente y aún cuando se argumenta que se aplica dicho lapso para evitar una situación de "anarquía jurídica", se observa que bajo la noción de "especialidad" del derecho funcionarial, se creó una marcada desigualdad entre la protección de las prestaciones sociales de los trabajadores ordinarios, sometida a prescripción anual (y por mandato constitucional, decenal) y la de los funcionarios públicos, ahora sometida a lapso de caducidad de 3 meses.

Posteriormente, en el mismo año 2006 (Sent. No. 2325, del 14 de diciembre), la Sala Constitucional, reiteró el anterior criterio, pero esta vez, profundizando en el aspecto social de los derechos y en el tema de su garantía procesal, indicando:

35 Manifestamos duda sobre el carácter vinculante de esta decisión y otras que se han pronunciado sobre el tema, en tanto no se refieren a la interpretación directa de una norma o principio constitucional ni del denominado "bloque constitucional", por lo que parecieran no encuadrar en el supuesto fáctico referido en la norma del artículo 335 CRBV. Para el tema ver: ESCOVAR LEÓN, Ramón. *El Precedente y la Interpretación Constitucional*". Editorial Sherwood. Caracas, 2.005.

"En efecto, estima la Sala que la regulación material de la prestación de antigüedad en cuanto derecho de los funcionarios públicos, como beneficio y las condiciones de su prestación, debe ajustarse a lo prescrito en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a la Ley Orgánica del Trabajo y a su Reglamento, ello por expresa remisión del artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública. Sin embargo, en lo atinente a la regulación procesal que debe aplicarse para el reclamo en sede judicial de las cantidades adeudadas por este concepto, así como de los intereses que surgen por la mora en su pago (ex artículo 92 constitucional), la incoación de estas demandas debe ajustarse a las prescripciones contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, pues dicha remisión normativa se efectúa sólo en lo relativo a la regulación material de ese derecho, como así lo expresa incluso la propia ley laboral (ex Parágrafo Sexto del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo).

Ello significa que el operador jurídico deberá atender a los aspectos sustantivos de tal derecho adquirido (base de cálculo, acreditación, tasa de interés aplicable y supuestos de anticipo) en las estipulaciones que consagre el Legislador Laboral sobre la materia, a los fines de revisar la procedencia o improcedencia de aquellas pretensiones que contengan un reclamo de esta naturaleza, sin embargo, ello no comporta la ampliación de los aspectos procedimentales de la Ley Orgánica del Trabajo a los procesos que ventilen controversias surgidas de una relación de empleo público puesto que ello supondría una alteración, por parte del Juez Contencioso Administrativo, de las normas procesales especiales aplicables al proceso contencioso administrativo funcional -consagradas en la Ley del Estatuto de la Función Pública-, la creación de una desigualdad procesal entre funcionarios públicos fundada en el contenido de la pretensión mas no en la naturaleza de la relación jurídica previa que subyace en este tipo de conflictos, de contenido estatutario, además de crear una situación de inseguridad jurídica de los usuarios del servicio de justicia ante la confrontación de la ley con los criterios jurisprudenciales adoptados sobre tal aspecto.

La Sala considera que la estabilidad de las normas ordenadoras del proceso, vinculada con la especialidad de cada uno de los regímenes procesales establecidos en razón del bien jurídico tutelado por cada materia (constitucional, contencioso-administrativa, militar, civil, penal, laboral, tributario, etc.) forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva postulado por el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como del carácter instrumental del proceso en procura de la justicia predicado por el artículo 257 *eiusdem*, pues ello presupone el conocimiento previo de aquellas reglas procesales y sus correlativas garantías -p.ej. competencia del órgano y garantía del juez natural, derecho a la prueba y establecimiento del lapso probatorio- que operan para que el ciudadano canalice adecuadamente sus pretensiones ante la jurisdicción bajo formas certeras, en procura de obtener la tutela o el reconocimiento de sus derechos de forma expedita y eficaz. Por tanto, la modificación de estas reglas debe obedecer, en virtud del principio de legalidad procesal, a la voluntad legislativa y no a las modificaciones que hagan los jueces de instancia por apreciaciones particulares que prescinden, incluso, de la técnica de control difuso de la constitucionalidad -ex segredo aparte del artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil-.

En esa línea argumentativa, la Sala considera que sólo le es dado al legislador la modificación de los lapsos procesales para el ejercicio de la acción contencioso funcional, bien mediante una reforma de la legislación funcional en este aspecto concreto bien porque, en atención al mandato efectuado por el Constituyente en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 3, del Texto Fundamental, el legislador laboral extienda expresamente a los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública nacional, estadal o municipal la regulación material y procesal del derecho a las prestaciones sociales tutelado por el artículo 92 constitucional". (Subrayado nuestro).

Puede criticarse esta decisión, especialmente, porque se pretexto del contenido "estatutario" de la relación, negó la aplicación de las normas procesales de naturaleza laboral o social, lo que ostensiblemente implica una extrapolación de los alcances del "estatuto" como legislación reguladora de la relación de empleo público, posiblemente haciendo eco del afanoso empeño de la doctrina administrativa, de dar preponderancia al carácter público de la relación funcionarial por encima del carácter social que también le es propio y connatural. Como se ha referido antes, la Constitución Nacional en su artículo 144 dispone la creación del Estatuto de la Función Pública, estableciendo lacónicamente los aspectos a ser regidos por vía estatutaria, repetimos: "*sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios*", por lo que, los demás aspectos propios de la relación de trabajo que vinculan a los funcionarios y sus empleadores, quedan bajo la regulación de las normas constitucionales³⁶, internacionales (tratados), legales y reglamentarias que rigen toda prestación de servicios personales por cuenta ajena, bajo relación de subordinación y que son propios del trabajo como "hecho social"³⁷, sin que la existencia del Estatuto justifique un trato desigual para los funcionarios, respecto de derechos que no están sometidos o no son propios del régimen estatutario, como es el caso de las prestaciones sociales, y también de los reclamos de indemnizaciones por accidentes o enfermedades profesionales, entre otros³⁸.

36 El texto constitucional, garantiza por igual, la seguridad social (art. 86); las prestaciones sociales (art. 92); un salario suficiente e inembargable (art. 91); condiciones de higiene y seguridad en el trabajo (art. 87); el carácter progresivo e irrenunciable de los derechos laborales, principio de favor, *e indubio pro operario* (art. 89), el derecho a la sindicación (art. 95); a la contratación colectiva (art. 96) y a la huelga (art. 97), entre otros.

37 Artículo 89 Constitucional.

38 Mientras la doctrina administrativa nacional habla casi con escepticismo sobre la laboralización de la función pública, por el contrario, en otras latitudes se entiende abiertamente que los funcionarios son "trabajadores", con la característica de estar regulada la relación de empleo por el Estatuto en relación a determinados y puntuales aspectos que le son propios, especialmente las garantías y derechos inherentes a la carrera, el régimen disciplinario, el servicio público y la relación de sujeción especial que vincula al funcionario con la administración. Al respecto: **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**. *Derecho de la Función Pública*. Sexta edición. Editorial Tecnos, Madrid, 2011. Para la posición de la Doctrina Nacional: **DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio**. *Derecho de la Función Pública. La Experiencia Venezolana*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, Venezuela, 2004; **CABALLERO ORTIZ, Jesús**. *Incidencias del Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991; **UROSA MAGGI, Daniela**.

No obstante la precedente crítica, observamos que en esta decisión, si bien no se atendió el aspecto relacionado a la disímil naturaleza procesal de las pretensiones (constitutivas y de condena), sí se abordó el tema de la ponderación de los intereses e instituciones en juego, y lo más importante, se nota que de alguna forma subyace sensación de inequidad o idea de cambio de la situación, en tanto la sentencia abre la puerta para que "*el legislador laboral extienda expresamente a los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública nacional, estadal o municipal la regulación material y procesal del derecho a las prestaciones sociales tutelado por el artículo 92 constitucional*", con lo cual, aunque se transfiere el quehacer al legislador, se reconoce la posibilidad -quizás la necesidad- de que junto a los derechos sustantivos laborales o sociales que corresponden a los funcionarios públicos, se extiendan también las normas y garantías procesales inherentes a aquellos, lo que ostensiblemente redundaría en la eliminación de la desigualdad de tratamiento que actualmente se mantiene.

Cabe aquí referir, que para el momento de proferirse las comentadas decisiones del máximo tribunal, no se había dictado la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que ahora regula expresamente el tema de la caducidad y claramente dispone que se aplica a los procesos relativos a demandas de nulidad, omisiones y vías de hecho, sin incluir las demandas de contenido patrimonial, lo que en la actualidad bien bastaría para sustentar un cambio de criterio, en tanto que el propio legislador habría definido los parámetros de aplicación de la institución en referencia³⁹.

Régimen Estatutario del Funcionario Público en la Constitución de 1999. En, El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Fudena, Caracas, 2.005; y CARRILLO ARTILES, Carlos Luis. *La Reorbitación de los Deberes y Derechos de los Funcionarios Públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública.* En, El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Ob. Cit.

39 Atendiendo a observación formulada por el experto en la materia, Profesor Jesús Caballero Ortiz, en relación a que la norma en comentario (art. 32LOJCA) no es novedosa, pues tiene precedentes análogos en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 2004; en el artículo 134 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de 1976 y en la Ley Orgánica de la Corte Federal de 1953; aclaramos que la novedad de la norma surge de su contenido sistemático o contextualización en la nueva ley, que regula hasta ocho (8) distintos tipos de pretensiones (nulidad de actos administrativos –particulares y generales, de efectos permanentes o temporales; pretensiones contra omisiones o abstenciones de la administración; contra vías de hecho; reclamos

Conclusiones.

El acceso a la justicia, el derecho de acción y la tutela judicial efectiva son garantías constitucionales que implican que toda norma, institución o precepto legal que pueda constituirse en limitante, deba interpretarse de la forma más restringida. Siendo la caducidad una de estas limitantes, consecuentemente debe estudiarse y aplicarse con previsión de no constituirla en negación absoluta de aquellos derechos y garantías, ni mucho menos en negación de otros derechos sociales de rango constitucional consagrados a favor de todos los trabajadores. Por demás, el análisis de la institución de la caducidad, permite sostener que la misma es propia y pertinente a las pretensiones constitutivas (entre ellas las de nulidad), mientras que las pretensiones de condena, por el carácter obligacional o crediticio del asunto debatido, más bien están sometidas a plazos de prescripción extintiva (susceptible de interrupción y hasta renunciable), por lo que en materia de querellas funcionariales, debe interpretarse la norma del artículo 94 LEFP de manera concatenada a la disposición de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 32) que dispone la caducidad exclusivamente para las acciones (pretensiones) de nulidad, omisiones y vías de hecho, y no para las de naturaleza meramente patrimonial o de condena. Resulta en términos constitucionales, legales, procesales, sociales y de interpretación lógica y sistemática, inaplicable la caducidad procesal prevista en el referido artículo 94 LEFP a las demandas o querellas de los funcionarios públicos que pretendan el pago de prestaciones sociales, indemnizaciones por accidentes o enfermedad profesionales, u otras de naturaleza indemnizatoria, las cuales en todo caso están sometidas a la institución de la prescripción extintiva, conforme al derecho que las regula.

por servicios públicos; y demandas de contenido patrimonial). De allí que la norma del artículo 32 si resulta novedosa y esclarecedora, pues siendo la única norma que prevé lapsos de caducidad, la regula y dispone para las acciones de nulidad, las vías de hecho y las omisiones, excluyendo las de contenido patrimonial y los reclamos por servicios públicos (pretensiones de condena). En opinión contraria a la aquí expuesta se pronuncia el apreciado autor en: CABALLERO ORTIZ, Jesús. *¿Puede replantearse la aplicación del lapso de prescripción laboral para el cobro de prestaciones sociales de los Funcionarios Pùblicos?* Publicado en esta misma revista.

JURISPRUDENCIA

**COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL
EN MATERIA DE
FUNCIÓN PÚBLICA**
Septiembre – diciembre 2013

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

I.- LA LEY DEL ESTATUTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

1.- FUNCIONARIOS POLICIALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

28 de noviembre 2013

Número 002205

**Caso: Nahilce Huiza vs. Policía Municipal del municipio Plaza
del estado Miranda**

Ponente: Marisol Marin Rodríguez

Ante este hecho, en casos como el de autos, resulta necesario señalar que la jurisprudencia ha establecido que los miembros de las instituciones policiales, por la naturaleza de sus funciones, se encuentran sujetos a regímenes de sujeción especial, marcados por principios de obediencia, subordinación y un preciso marco disciplinario, de allí la aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Policial, cuerpo normativo aplicado en el caso como el de autos.

Con base a lo expuesto, se transcribe a continuación parte del contenido del Capítulo VIII de la Ley del Estatuto de la Función Policial, referida a la supervisión, responsabilidades y régimen disciplinario de los funcionarios policiales, que establece lo siguiente:

“Artículo 91. La Oficina de Control de Actuación Policial aplicará un protocolo de supervisión continua e intervención temprana que permita determinar, a través de los supervisores directos y super-

visoras directas de los funcionarios y funcionarias policiales, de las quejas y reclamos de las personas, de los informes de los jefes de unidades, departamentos y oficinas, de la Oficina de Respuesta a las Desviaciones Policiales o de los directivos y directivas del correspondiente cuerpo policial, las fallas, faltas e incumplimiento de normas, manuales, protocolos, instructivos y órdenes impartidas a los funcionarios y funcionarias policiales en sus diversos niveles de jerarquía”

De lo anterior se desprende la participación de todos los jefes, directores y supervisores de la estructura que conforman los entes policiales, a los fines de un mejor y eficiente funcionamiento de dicho órgano tanto en su ámbito interno como externo. Ello así, del citado artículo 91 emana la competencia de la Jefa de la Dirección de Recursos Humanos, para proceder a comunicar a la Oficina de Control de Actuación Policial la situación irregular que presentaba la querellante y solicitar ante la competente Dirección la apertura del procedimiento disciplinario.

Aunado al hecho que, riel a los folios veintiocho (28) y veintinueve (29) del expediente administrativo, copia certificada del acta de nombramiento, juramentación y adaptación al cargo, de las cuales se desprende que la recurrente se encontraba adscrita a la Policía Municipal del Municipio Plaza del estado Bolivariano de Miranda, y no como lo alega en su escrito recursivo, que estaba adscrita a la Brigada de los Servicios de Registros Civiles de la Alcaldía del Municipio Ambrosio Plaza, motivo por el cual, se desecha la denuncia de incompetencia de la funcionaria Thais Planchart, Jefa de la Oficina de Recursos Humanos de dicho organismo policial. Así se decide.

En cuanto, a la denuncia de la incompetencia del Consejo Disciplinario para dictar el acto de destitución impugnado, y la supuesta extralimitación en sus funciones, resultando necesario traer a colación lo estipulado en la nombrada ya Ley del Estatuto de la Función Policial, referida a esta figura estructural, la cual señala en sus artículos 80, 82, 96 y 101 lo siguiente:

“Artículo 80. El Consejo Disciplinario de Policía es un órgano colegiado, objetivo e independiente de apoyo a la Dirección del cuerpo

de policía nacional, estadal o municipal, según el caso, encargado de conocer y decidir sobre las infracciones más graves sujetas a sanción de destitución, cometidas por los funcionarios o funcionarias policiales de cada cuerpo de policía nacional, estadal o municipal, según el caso. Las decisiones que tome el Consejo Disciplinario de Policía, previa opinión del Director o Directora del cuerpo de policía nacional, estadal o municipal correspondiente, serán vinculantes para estos últimos una vez adoptadas”.

“Artículo 82. El Consejo Disciplinario de Policía tiene las siguientes competencias:

1. Decidir los procedimientos disciplinarios que se sigan a los funcionarios y funcionarias policiales del cuerpo de policía nacional, estadal o municipal, según el caso, en los casos de faltas sujetas a la sanción de destitución aplicable de conformidad con las leyes que rigen la materia”

“Artículo 96. La medida de destitución comporta la separación definitiva del cargo del funcionario o funcionaria policial. El Consejo Disciplinario de Policía ponderará, para decidir sobre la medida de destitución, las circunstancias atenuantes y agravantes que concurren en cada caso”

“Artículo 101. Si como consecuencia del seguimiento, registro y supervisión se evidencia algún supuesto que amerite la consideración de la sanción de destitución, bien porque se han agotado las medidas de asistencia voluntaria y obligatoria, bien cuando el comportamiento del funcionario o funcionaria policial encuadre en una de las causales previstas en esta Ley y los reglamentos, se aplicarán las normas previstas en el Capítulo III del Título VI de la Ley del Estatuto de la Función Pública, con la salvedad que la apertura, instrucción y sustanciación de la investigación corresponderá a la Oficina de Control de Actuación Policial; la revisión del caso y la correspondiente recomendación, con carácter vinculante, corresponderá al Consejo Disciplinario, previstos en el Capítulo V de la presente Ley; y la decisión administrativa será adoptada por el Director del cuerpo policial correspondiente” (Negrillas de esta Corte).

Del contenido de las normativas anteriormente citadas, se desprenden las atribuciones dadas al Consejo Disciplinario, entre las cuales se encuentra indudablemente el dictámen de la procedencia o no de la medida de destitución, el cual es de carácter vinculante, siendo que posterior a ella corresponderá adoptar la misma al Director del Cuerpo Policial. Así las cosas, se aprecia que el acto impugnado, suscrito por el Director de la Policía y el Alcalde del Municipio, expresa lo siguiente:

"Vista la decisión por unanimidad del Consejo Disciplinario de este Cuerpo Policial (...) de conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la Ley del Estatuto de la Función Policial, procedo a DESTITUIRLE"

Ello así, se aprecia que el acto administrativo impugnado fue dictado por las máximas autoridades, en primer lugar, a quien le es atribuida la facultad para dictar el acto de destitución, esto es, el Director de la Policía, conjuntamente con el Alcalde del Municipio, máxima autoridad en materia de administración de personal en esa Entidad Político Territorial, ello una vez emitida la decisión vinculante del Consejo Disciplinario, en ejercicio de sus facultades, no configurándose la denuncia de extralimitación de funciones e incompetencia contra dicho cuerpo colegiado, por lo cual, debe desecharse. Así se decide.

3.- Ámbito de Aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública 4.- El Caso de los Funcionarios Docentes no Universitarios

II.- FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.- DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

11 de noviembre 2013

Número 002352

Caso: Jesús Perdomo vs. Instituto Autónomo Fondo Único Social

Ponente: José Valentín Torres

En ese sentido, el Juzgado a quo consideró que mediante la Providencia Administrativa número 56-01 de fecha 13 de agosto de 2001, la Administración procedió a remover al ahora querellante, sin especificar que el mencionado cargo era de alto nivel o de confianza y por tanto de libre nombramiento y remoción. Asimismo, precisó que la Providencia Administrativa número 56-01, mediante la cual se confirma tal remoción, si establece expresamente que el cargo del recurrente si era de alto nivel, a tenor de lo dispuesto en el artículo único del Decreto número 211, publicado en Gaceta Oficial número 30.438 de fecha 2 de julio de 1974, todo lo cual constituye una motivación sobrevenida.

A tal efecto, establece el Decreto Número 211, publicado en la Gaceta Oficial número 30.438 de fecha 2 de julio de 1974, vigente para el momento de la remoción del mencionado ciudadano, lo siguiente: Artículo Único: A los efectos del ordinal 8º del artículo 4º de la Ley de Carrera Administrativa, se declaran de alto nivel y de confianza los siguientes cargos:

A- De Alto Nivel:

5- Adjuntos o Asistentes a los Directores, Gerentes y Consultores Jurídicos [...].

La norma parcialmente transcrita establece expresamente cuáles son los funcionarios de alto nivel y de confianza dentro de la Administración Pública, mencionando aquellos funcionarios adjuntos o asistentes a los Directores, Gerentes y Consultores Jurídicos, de esta forma conforme se evidencia a los autos, el cargo que desempeñaba el ahora el querellante era de Asistente de Coordinación de Estado en la Gerencia de Atención a las Comunidades, adscrita al mencionado Instituto.

Aunado a lo anterior, resulta pertinente señalar que en fecha 15 de octubre de 2008, siendo la oportunidad procesal para decidir el presente recurso de apelación, esta Corte dictó decisión número 2008-01832, mediante la cual ordenó al Instituto Autónomo Fondo Único Social, la remisión del Registro de Información de Cargos o el Manual Descriptivo de Cargos de esa Institución, a los fines de evidenciar el grado y las funciones atribuidas al cargo de Asistente

en la Gerencia de Atención a las Comunidades, considerado como un cargo de alto nivel por el Instituto querellado.

En ese orden, se observa que en fecha 14 de abril de 2009 la representación judicial del Instituto Autónomo Fondo Único Social, consignó el correspondiente Registro de Asignación de Cargos, constando en el expediente el oficio número RRHH-0082-2009 de fecha 22 de enero de 2009, emanado de la Gerente de Recursos Humanos del Instituto Fondo Único Social, mediante el cual informa a esta Corte que:

Nº RRHH-0082-2009

PARA: ABG. MARÍA CAMERO.

OFICINA DE CONSULTORÍA JURÍDICA.

DE: ABG. GLADYS GONZÁLEZ.

GERENTE DE RECURSOS HUMANOS.

ASUNTO: EN EL TEXTO.

FECHA: 22 DE ENERO DE 2009.

Es grato dirigirme a usted, a los fines de dar respuesta a la comunicación N° M-0545-2008, recibida en fecha 18 de Diciembre de 2008, donde solicitan información sobre el ciudadano, JESÚS ANTONIO PERDOMO MACHADO, titular de la cedula [sic] de identidad N° 6.92.843, le indicamos que el cargo desempeñado por el prenombrando [sic] ciudadano para el año 2001 fue el de Asistente de la Gerencia, adscrito a la Gerencia de Asistencia Integral a las Comunidades.

Así mismo, le informamos que en el año 2005 Aprueban el Registro de Asignación de Cargo (RAC) de la institución, y la denominación del cargo de Asistente a la Gerencia desaparece, siendo la nueva denominación Coordinador, partiendo de lo anteriormente expuesto es un cargo de Libre Nombramiento y Remoción y las funciones del cargo se mantienen entre las cuales se encuentran las siguientes: Apoya en la elaboración de informes mensuales sobre la evolución de indicadores socioeconómicos de interés para la formulación de estrategias de acción destinadas a evitar la conflictividad social. Lleva el control de casos atendidos por el organismo y registra información sobre su comportamiento.

Participa en la organización a nivel nacional de operativos y/o jornadas de asistencia humanitaria.

Participa en la coordinación del monitoreo in-situ de los programas y proyectos asistenciales en coordinación con la Gerencia Nacional de Estados.

Implementa mecanismos para la capacitación e información a la comunidad.

Apoya en el cumplimiento del Reglamento Orgánico IAFUS.

Atiende a los visitantes y público en general que solicita información o audiencia del Gerente.

Distribuye y coordina el trabajo del personal de la Gerencia.

Hace seguimiento a las comunicaciones emanadas de la Gerencia

En consecuencia es un cargo de: Grado: 99; de Clase: 6 y de Tipo: No Calificado [...]" . [Corchetes de esta Corte. Resaltado del original].

Ahora bien, con el objeto de determinar la naturaleza del cargo del ahora querellante, evidencia esta Corte que del Registro de Asignación de Cargos correspondiente al Instituto Autónomo Fondo Único Social, se desprende que el cargo de Asistente en la Gerencia de Atención a las Comunidades, denominado actualmente como Coordinador en la Gerencia de Atención a las Comunidades, recae en la categoría de Grado 99, Clase 7 y de tipo No Calificado (Vid. Folio 174 del expediente judicial).

Así pues, se observa que el ciudadano Jesús Antonio Perdomo Machado, en el cargo de Asistente en la Gerencia de Atención a las Comunidades del Instituto Autónomo Fondo Único Social, desempeñaba funciones tales como: llevar el Control de los casos atendidos por el organismo y registrar la información sobre su comportamiento; participar en la coordinación del monitoreo in-situ de los programas y proyectos asistenciales en coordinación con la Gerencia Nacional de Estados, distribuir y coordinar el trabajo del personal de la Gerencia (Vid. Folios 172 y 173 del expediente judicial); funciones éstas que, de conformidad con el Decreto número 211, publicado en la Gaceta Oficial número 30.438 de fecha 2 de julio de 1974, equiparable actualmente al artículo 20 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, requieren un cierto grado de confiabilidad por el funcionario que las desempeña.

En efecto, evidencia esta Corte que el Juzgado a quo erró al considerar que la Providencia Administrativa número 69-01 de fecha 21 de septiembre de 2001, constituía una motivación sobrevenida para fundamentar la remoción del ahora recurrente, pues en virtud del recurso de reconsideración interpuesto por éste, correspondía a la Administración expresar de forma motivada las razones de hecho y derecho por las cuales confirmaba esa remoción, por lo tanto de conformidad con el artículo único del Decreto número 211, publicado en la Gaceta Oficial número 30.438 de fecha 2 de julio de 1974, vigente para el momento de la remoción, el cargo de "Asistente en la Coordinación de Estado adscrito al Instituto Autónomo Fondo Único Social", era un cargo de libre nombramiento y remoción, conservándose tal denominación, conforme consta en el "Registro de Asignación de Cargos", remitido por el Instituto querellado.

A.- LA CONFIANZA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (Accidental)

15 de octubre 2013

Número 00004-B

Caso: Oswaldo Orsini vs. Asamblea Nacional

Ponente: José Valentín Torres

Así pues, aprecia este Órgano Colegiado que la sentencia hoy apelada declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuso y por tanto: a) ordenó la reincorporación del ciudadano recurrente así como el pago de los sueldos dejados de percibir; y b) negó el pago de todos los beneficios socioeconómicos establecidos dentro de la convención colectiva, por genéricos e indeterminado, así como los aportes a la caja de ahorro, por no haber aportado elementos que demostrarán su participación. De igual forma, se tiene que el presente recurso de apelación ejercido por la representación judicial del órgano querellado, se circunscribe a denunciar su disconformidad con la decisión del Juez a quo al no declarar: 1) que operó la caducidad de la acción; y 2) la condición

de libre nombramiento y remoción del cargo de Jefe de División de Administración de Personal de la Dirección de Recursos Humanos. Ello así, luego de una lectura al escrito de fundamentación de la apelación interpuesto, se aprecia con claridad que las mismas están encaminadas a delatar el vicio de suposición falsa, por parte del Juez a quo al no analizar la naturaleza del cargo de Jefe de División de Administración de Personal de la Dirección de Recursos Humanos.

Establecido lo anterior, este Órgano Jurisdiccional debe pasar a verificar si la sentencia apelada posee el vicio de suposición falsa, y a tal efecto se observa que:

Ahora bien, en cuanto al vicio de suposición falsa, esta Corte debe destacar que el mismo ha sido analizado y definido en numerosas ocasiones, como aquellos casos en los cuales la parte dispositiva del fallo sea consecuencia de atribuir a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene; se dé por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos; o se dé por demostrado un hecho con pruebas cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo. [Vid. Sentencia de esta Corte N° 2012-1061, de fecha 5 de junio de 2012 (caso: "María Gabriela Carvajal Martínez Vs. Contraloría del Municipio Chacao del Estado Bolivariano de Miranda")].

Precisado esto, este Órgano Colegiado debe destacar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que los cargos de carrera son cargos que responden a una sujeción especial de dependencia con los altos jerarcas del Órgano de la Administración, dependencia que no sólo se vincula con el cumplimiento de un horario estricto, de forma diaria, sino con preciso apego a las directrices de un superior, es decir, efectuando una actividad subordinada para el cumplimiento de determinados fines o de un determinado servicio público. Aquellos en los cuales se requiere que se hayan sometido y aprobado el concurso público, así como el periodo de prueba. Con ello, se pretende alcanzar la eficiencia en la gestión administrativa, a través de ciertos instrumentos, los cuales sirven, para asegurar que el Estado cuente con los servidores apropiados (a través de los

concursos y evaluaciones), y para proteger al funcionario frente a la tentación autoritaria (la estabilidad). [Vid. Sentencia número 2008-1596, del 14 de agosto de 2008, caso: "Oscar Alfonso Escalante Zambrano Vs. El Cabildo Metropolitano de Caracas"; y sentencia número 2008-775, del 13 de mayo de 2008, caso: "Perla Unzueta Hernando Vs. La Contraloría del Municipio Chacao del Estado Miranda"; dictadas por esta Corte Segunda].

De igual forma, existen una serie de cargos para cuyo ejercicio no se requiere concurso público y que interactúan conforme a su libre arbitrio, manifestándose con autonomía funcional y administrativa, funcionarios que no están exentos de un régimen jurídico especial con deberes, derechos y obligaciones, pero su distinción respecto a los cargos de carrera lo constituye su muy limitada estabilidad, son estos los denominados cargos de libre nombramiento y remoción.

A mayor abundamiento, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 146 señala 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. [...]" . [Resaltado de esta Corte]

De la norma constitucional parcialmente transcrita se desprende que el constituyente estableció como regla que los cargos dentro de la Administración Pública son de carrera, siendo la excepción los cargos de libre nombramiento y remoción, el personal contratado y los obreros al servicio de la Administración Pública.

Ante tal panorama, cabe destacar que los cargos de libre nombramiento y remoción, los cuales se dividen entre los de alto nivel y los de confianza, constituyen la excepción al régimen de carrera administrativa, estando los funcionarios que ejercen dichos cargos, excluidos de la protección a la estabilidad que la misma concede a los funcionarios que ejercen cargos de carrera, principio que fue reconocido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En observancia a la disposición constitucional antes mencionada, el Estatuto del Personal del Congreso de la República, aplicable rationae temporis en su artículo 4, establece lo siguiente:

“Artículo 4.- El personal del Congreso de la República se clasifica a los efectos de este Estatuto en:

- 1) Personal de Confianza: libre nombramiento y remoción.
- 2) Personal de Carrera: quienes hayan ingresado a la Carrera Administrativa Legislativa, conforme a estos Estatutos y demás Reglamentos [...]

Parágrafo Único: Por resolución conjunta o separada, según el caso, los Presidentes de las Cámaras determinarán los cargos cuyos titulares se le considerará como personal de confianza.” [Corchetes de esta Corte].

Por otra parte, advierte este Órgano Jurisdiccional que en la Gaceta Oficial N° 35.491, de fecha 28 de junio de 1994, el extinto Congreso de la República, resolvió lo siguiente:

“[...] Único: se declaran cargos cuyos titulares serán considerados personal de confianza, los siguientes:

[...Omissis...]

3) Los Jefes de División o de unidades administrativas de igual jerarquía [...].”

De lo antes transscrito, se aprecia que el Congreso Nacional mediante Resolución procedió a calificar como de libre nombramiento y remoción a los cargos de Jefe de División, entre los cuales, se encuentra el cargo ocupado por el querellante, Jefe de División de Personal.

Aunado a lo anterior, para determinar la naturaleza de un cargo, juzga acertado este Órgano Jurisdiccional, 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 cuáles cargos son de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción. [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 (Iadal)”, dictada por esta Corte Segunda].

En este sentido, advierte este Órgano Colegiado que la información manejada por el ciudadano recurrente resulta de vital importancia,

ya que la misma es de carácter interno y de carácter confidencial en la División de Administración de Personal del Órgano recurrido, por tal razón, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo debe insistir que el recurrente desempeñaba funciones que necesariamente entrañaban un inmenso grado de confidencialidad y responsabilidad que el ente administrativo depositó en manos del ex empleado público, por lo cual a todas luces, sólo puede catalogar a este último como un personal de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción.

Ello así, esta Alzada considera que el cargo de Jefe de División de Administración de Personal, desempeñado por el recurrente conforme a lo establecido en el artículo 4 del Estatuto del Personal del Congreso de la República, es un cargo de libre nombramiento y remoción.

Aunado a lo anterior, la parte recurrente en la oportunidad de la contestación a la fundamentación de la apelación destacó que “[...] no se trata pues, de determinar el tipo de funcionario público que es el recurrente, evidentemente es un funcionario de libre nombramiento y remoción, sin embargo, esto no exime a la Administración Pública como garante de la legalidad, que se le aplique al querellante, el procedimiento legalmente establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en cuanto a los actos de efectos particulares, contenido en el artículo 73 y siguientes, resultando inaceptable la actitud del ente querellado, al tratar de confundir una vez más a esta jerarquía, alegando que el a quo basó su decisión en la no-aplicación de un procedimiento paralelo a la destitución impuesto a un funcionario de libre nombramiento y remoción, situación esta que nunca ha estado en discusión. Por el contrario, es parte de la litis, el hecho que la administración haya impuesto una destitución a un funcionario de libre nombramiento y remoción, sin estar incurso en causal alguna y sin apertura el respectivo expediente disciplinario (procedimiento sancionatorio)” [Corchetes de esta Corte].

Así pues, se aprecia que la parte recurrente reconoció que ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, no obstante, consideró

que resultaba necesario la instrucción de un procedimiento sancionatorio, para proceder a su retiro.

Ello así, se tiene que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 944 de fecha 15 de junio de 2011, caso: "Ayuramy Gómez Patiño", sostuvo que la calificación de los cargos de confianza dentro de la Administración Pública obedecen al ámbito dentro del cual ha de actuar el funcionario independientemente de la estructura del organismo en el que presta servicios, y que los mismos pueden ser removidos sin la necesidad de instruir expediente alguno dada la naturaleza de sus funciones. A tal efecto la precitada Sala estableció que:

"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.

Por otra parte, en lo referente al aludido cuestionamiento referido al procedimiento que se le siguió, esta Sala observa que independientemente de que el alegato efectuado por la solicitante se refiera a un primer acto de 'revocatoria de nombramiento' y luego a otro acto denominado 'de remoción', no comprenden en sí ningún que-

brantamiento al orden funcionarial con respecto a la decisión de la Administración de acordar el cese de las actividades para esta clase de funcionarios, toda vez que la revocatoria de la designación equivale a la remoción en sí del cargo, solo que en este caso no obedece a fines sancionatorios en los cuales hubiera procedido una destitución, sino que en el presente caso se está en presencia de la simple disposición de la Administración en designar a los funcionarios correspondientes a los cargos de alto nivel o confianza.

En este punto debe señalarse que, a diferencia de los funcionarios de carrera, quienes tienen estabilidad, los funcionarios de confianza (que no hayan precedido la carrera administrativa) en razón de su condición, pueden ser removidos sin procedimiento alguno, pues ello no constituye una sanción sino un acto de disposición de la Administración sobre los cargos de mayor representación; razón por la cual, en el presente caso, independientemente de la denominación, lo acordado por el Instituto Nacional del Menor (INAM) fue la revocatoria de la designación en el cargo, para luego, cumplido el lapso del mes de disponibilidad para reubicación, en los casos en que se le es aplicable, proceder al retiro de la funcionaria, por lo que no hubo violación alguna de disposiciones constitucionales” [Negritas y subrayado de esta Corte].

Conforme a la decisión antes esbozada, la calificación de aquellos cargos de libre nombramiento, incluidos aquellos catalogados como de confianza dentro de las relaciones empleo funcionariales, están determinadas en relación con el ámbito dentro del cual ha de actuar el funcionario, independientemente de que sea genérica o específica, pues dicha calificación debe obedecer al contexto de la estructura de cada organismo por tanto, en razón de su condición, pueden ser removidos sin procedimiento alguno, pues ello no constituye una sanción sino un acto de disposición de la Administración sobre dichos cargos.

Por consiguiente, en atención al criterio jurisprudencial parcialmente transrito, no es necesario la tramitación de procedimiento alguno para que la Administración proceda a remover de un deter-

minado cargo a un funcionario público por ser la naturaleza diminuida de dicho cargo, de libre nombramiento y remoción.

Sobre la base de las anteriores consideraciones, esta Corte debe dejar claramente establecido que de acuerdo a lo contemplado en la Resolución publicada en la Gaceta Oficial N° 35.491 de fecha 28 de junio de 1994, por el extinto Congreso de la República, y al reconocimiento expreso realizado por el querellante en su escrito de contestación a la fundamentación de la apelación, el cargo de Jefe de División de Personal por él desempeñado es un cargo de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción.

Ahora bien, observa este Órgano Colegiado que el punto de cuenta aprobado por el entonces Presidente de la Asamblea Nacional, en fecha 26 de julio de 2002, acordó “la remoción (y destitución)” del ciudadano recurrente, en este sentido, se tiene que las figuras como “remoción” y “destitución”, son figuras diferentes e independientes entre sí, por lo tanto, tienen un tratamiento jurídicamente distinto. [Vid. Sentencia de esta Corte N° 2007-0108, de fecha 30 de enero de 2007 caso: “Ana Adelina Avancine Vs. Concejo Municipal del Municipio Rómulo Gallegos del Estado Cojedes.”].

De allí que, esta Corte debe realizar especial énfasis en la diferencia entre la remoción y destitución del funcionario. La primera de las figuras, implica la separación del funcionario del cargo que venía desempeñando, a causa de la libre voluntad de la Administración. Y, en la segunda se trata de la aplicación de una sanción disciplinaria por hechos tipificados en la norma y que acarrean la mayor de las consecuencias contra los funcionarios públicos de carrera, como lo es el cese en la función pública. [Vid. Sentencia de esta Corte 2009-677 de fecha 28 de abril de 2009)].

De igual forma, esta Corte debe indicar que la remoción y retiro que fue objeto el recurrente no tuvo lugar en virtud que se hubiera constituido una causa de destitución, sino que la Administración procedió a remover y retirar a un funcionario de un cargo considerado como de confianza, razón por la cual no puede haber violación de procedimiento de destitución, toda vez dicha remoción y retiro, no es de naturaleza sancionatoria.

Así las cosas, aprecia este Órgano Jurisdiccional que en el presente caso la Asamblea Nacional en el acto recurrido hizo referencia a dos figuras jurídicas distintas, como lo son la remoción y la destitución. Por tanto, es importante destacar que aún cuando la Administración sostuvo en el acto aquí impugnado en nulidad, que la remoción y destitución de la parte actora devenía de tener la condición de personal de confianza en atención a la naturaleza de su cargo y las funciones que realizaba. No por ello quiere decir, que estemos en presencia de un acto que contemple las dos figuras, específicamente en el caso de la destitución donde se amerite el procedimiento respectivo, pues en el presente caso, debe destacar esta Corte que lo que en realidad realizó el ente querellado fue un acto de remoción, dado que la naturaleza del cargo del querellante era de personal de libre nombramiento y remoción por ser de confianza, tal y como fue desarrollado en el capítulo anterior. (Vid. sentencia de esta Corte Nro. 2011-00053, de fecha 25 de enero de 2011, Expediente Nro. AP42-R-2007-545, caso: Del Valle Guevara S. Vs. Alcaldía del Municipio Libertador del Distrito Capital). Así se establece.-

Así pues, esta Corte considera que la desincorporación del cargo por parte del recurrente son consecuencia inmediata de una remoción, en atención a su condición de confianza, además, de que tal como se dijo en acápitres anteriores no se evidencia de autos su condición de carrera y tampoco es un hecho controvertido tal situación, no siendo procedente la pretensión del querellante de declarar la nulidad de dicho acto que lo removió del cargo, ya que decidir lo contrario supondría conferir al querellante, aunque sea en forma provisional, un derecho que no le otorga el ordenamiento jurídico, toda vez que la Administración podía remover libremente al ciudadano recurrente del cargo de Jefe de División de Administración de Personal, por ser de confianza.

B.- EL RETIRO Y LA REMOCIÓN

**Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo
27 de septiembre 2013
Número 001854**

Caso: Luis Enrique Sosa vs. Concejo Municipal del municipio Acevedo del estado Bolivariano de Miranda
Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Por otra parte, el recurrente solicitó la nulidad de la decisión tomada en Sesión de fecha 28 de marzo de 2001, y notificada en fecha 4 de abril de 2001, mediante la cual se le removió del cargo de Síndico Procurador Municipal que venía ejerciendo desde el 29 de diciembre de 2001.

Asimismo, se desprende que los alegatos señalados por el recurrente en cuanto a la remoción están circunscritos directamente a la condición de interino del cargo de Síndico Procurador Municipal al cual fue designado.

A tal efecto, debe establecer esta Corte - tal y como se dijo en acápitres anteriores- en fecha 3 de enero de 2001, el Concejo Municipal del referido Municipio aprobó por la mayoría de los integrantes del Concejo Municipal la condición de interino a la que estaba sujeto el cargo de Síndico Procurador al que fue designado el ciudadano Luis Enrique Sosa Nieves.

De esta forma, debe destacarse que desde la referida fecha el recurrente estaba en conocimiento que el cargo que ejercía dentro del Concejo Municipal era de carácter interino y que duraría en el ejercicio del mismo hasta tanto el referido Concejo designará en el cargo al Síndico Procurador Municipal Titular, asimismo, tal y como se estableció en acápitres anteriores, la Administración en la referida fecha en el ejercicio de su potestad revisora estableció el carácter de interino del cargo de Síndico Procurador Municipal que ejercía el ciudadano Luis Enrique Sosa Nieves.

Por tanto, ésta Corte evidencia que los motivos que tomó la Administración querellada al momento de emitir el acto administrativo de remoción están intrínsecamente referidos a la ya citada condición de interino del cargo, el cual luego que en fecha 28 de marzo de 2001 fue designado el ciudadano Arturo José Villaflaño como Síndico Procurador Titular, trayendo como consecuencia la indefectible remoción del ciudadano Luis Enrique Sosa Nieves del cargo de Síndico Procurador Municipal que venía ejerciendo.

De allí pues, que aun cuando el recurrente puede solicitar la nulidad del acto administrativo de remoción aprobado mediante sesión de fecha 28 de marzo de 2001, éste tenía pleno conocimiento que el cargo que venía ejerciendo estaba supeditado a una condición provisoria hasta tanto se nombrara la titularidad del cargo, tal y como fue establecido en la sesión del Concejo Municipal celebrada en fecha 3 de enero de 2001, por tanto, resulta forzoso para esta Corte declarar improcedente la nulidad del acto administrativo de remoción. Así se declara.

2.- DE CARRERA

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo (Accidental)

5 de diciembre 2013

Número 000045-B

Caso: Marisol Bonilla vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura

Ponente: Alexis Crespo Daza

A tal efecto, de las actas que conforman el presente expediente, no se colige que la Administración Pública durante los años de servicio de la accionante le haya realizado el concurso al que aludía la derogada Ley de Carrera Administrativa; razón por la cual, tomando en consideración el artículo 140 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, parcialmente vigente, se observa que la recurrente prestó servicios en la Dirección Ejecutiva de la Magistratura por aproximadamente trece (13) años, superando con creces el lapso de seis (6) meses establecido para que la Administración realizara el concurso *in commento*; por lo tanto, se encuentra satisfecho el segundo de los requisitos expuestos.

iii) Prestar servicios de carácter permanente, es decir, que tal servicio fuera prestado de forma permanente, constante e ininterrumpidamente; siendo, este el tercero de los elementos integrantes de la condición o calidad de funcionario de carrera.

Respecto al último de los requisitos, se observa que la Administración reconoció expresamente que la recurrente ingresó en el año

1995 y visto que de las actas se colige que no fue sino hasta el 2009, cuando por voluntad de la Administración cesó en la prestación del servicio, se tiene que esta prestación ocurrió de forma continua e ininterrumpida, quedando igualmente cubierto el tercer requisito. (Vid. Sentencia de esta Corte N° 2012-1227 de fecha 19 de junio de 2012, caso: Maribel Graterol Morales contra la Contraloría General del estado Portuguesa).

Así pues, constata esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Accidental "B" de las actas procesales que la accionante ingresó a la Administración Pública con anterioridad a la entrada en vigencia de nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, a desempeñar un cargo de carrera; a saber, el cargo de "Mecanógrafa" a partir del 1 de diciembre de 1995.

Ahora bien, precisado lo anterior esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Accidental "B" estima pertinente traer a colación el acto administrativo contenido en la Resolución N° 312 del 13 de octubre de 2009, emanado de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, que removió y retiró a la querellante, establece que: "La Dirección Ejecutiva de la Magistratura, representada por el ciudadano FRANCISCO RAMOS MARÍN (...) en su condición de DIRECTOR EJECUTIVO DE LA MAGISTRATURA, designado en Sesión de Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, el día 02 de abril de 2008, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.917 de fecha 24 de abril de 2008, en ejercicio de las atribuciones conferidas por los numerales 9, 12 y 15, del artículo 15 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, en concordancia con lo previsto en la Resolución número 2009-0008 de fecha 18 de marzo de 2009, emanada de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, mediante la cual se acuerda la reestructuración integral de todo el Poder Judicial.

RESUELVE

PRIMERO: Remover y Retirar del cargo de TÉCNICO I, adscrito al Área de Nómina de la Dirección de Servicios al Personal de la Di-

rección General de Recursos Humanos de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, a la ciudadana MARISOL BONILLA SARMIENTO(...)

SEGUNDO: En atención al contenido y alcance del artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, deberá notificársele que de considerar que no se han cumplido los supuestos de Ley, podrá ejercer contra el acto administrativo, los recursos que a continuación se indican:

Recurso de Reconsideración, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presente notificación, de conformidad con lo previsto en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, si lo cree conveniente.

Recurso Contencioso Administrativo Funcionarial, de conformidad con el artículo 95 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en el lapso de tres (03) meses, contados a partir de la notificación de este acto.

A tenor de lo previsto en el artículo 93 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y la Primera Disposición Transitoria de la citada Ley, se indica que son competentes para conocer dicho recurso, los jueces o juezas superiores con competencia en lo Contencioso Administrativo en el lugar donde hubieren ocurrido los hechos, donde se hubiere dictado el acto administrativo, o donde funcione el órgano o ente de la Administración Pública que dio lugar a la controversia". (Resaltado y subrayado de esta Corte).

Del acto trascrito se desprende, que para el momento de la remoción y retiro de la ciudadana Marisol Bonilla Sarmiento desempeñaba el cargo de "Técnico I"; al respecto, cabe señalar que este Órgano Jurisdiccional a los fines de determinar si dicho cargo era o no de carrera dictó auto para mejor proveer N° 2012-1170 del 18 de junio de 2012, a través del cual se requirió a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura proveyera a los autos el Registro de Información del Cargo correspondiente al Cargo de "Técnico I"; siendo que éste fue consignado el 13 de agosto de 2012, y del cual se desprende, que:

**"TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA
DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA MAGISTRATURA**

DIRECCIÓN GENERAL DE RECURSOS HUMANOS

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS TÉCNICOS

DENOMINACIÓN DEL CARGO: TÉCNICO I.

CARACTERIZACIÓN DEL CARGO:

RAMO: Administración, Servicio y Apoyo Judicial.

SERIE OCUPACIONAL: Técnico - Profesional.

CÓDIGO: 31.111.

GRADO: 6.

Sus ocupantes desarrollan actividades contributorias de poca complejidad ocupacional, en atención a las funciones que le son encomendadas por su inmediato superior.

PROPÓSITO DEL CARGO:

Contribuir al logro efectivo de las atribuciones que competen al área de su adscripción, mediante el apoyo a los procesos técnicos-administrativos de conformidad a las instrucciones recibidas de su inmediato superior.

FUNCIONES:

Redactar oficios y demás correspondencia de poca complejidad.

Colaborar en la ejecución de los procesos técnicos y/o administrativos; así como en las labores relacionadas con la actualización de archivos.

Recopilar información para la elaboración de los informes técnicos y/o administrativos que se realizan en el área donde presta sus servicios.

Atender los requerimientos de los usuarios.

Aportar datos y demás información necesaria para la elaboración de la memoria y cuenta que se debe presentar en la unidad de su adscripción.

Todas aquellas que le sean encomendadas por su superior inmediato con la naturaleza de sus funciones su propósito principal y sus competencias funcionales". (Resaltado y mayúsculas del texto).

De la transcripción realizada del Registro de Información del Cargo aportada a las actas procesales por la parte recurrida se desprende que la querellante desempeñaba un cargo al cual se le atribuyeron funciones elementales como redactar Oficios y demás correspon-

dencia de poca complejidad o colaborar en la ejecución de los procesos técnicos y/o administrativos; así, como contribuir en las labores relacionadas con la actualización de archivos, recopilar información para la elaboración de los informes técnicos y/o administrativos que se realizan en el área donde presta sus servicios; atender los requerimientos de los usuarios; aportar datos e información necesaria para la elaboración de la memoria y cuenta que se debe presentar en la unidad de su adscripción y todas aquellas que le sean encomendadas por su superior inmediato con la naturaleza de sus funciones su propósito principal y sus competencias funcionales.

Así las cosas, observa esta Instancia Jurisdiccional que de las funciones señaladas por la Administración no se evidencia en este caso en particular que el cargo de "Técnico I" corresponda con las funciones propias de un cargo de libre nombramiento y remoción.

Con base en la anterior declaración y siendo que de las funciones reflejadas no se corresponde a un cargo que pueda ser considerado de libre nombramiento y remoción, no podía la Administración Judicial remover y retirar a la querellante mediante la Resolución impugnada sin aplicar el procedimiento *ad hoc* que correspondiera. Siendo así, lo anterior esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo Accidental "B" declara Con Lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto; en consecuencia, declara nulo el acto impugnado y se Ordena la reincorporación de la ciudadana Marisol Bonilla Sarmiento, al cargo de "Técnico I" o a uno de similar jerarquía, con el correspondiente pago de los sueldos dejados de percibir desde la fecha en que se produjo su ilegal remoción y retiro hasta la fecha de su reincorporación, con las variaciones del sueldo atribuido a esta cargo de "Técnico I" ocurridas; para lo cual, se ordena de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil una experticia complementaria a la presente decisión. Así se decide.

3.- LOS FUNCIONARIOS MILITARES

**Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo
27 de septiembre 2013**

Número 001869

Caso: Raul George vs. Banco Central de Venezuela

Ponente: Alexis Crespo Daza

Previo a cualquier pronunciamiento, corresponde a esta Alzada verificar su competencia para conocer el presente asunto, para lo cual observa que dentro del ámbito de competencias de las Cortes de lo Contencioso Administrativo, se encuentra el conocimiento de las apelaciones interpuestas contra las decisiones dictadas por los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, y siendo que esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, ostenta sus competencias conforme lo previsto en el artículo 1º de la Resolución número 2003/00033 de la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela número 37.866, de fecha 27 de enero de 2004, en concordancia con el numeral 7 del artículo 24 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en la Gaceta Oficial N° 39.451 de fecha 22 de junio de 2010, la cual establece que los Juzgados Nacionales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -aún Cortes Primera y Segunda de lo Contencioso Administrativo- son los competentes para conocer de las apelaciones y las consultas de ley, de las decisiones de los Juzgados Superiores Estadales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, los cuales mantienen la denominación de Juzgados Superiores Regionales de lo Contencioso Administrativo, en virtud de lo cual esta Corte resulta competente para conocer como Alzada natural de las decisiones dictadas por los Juzgados Superiores con competencia contencioso-administrativa en materia de función pública. Así se declara.

De la apelación:

Determinada la competencia, corresponde a este Órgano Jurisdiccional entrar a conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte recurrente el 31 de enero del 2013, contra la decisión dictada en fecha 21 de diciembre de 2012, por el Juzgado Superior Sexto

de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, mediante la cual declaró sin lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto, para lo cual resulta necesario realizar las siguientes consideraciones:

.-Del vicio de falsa aplicación de norma legal:

Ahora bien, es oportuno destacar que el recurrente denunció que la sentencia en alzada incurrió en el vicio de falsa aplicación de ley; ya que, para fundamentar jurídicamente el fallo relacionó equivocadamente “(...) el artículo 61, hoy 65 de la LOFAN (sic) (...) y lo concatena (...) con el artículo 108 ejusdem (...) y cita el artículo 105 de la misma Ley (...) sin hacer un análisis del artículo 65, concatenándolo con el artículo 54 ejusdem (...).”

Al respecto, considera esta Corte pertinente puntualizar que la sentencia recurrida estableció en relación a los artículos denunciados, que:

“(...) debe señalarse que el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, publicado en la Gaceta Oficial N° 6.020 Extraordinario del 21 de marzo de 2011), en su Artículo 61 señala (...)

(...Omissis...)

Por otro lado, resulta pertinente señalar que la misma Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, en su Artículo 108, expone que (...)

(...Omissis...)

(...) para lo cual se tiene que el artículo 105 de la ley ejusdem, señala al respecto:

(...Omissis...)

Del artículo trascrito se puede evidenciar cuales son los funcionarios que son considerados en situación de actividad y por ende, los legitimados para solicitar el beneficio de jubilación una vez hayan cumplido con los requisitos establecidos legalmente para que efectivamente les sea otorgado el beneficio, dentro de los cuales no se puede considerar a los cadetes toda vez que aún son personal en formación y no entran en la definición de funcionarios. Aunado a lo precedentemente señalado, se tiene que el artículo 79 de la ley

ejusdem señala lo que se entiende como empleo (...) Por lo que mal puede entenderse que el personal distinto pueda poseer un empleo que lo lleve a gozar de la situación de actividad y en consecuencia gozar de los beneficios a los que hace alusión el artículo 108 de la ley ejusdem (...)"

De la anterior trascipción puede evidenciar esta Corte, que la sentencia apelada se refirió a los artículos 61, 105, 79 y 108 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, publicada en la Gaceta Oficial N° 6.020 Extraordinario de fecha 21 de marzo de 2011, de los cuales el recurrente denunció que el artículo 61 eiusdem fue concatenado erróneamente con el artículo 108 de la misma Ley, y no se aplicó el artículo 65 concordándolo con el artículo 54, ambos eiusdem.

Ahora bien, en relación con el vicio señalado de falsa aplicación de norma jurídica considera esta Corte oportuno mencionar la sentencia emanada de esta Instancia Jurisdiccional N° 2011-0223 de fecha 21 de febrero de 2011, caso: Kenny Carolina Guillén, contra el Consejo Legislativo del Estado Bolivariano de Miranda, en la cual se estableció, que:

"SARMIENTO NÚÑEZ (...) en su obra 'Casación Civil', Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Estudios; Caracas: 1998, págs. 130 y ss., califica la falsa aplicación de la ley como una violación que consiste en una incorrecta elección de la norma jurídica aplicable, lo cual se traduce normalmente en una preterición y omisión de la norma jurídica que debió ser aplicada. Para Calamandrei, citado por el mismo autor, la falsa aplicación de la ley constituye un error sobre la relación que tiene lugar entre el caso particular concreto y la norma jurídica; se verifica en todos aquellos casos en que el juez yerra al establecer la relación de semejanza o de diferencia que existe entre el caso particular concreto jurídicamente cualificado y el hecho específico hipotizado por la norma. Esta infracción se denomina también, con la terminología alemana, como "error de subsunción del caso particular bajo la norma". (Resaltado y subrayado de esta Corte). (Mayúsculas del texto.)

De lo anterior se puede colegir que el vicio de falsa aplicación de

ley ocurre cuando se aplica al caso concreto en análisis una norma incorrecta pretiriendo la que resultaba ser adecuada.

En este contexto, considera pertinente esta Corte Segunda la reproducción de los artículos citados del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, ley vigente al momento de la interposición del presente recurso, los cuales expresan, que:

“Artículo 61.- El personal militar de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, se clasifica en: 1. Oficial: a. De Comando; b. Técnico; c. Asimilado; d. De Tropa; y e. Asimilado Técnico; 2. Tropa Profesional; 3. Cadete; 4. Alumno; y 5. Tropa Alistada.

Artículo 105.- Están en situación de actividad los y las militares que:
1. Ocupen un empleo en la Fuerza Armada Nacional Bolivariana;
2. Se encuentren en comisión de servicio en el país o en el exterior;
3. Se encuentren ocupando un cargo en otro órgano o ente de la Administración Pública; 4. Se encuentren en comisión de servicio en organismos internacionales; 5. Los prisioneros de guerra; y 6. El personal de la Milicia Bolivariana movilizada.

Artículo 79.- Se entiende por empleo, la facultad y responsabilidad que se atribuye al militar profesional, para el desempeño de una actividad; así como el ejercicio de determinadas atribuciones y el cumplimiento de funciones establecidas en las leyes y reglamentos militares.

Artículo 108.- El tiempo de servicio prestado en la situación de actividad, será considerado para el cálculo de las remuneraciones, pensiones y demás prerrogativas y beneficios, conforme lo previsto en la ley respectiva”

Artículo 65.- Pertenecen a la categoría de Asimilado, los venezolanos y venezolanas que reciban un empleo dentro de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana luego de aprobar el Curso Especial de Formación de Oficiales establecido para tal fin, debiendo ejercer la profesión para la cual fueron incorporados o incorporadas al servicio activo, acreditados mediante Resolución del Ministerio del Poder Popular para la Defensa y la carrera militar de acuerdo al reglamento que dicte el Ministerio del Poder Popular con competencia en Defensa.

Artículo 54.- Todo ciudadano o ciudadana que ingrese a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, prestará el juramento de fidelidad a la Bandera Nacional, el cual constituye un acto solemne de la vida militar y significa para quien lo preste, el compromiso de cumplir el sagrado deber de defender la Patria, proteger la soberanía e integridad nacional.” (Resaltado y subrayado de esta Corte).

De las anteriores trascipciones determina esta Sede Jurisdiccional que el “Cadete” se encuentra clasificado como personal militar de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana, según el artículo 61 citado; no obstante, el artículo 108 trascrito, establece que es el tiempo de servicio prestado en la situación de actividad, el que será considerado para el cálculo de las remuneraciones, pensiones y demás prerrogativas y beneficios, conforme lo previsto en la ley respectiva. Asimismo, el artículo 105 citado establece 6 numerales que especifican las situaciones en las que los y las militares se encuentran en actividad, observándose que dentro de estas categorías no se encuentra el personal militar denominado “Cadete”; por lo que, estima esta Instancia Jurisdiccional que al determinar el Juzgado a quo que el personal militar “Cadete” no se encuentra en situación de actividad y por tanto pasible de computarse el tiempo de “Cadete” para la antigüedad, actuó de conformidad con la ley; sin que se desprenda de la interpretación de los artículos 65 y 54 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana que el fallo apelado incurrió en el vicio denunciado de errónea aplicación de norma legal. Así se establece.

En este contexto observa este Órgano Jurisdiccional, que el artículo 65 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana se refiere a la categoría del “Asimilado”, sin que se pueda establecer de lo dicho anteriormente que alguna interpretación de la norma señalada pueda contribuir a la modificación de la sentencia apelada; asimismo, estima esta Instancia Jurisdiccional, que cuando el artículo 54 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana establece el deber de todo ciudadano que ingrese a la Fuerza Armada Nacional Bolivariana de prestar el juramento

de fidelidad a la Bandera Nacional, el cual constituye un acto solemne de la vida militar y significa para quien lo preste, el compromiso de cumplir el sagrado deber de defender la Patria, proteger la soberanía e integridad nacional; no indica, tal como lo afirma el recurrente que se pueda considerar al “Cadete” como funcionario público; sólo, que de acuerdo con el artículo 61 eiusdem al ser personal militar; es decir, al ingresar a la Fuerza Armada, debe prestar el juramento de fidelidad a la Bandera Nacional.

Siendo así lo anterior, esta Corte desecha el alegato de que se considere al “Cadete” como funcionario público con base en el artículo 54 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Fuerza Armada Nacional Bolivariana.

Por todo lo anterior, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo rechaza por infundados los vicios interpuestos. Así se decide.

III.- DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.- OTROS BENEFICIOS LABORALES

A.- PRESTACIONES SOCIALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

24 de septiembre 2013

Número 001667

Caso: Jeimy Durán vs. Dirección Ejecutiva de la Magistratura

Ponente: Marisol Marín Rodríguez

Por otro lado, del folio setenta y ocho (78) del expediente judicial, se observa la planilla denominada “PROCESO DE MIGRACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES”, donde se identifica a la recurrente y su estatus en la Administración Pública; indicando igualmente, un aparte de “SOLICITUDES DE FINIQUITO REGISTRADAS” de fecha 10 de abril de 2012, con un estatus de “CONFIRMADO”, sin que se determine de dicha planilla sobre que procede el referido finiquito.

De lo anterior, considera esta Corte que las pruebas precedentemente señaladas por la parte recurrida como inobservadas por el Juzgado A quo, en nada afectan el resultado de la sentencia hoy impugnada, por lo que no era necesario la aplicación del artículo 4 del Decreto con Fuerza de Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, en consonancia con el artículo 53 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley sobre Acceso e Intercambio Electrónico de Datos, Información y Documentos entre los Órganos y Entes del Estado, para su valoración, toda vez que de las citadas pruebas no existe evidencia alguna que la Administración Pública haya cancelado las prestaciones sociales adeudadas a la parte recurrente, objeto hoy día de la presente causa. Sin embargo, es de resaltar para esta Corte que la parte recurrente en su escrito recursivo solicitó el pago de las prestaciones sociales por la cantidad de cuarenta y cinco mil bolívares (Bs.45.000) y los intereses moratorios por el retardo del pago de las mismas, y por otro lado, la Administración en el cálculo estimado de prestaciones sociales presentado por la Administración Pública (Vid. folio 71) indicó respecto al monto correspondiente a la liquidación de prestaciones sociales que se le adeudaba a la recurrente la cantidad de cuarenta y cinco mil seiscientos sesenta y tres bolívares con setenta y seis céntimos (Bs.45.663,76) verificándose que para dicho cálculo se le debitó a la recurrente los anticipos correspondientes al "Anticipo de Prestaciones Sociales" por la cantidad de "14.962,67" y "Anticipo de Intereses s/Prestaciones Soc." por la cantidad de "3.437,62", lo que a consideración de esta Corte se observa, que aun cuando la recurrente no mencionó nada sobre los anticipos otorgados a su persona, la misma los consideró para su cálculo, por cuanto no se observa del escrito recursivo la operación aritmética que utilizó para obtener el resultado que hoy exige para el cobro de sus prestaciones sociales, observándose que el monto solicitado y el otorgado solo se discrepan con un mínimo margen de diferencia, por lo que la sustituta de la ciudadana Procuradora General de la República, no puede considerar que se le está condenando a pagar a la Administración Pública conceptos que ya han sido pagados, cuando los mismos no han sido solicitados por la

parte recurrente. En consecuencia, esta Corte considera que la razón no le asiste a la parte apelante. Así se decide.

En relación a lo anterior y por cuanto de la revisión de las actas procesales, efectivamente no se evidencia que a la querellante le hayan sido pagadas las prestaciones sociales respectivas, su pago resulta procedente, de conformidad con lo previsto en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como acertadamente lo ordenó el A quo desde el 18 de enero de 2012, fecha a partir de la cual la querellante renunció al cargo de Asistente de Tribunal adscrito al Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, hasta que ocurra el pago definitivo de las mismas. Así se declara.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

24 de septiembre 2013

Número 001633

Caso: José Manuel Herrera vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas

Ponente: Marisol Marín Rodríguez

En el presente caso, se observa que el ciudadano José Manuel Herrera, ejerció recurso de apelación contra la sentencia dictada en fecha 14 de julio de 2009, por el Juzgado Superior Cuarto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, que declaró Parcialmente Con Lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por diferencia de prestaciones sociales.

El recurrente, en su escrito de fundamentación a la apelación adujo que el Juzgado A quo, erró en señalar que el cálculo de las prestaciones sociales le correspondía a partir del año 1975, puesto que ingresó en la Alcaldía Metropolitana de Caracas en fecha 16 de octubre de 1970, por lo que considera que le corresponde una compensación por transferencia desde la fecha en que ingresó a la Administración. Por su parte, el Juzgado A quo señaló que "...se debe advertir, que si bien el hoy querellante ingresó a la Alcaldía Metropolitana de Caracas el 16 de octubre de 1970, este tiene derecho a que le calculen

las prestaciones sociales a partir del año 1975, por cuanto es a partir de dicho año, cuando se otorga a todos los funcionarios públicos, el derecho a percibir las prestaciones sociales de antigüedad y auxilio de cesantía".

Asimismo, el Juzgado A quo indicó que, "Así pues, se observa que en el presente caso la Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas, tomó en cuenta para el cálculo de las prestaciones sociales del hoy querellante, el tiempo de servicio prestado durante la vigencia del régimen anterior, tal y como se desprende del cálculo de los intereses de las prestaciones sociales, que obra inserto al folio setenta y tres (73) del expediente, donde se evidencia que el cálculo fue realizado a partir del mes de marzo de 1970, y de donde sin lugar a dudas entiende quien decide que existe un reconocimiento a favor de éste por parte de la Administración de que dicha obligación se encontraba insoluta".

Ahora bien, se observa que riel a al folio setenta y tres (73) planilla de cálculo de los intereses de las prestaciones sociales el monto de la compensación por transferencia el cual asciende a la cantidad de un millón trescientos noventa y un mil ochenta y un bolívares con veinticinco céntimos (Bs. 1.391.081,25).

De igual forma, riel a al folio veintiséis (26) orden de pago N° 08005614, de fecha 27 de agosto de 2008, emitida a nombre del ciudadano José Manuel Herrera, por la cantidad de noventa y cinco mil seiscientos cuatro bolívares con ochenta y tres céntimos (Bs. 95.604,83), el cual indica que dicho monto incluye la compensación por transferencia desde el 16 de marzo de 1970 hasta el 31 de octubre de 2004.

En ese sentido, visto que se desprende de las actas que reposan en el expediente que la Administración estimó en el cálculo de sus prestaciones sociales la compensación por transferencia esta Corte desestima lo alegado por la recurrente al pago de dicho concepto. Así se decide.

(...)

De tal manera, respecto a los intereses de antigüedad conforme al artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo el Juzgado A quo ya

le acordó el pago de los intereses devengados por las prestaciones sociales relativas al régimen anterior desde el día 16 de marzo de 1970 hasta el 19 de junio de 1997, por cuanto evidenció de las actas que conforman el expediente que la administración "omitió realizar el cálculo".

En ese sentido, observa esta Corte que rielo al folio setenta y dos (72) del presente expediente la planilla de resumen de prestaciones sociales y otras indemnizaciones laborales, en la cual se evidencia que efectivamente en el campo correspondiente al concepto de intereses acumulados al 18 de junio de 1997, la administración no realizó dicho cálculo.

De allí, que tal como lo acordó el Juzgado A quo en su decisión le corresponde al recurrente el pago de los intereses acumulados hasta el 18 de junio de 1997. Así se decide.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de septiembre 2013

Número 001875

Caso: Renato Carballo vs. Alcaldía del municipio Biruaca del estado Apure

Ponente: Alexis Crespo Daza

Visto lo anterior, este Órgano Colegiado considera oportuno señalar que las prestaciones sociales son un derecho inalienable e irrenunciable de todo trabajador que ha prestado un servicio, en el caso bajo estudio, corresponde a la prestación de un servicio a la Administración Pública estadal, además de ello, las prestaciones sociales constituyen créditos laborales de exigibilidad inmediata por parte del trabajador, cuyo vínculo se ha extinguido por alguna de las causales contempladas en el artículo 78 de la Ley el Estatuto de la Función Pública, este derecho en el ordenamiento jurídico venezolano es de rango constitucional y se encuentra consagrado en el artículo 92 de la Carta Magna.

A tal efecto se hace necesario citar el contenido del artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del tenor 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."

En ese mismo orden de ideas, se puede observar el criterio establecido por la Sala de Casación Social en sentencia N° 1841 dictada en fecha 11 de noviembre de 2008, caso: JOSÉ SURITA Vs. MALDIFASSI & CIA C.A., en relación al citado artículo 92 eiusdem, la cual estableció lo siguiente:

"...Estima la Sala que para el cabal entendimiento del contenido de esta previsión constitucional debe precisarse a qué hizo alusión el constituyente cuando se refirió en este contexto a las 'prestaciones sociales' y para ello debemos puntualizar el sustratum de las mismas, aparejada de una suerte de breve reseña histórica, y la determinación de cuáles conceptos conforman esta institución en el marco de nuestro ordenamiento jurídico vigente. De una proyección regresiva en el tiempo, se constata con nitidez la intención legislativa venezolana de dar protección a los trabajadores cuando cesa la prestación de sus servicios.

Con referencia las prestaciones sociales en el ámbito patrio, y en razón de este afán protecciónista, surge la incorporación de las mismas con carácter de fondo de previsión social, vale decir, la prestación de antigüedad y el auxilio de cesantía, como subsidios económicos ante tal eventualidad.

Debe indicarse que la Constitución Nacional venezolana de 1961 establecía en su artículo 88 el mandato de adoptar medidas tendientes a garantizar la estabilidad en el trabajo y el establecimiento de 'prestaciones' que recompensaran la antigüedad del trabajador en el servicio y lo ampararán en caso de cesantía.

Éstas, fueron concebidas originariamente como expectativas de derecho, y la percepción de las mismas dependía de la causa de finalización de la relación de trabajo, estaban condicionadas a si ésta se

producía por un despido injustificado o un retiro justificado, caso contrario no surgía la obligación patronal de cancelarlas.

En el año 1974 se modifica este régimen, y 'las prestaciones sociales' (antigüedad-cesantía) se consagran como derechos adquiridos, que se consolidan sin importar la causa por la cual se ponga fin a la relación laboral, y a partir de este momento, en ningún caso el laborante pierde el derecho a la percepción de las mismas.

(...omissis...)

Con la puesta en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, en su artículo 108 se refunden en un solo rubro, 'las prestaciones sociales', es decir, la antigüedad y el auxilio de cesantía, considerada como una 'indemnización'.

No es hasta que el cuerpo laboral sustantivo de 1990 es reformado, es decir, en fecha 19 de junio de 1997, cuando la 'indemnización por antigüedad' es establecida como 'prestación de antigüedad', cambio de categorización éste que, a criterio de la más calificada doctrina patria, es de mayor rigor técnico, puesto que no se trata de un pago indemnizatorio sino de un pago que nace por la permanencia en el trabajo, por lo que en el actual contexto jurídico laboral venezolano, la expresión 'prestaciones sociales' es impropia gramatical y conceptualmente hablando, ya que hoy en día, esta previsión sólo está referida a la 'prestación de antigüedad'.

Aclarada como ha sido esta imprecisión terminológica en los párrafos anteriores, puede indicarse que, en lo que respecta a la parte in fine del artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, o sea, al establecimiento de la mora debitoris, esto es, que el retraso o incumplimiento de lo que adeuda el patrono al trabajador por concepto de la prestación de antigüedad, genera el deber de pagar intereses de mora desde la fecha en que la misma se hace exigible, vale decir, desde el momento en que efectivamente culmina la relación de trabajo...'.

Dicho argumento permite a este Órgano Jurisdiccional afirmar que en definitiva el cobro de las prestaciones sociales se traduce en un derecho para el trabajador y una obligación para la Administración de cancelar de manera inmediata el monto acumulado por ese con-

cepto una vez terminada la relación laboral, la cual debe ser proporcional al tiempo de servicio prestado.

Ello así, este considera procedente la pretensión de la parte actora, por consiguiente se ordena el pago de sus prestaciones sociales, cuyo monto habrá de establecerse mediante experticia complementaria del fallo, en consecuencia, se ORDENA a la Alcaldía del Municipio Biruaca del estado Apure proceder al pago de las prestaciones sociales del ciudadano Renato Antonio Carballo Laya, por el tiempo efectivo en que cumplió sus servicios en la mencionada Alcaldía -tres (3) años y ocho (8) días- desde el 1º de febrero de 2002 al 9 de febrero de 2005, los cuales deberán ser determinados mediante una experticia complementaria del fallo de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil. (Vid. Sentencia Nº 2011-0374 emitida por esta Corte el 16 de marzo de 2011, caso: Arturo José Cedeño Marcano Vs. Gobernación del Estado Apure). Así se decide.

Una vez precisado esto, y a los fines de determinar los conceptos que deben formar parte del cálculo de las prestaciones sociales, conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, cuyo texto es el del tenor siguiente: "Artículo 28.- Los funcionarios y funcionarias públicos gozarán de los mismos beneficios contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en lo atinente a la prestación de antigüedad y condiciones para su percepción". (Destacado de esta Corte).

Vista la remisión expresa prevista en la norma supra transcrita, a la Ley Orgánica del Trabajo, sólo a los fines del cálculo de la prestación de antigüedad, debe realizarse la transcripción parcial del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual establece:

"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.

(...Omissis...)

Parágrafo Quinto.- La prestación de antigüedad, como derecho adquirido, será calculado con base al salario devengado en el mes al

que corresponda lo acreditado o depositado, incluyendo la cuota parte de lo percibido por concepto de participación en los beneficios o utilidades de la empresa (...).

Parágrafo Sexto.- Los funcionarios o empleados públicos nacionales, estadales o municipales, se regirán por lo dispuesto en este artículo”.

De la norma transcrita, infiere esta Corte que, a los fines del cálculo de la prestación de antigüedad que corresponda a los funcionarios públicos, se debe acoger la Administración Pública a lo dispuesto en el artículo *ut supra* transrito, sin que ello signifique que deba la Administración Pública acogerse irrestrictamente al concepto salario, previsto en la Ley Orgánica del Trabajo.

En refuerzo de lo anterior, cabe destacar el criterio establecido por esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en sentencia N° 2012-2541 de fecha 7 de diciembre de 2012, caso: Jacinto José González contra El Instituto Autónomo de Policía del Municipio General Rafael Urdaneta del Estado Bolivariano De Miranda, donde señaló, que “(...) de conformidad con lo establecido en el artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152 Extraordinaria, de fecha 19 de junio de 1997, aplicable *rationae temporis*, después del tercer mes ininterrumpido de servicio, el trabajador tendría derecho a una prestación de antigüedad que equivaldría a cinco (5) días de salario por cada mes, estableciendo además, que después del primer año de servicio, el patrono pagaría al trabajador dos (2) días de salario por cada año, acumulativos hasta treinta (30) días de salario, siendo que en atención a la voluntad del trabajador, esta prestación se depositaría y liquidaría mensualmente, en forma definitiva, en un fideicomiso individual o en un Fondo de Prestaciones de Antigüedad o se acreditaría mensualmente a su nombre, lo cual se pagaría al término de la relación de trabajo y devengaría intereses. Asimismo, de conformidad con el artículo 133 *eiusdem*, se entiende por salario la remuneración que corresponda al trabajador por la prestación de su servicio, y comprende las comisiones, primas, gratificaciones, participación en los beneficios o utilidades, sobresueldos, bono va-

cacional, recargos por días feriados, horas extras o trabajo nocturno, alimentación y vivienda”.

De tal manera, que a los fines de determinar que conceptos deben ser considerados parte del sueldo, a los fines del cálculo de las prestaciones sociales para los funcionarios públicos, debe atenderse a lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa para el pago de la prestación de antigüedad, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.628, de fecha 25 de enero de 1999, Decreto N° 3.244 del 20 de enero de 1999, el cual expresamente prevé lo siguiente:

“Artículo 3.- La remuneración que servirá de base para calcular la prestación de antigüedad comprenderá el sueldo inicial, las compensaciones por servicio eficiente y antigüedad y las demás asignaciones que puedan evaluarse en efectivo y correspondan a la prestación de servicio del empleado independientemente de su denominación.

A los efectos de este Reglamento, el bono vacacional y la bonificación de fin de año son considerados asignaciones vinculadas a la prestación de servicio.

Las asignaciones que puedan evaluarse en efectivo y correspondan a la prestación de servicios del empleado serán tomadas como base de cálculo de la prestación de antigüedad en el mes en que sean pagados independientemente de la fecha en que se causen”. (Destacado de esta Corte).

Por ello, deduce esta Corte del artículo supra referido, que todas aquellas cantidades de dinero percibidas por un funcionario, en virtud de la relación de empleo público que mantiene con la Administración, y que se correspondan con la prestación de servicio, deberán ser consideradas como base para determinar la prestación de antigüedad de dicho funcionario público, así como el bono vacacional y la bonificación de fin de año.

Precisado lo anterior, y a los fines de determinar cuáles de los conceptos reclamados por el recurrente deben ser incluidos en el sueldo base para el cálculo de las prestaciones sociales, advierte esta Corte que, conforme a lo dispuesto en el Reglamento Parcial de la

Ley de Carrera Administrativa para el pago de la prestación de antigüedad, debe atenderse a que los mismos se "correspondan a la prestación de servicio del empleado", más allá de si los referidos bonos los percibía de forma temporal o continua.

- Solicitud de pago de los intereses moratorios:

Por lo que se refiere a la solicitud de pago de los intereses moratorios que reclama la actora, de conformidad con el criterio antes expuesto, esta Alzada concluye 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 Número 2007-00942 de fecha 30 de mayo de 2007, caso: José Noel Escalona Vs Ministerio de Educación y Deportes (hoy Ministerio del Poder Popular para la Educación).

En virtud de lo anterior, este Órgano Jurisdiccional ante el manifiesto retardo en que incurrió la Administración recurrida, respecto al pago de las prestaciones sociales del recurrente, debe ordenar el pago de los intereses moratorios por el tiempo del retardo, tomando en consideración que constitucionalmente dicho pago debió realizarse de manera inmediata, es decir, al día siguiente de su egreso de la Administración, como consecuencia de su remoción, con base en lo dispuesto en el prenombrado artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Por consiguiente, estima esta Corte Segunda que a la misma le corresponden conforme lo dispone el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y deben pagársele por el lapso comprendido entre el 9 de febrero de 2005, fecha a partir de la cual se hizo efectiva la remoción del cargo de Coordinador de la Oficina de Programa de Alimentación Estratégico (PROAL), hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de sus prestaciones sociales, monto éste que habrá de determinarse en base al resultado que arroje la experticia complementaria del fallo ordenada mediante la

presente decisión, con el objeto de establecer el monto correspondiente a las prestaciones sociales que se le adeudan al recurrente, por tanto ésa será la suma sobre la que habrá de hacerse el cálculo de los intereses moratorios, calculados dichos intereses no capitalizados, los cuales deben estimarse por una experticia complementaria del fallo de conformidad con el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide.

No obstante, es menester significar que dichos intereses deberán ser calculados bajo los siguientes parámetros: 1) Los intereses generados después del 30 de diciembre de 1999 se calcularán a las tasas fijadas por el Banco Central de Venezuela de acuerdo con el artículo 108 literal "c" de la Ley Orgánica del Trabajo y 2) en el cálculo de los enunciados intereses de mora no operará el sistema de capitalización (de los propios intereses). Así se decide.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de septiembre 2013

Número 001871

Caso: Zulay López vs. Alcaldía del municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

Ahora bien, con respecto a la solicitud del pago de las prestaciones sociales, es necesario invocar lo establecido en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual es del tenor siguiente:

“(...) 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 una deuda de valor y gozarán de los mismos privilegios y garantías de la deuda principal”. (Negrillas de esta Corte).

Del artículo precitado se colige que las prestaciones sociales constituyen un pago al trabajador por la antigüedad en el cumplimien-

to de sus labores, así como representan una garantía para subsistir mientras el mismo se encuentra cesante. De manera que, en virtud de la importancia de tal derecho, es que el constituyente estableció que la mora en el pago de las prestaciones sociales genera intereses, que a su vez la derogada Ley Orgánica del Trabajo en su artículo 108, literal "C" estatúia que dichos intereses debían ser calculados conforme al cálculo promedio entre la tasa activa y pasiva determinada por el Banco Central de Venezuela tomando como referencia los seis (6) principales bancos del país. Asimismo, la novísima Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, en su artículo 142 literal "F" establece que los mismos serán calculados conforme a la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis (6) principales bancos del país.

Así las cosas, esta Corte ha establecido en anteriores decisiones (vid. Sentencia N° 2013-1418, de fecha 4 de julio de 2013, caso: Alberto Agustín Belzares Waisman contra el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Exteriores), que la obligación por parte de la Administración de pagar las prestaciones sociales nace al momento en que finaliza la relación funcionarial, en consecuencia, se deduce que a partir de dicho instante, toda mora en el desembolso de las mismas genera intereses, y siendo que en las actas del expediente judicial y administrativo, no consta pago alguno sobre el aludido concepto, este Órgano Jurisdiccional ordena al ente querellado el pago de las prestaciones sociales a la ciudadana recurrente, con el respectivo pago de los intereses moratorios, calculados desde el momento en que la ciudadana Zulay López Navarro cesó en sus funciones, hasta el desembolso efectivo de las mismas. Así se establece.

De la anterior declaratoria, se entiende que el ente querellado deberá sufragar los intereses de mora por el retardo en el pago de las prestaciones sociales a la ciudadana recurrente, desde la fecha en que fue removida de su cargo, hasta el 6 de mayo de 2012, con base al cálculo promedio entre la tasa activa y pasiva determinada por el Banco Central de Venezuela tomando como referencia los seis (6) principales bancos del país, conforme al artículo 108, literal "a" de la derogada Ley Orgánica del Trabajo; y desde el 7 de mayo de 2013,

fecha en la cual entró en vigencia la nueva Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras, hasta la fecha efectiva del pago de las referidas prestaciones sociales, con base al cálculo de la tasa activa fijada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis (6) principales bancos del país conforme a lo previsto en el literal "F" del artículo 142 de la referida Ley vigente. Así se declara.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

11 de noviembre 2013

Número 002375

Caso: Leslie Capote vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación

Ponente: Alexis Crespo Daza

Precisado lo anterior, evidencia este Órgano Jurisdiccional que el recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto por la ciudadana Leslie Capote Gutiérrez, tiene como objeto el pago de una diferencia de prestaciones sociales, así como también los intereses moratorios generados por el retardo en el pago de las prestaciones sociales, en razón de la finalización de su relación de empleado público con el Ministerio del Poder Popular para la Educación, producto de la jubilación otorgada en fecha 7 de septiembre de 2004, con vigencia a partir del 1 de octubre de 2004.

Ahora bien, observa esta Corte que el Juzgador de Instancia en su fallo de fecha 1º de junio de 2011, condenó al Ministerio del Poder Popular para la Educación al pago de los intereses moratorios generados desde el 1 de octubre de 2004, fecha en la cual la hoy recurrente egresó de la administración pública mediante jubilación, hasta el 27 agosto de 2008, oportunidad ésta en que le fue pagado lo correspondiente a sus prestaciones sociales.

Ahora bien, observa esta Corte que el Juzgado a quo señaló “(...) se infiere de manera clara que el pago de las Prestaciones Sociales debe hacerse de manera inmediata a la terminación de la relación laboral, condición esta que el Ministerio del Poder Popular para la

Educación no cumplió, transcurriendo un lapso de tres (03) años, diez (10) meses y siete (7) días, entre la fecha de jubilación de la recurrente 01 de octubre de 2004 y la efectiva cancelación de sus prestaciones sociales 27 de agosto de 2008 (...)" . (Negrillas del original). Ello así, corresponde a esta Corte verificar la procedencia del pago de los intereses moratorios sobre las prestaciones sociales, solicitud efectuada por la recurrente en su escrito libelar, por lo que, observa esta Corte tal y como fue señalado por el Juzgado a quo, que mediante resolución N° 04-01-01 de fecha 7 de septiembre de 2004, le fue otorgado a la ciudadana Leslie Capote Gutiérrez, el beneficio de jubilación; lo cual se desprende del anexo marcado "A", el cual corre inserto del folio 8 al 10, el cual tendría efecto a partir del 1 de octubre de 2004, indicando que, no fue sino hasta el 27 de agosto de 2008, que recibió el pago correspondiente a las prestaciones sociales, este hecho se evidencia de los anexos marcados "D1" y "D2", que son copia del recibo firmado por al hoy recurrente y copia del cheque suscrito por el Ministerio de Finanzas, hoy Ministerio del Poder Popular de planificación y Finanzas, a nombre de la ciudadana "Capote G Leslie", de fecha 19 de agosto de 2008, el cual fue recibido por la recurrente tal y como fue señalado anteriormente, el 27 de agosto de 2008.

Ahora bien, observa igualmente esta Corte, tal y como lo hiciere el Juzgado Superior, cuando indicó que existió un retardo en el pago toda vez que desde la fecha en que culminó la relación funcionarial que existía entre la hoy querellante y el Ministerio del Poder Popular para la Educación (1 de octubre de 2004), hasta la fecha en la cual se efectuó el último pago por concepto de prestaciones sociales recibido por la mencionada ciudadana Leslie Capote Gutiérrez (28 de agosto de 2008), según se desprende de planilla de cálculo de liquidación de prestaciones sociales que corre inserta a los folios 11 al 24, ha transcurrido un lapso de tiempo superior a los tres años. Visto lo anterior, resulta necesario acotar que el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, nos indica que:

"Artículo 92.- Todos los trabajadores y trabajadoras tienen derecho a prestaciones sociales que les recompensen la antigüedad en el ser-

vicio 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". (Negritas y subrayado de esta Corte).

Desprendiéndose así que es una obligación para el patrono pagar de manera inmediata las prestaciones sociales, por lo que el retraso en el pago de las mismas siempre causará el pago de intereses moratorios, y siendo evidente, que no hubo cancelación oportuna de los pasivos que le adeudaba el Ministerio recurrido, a la ciudadana Leslie Capote Gutiérrez, razón por la cual resulta necesario para esta Alzada acotar que en las actas procesales no reposa documento alguno del cual pudiera desprenderse el cálculo y consecuente pago correspondiente a los intereses de mora causados sobre las cantidades que adeudaba la parte querellada por conceptos de dichas prestaciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -la cual entró en vigencia el 30 de diciembre de 1999-.

En razón de lo expuesto, esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, comparte el criterio sostenido por el a quo en el fallo objeto de consulta, en donde se condena al Ministerio del Poder Popular para la Educación -parte recurrida en el presente caso-, al pago de los intereses moratorios generados por la suma no pagada oportunamente al recurrente, a calcularse tal y como fue señalado por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital desde el 1 de octubre de 2004 (fecha de culminación de la relación funcionarial), hasta el efectivo pago de las prestaciones sociales el día 27 de agosto de 2008; por lo tanto, el Ministerio hoy recurrido deberá pagar los intereses de mora por el retardo en el pago de las prestaciones sociales al recurrente, con base a la tasa fijada por el Banco Central de Venezuela, conforme a lo previsto en el literal "C" del artículo 108 de la Ley Orgánica del Trabajo, para lo cual se ordenó realizar la experticia complementaria el fallo. Así se decide.

B.- DIFERENCIA DE PRESTACIONES SOCIALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

15 de octubre 2013

Número 001823

Caso: Ana Angarita vs. Instituto Nacional de Deportes

Ponente: Marisol Marín Rodríguez

El objeto fundamental de la presente querella funcional es la reclamación formulada por la ciudadana Ana de Dios Angarita Chacón, originada por el proceso de descentralización y reestructuración del Instituto Nacional de Deportes, proceso en el que renunció al cargo que desempeñaba en el mismo y, como consecuencia de ello, al haberle pagado dicho ente administrativo sus prestaciones sociales, éstas, -a su entender-, no le fueron calculadas con base al último sueldo mensual devengado; en virtud de lo cual, solicitó que se efectuara nuevamente el cálculo del monto de las prestaciones sociales con base al último sueldo mensual percibido, y se le pagara el monto correspondiente a la diferencia surgida entre este nuevo cálculo de prestaciones sociales y el ya efectuado.

Por su parte, la sentencia objeto del presente recurso de apelación declaró parcialmente con lugar la querella funcional interpuesta y ordenó el pago de los siguientes conceptos: diferencia de prestaciones sociales para el período comprendido entre el mes de julio de 1997 al mes de marzo de 1998, según el nuevo régimen de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, y sobre dicha cantidad indicó que debe pagarse el noventa y cinco por ciento (95%) según lo establecido en las Bases Especiales de Liquidación; de la diferencia por concepto de indemnización entre el monto que debía percibir y el que realmente fue percibido; las vacaciones y bono vacacional (fraccionados) del año 1998, la diferencia por concepto de fideicomiso para el período comprendido entre el mes de julio de 1997 al mes de marzo de 1998; los intereses moratorios por concepto de prestaciones sociales, para el período comprendido entre el mes de julio de 1997 al mes de marzo de 1998 así como la realización de una

experticia complementaria del fallo, a los fines de que se determinaran los montos adeudados.

Con relación al recurso de apelación interpuesto por la Abogada Susy Martínez Ducreaux actuando con el carácter de Apoderada Judicial de la querellante, advierte esta Corte que, según se desprende del folio ciento cincuenta y uno (151) del expediente judicial, que en fecha 27 de marzo de 2007, se dio cuenta a la Corte, se inició la relación de la causa, y se fijó el lapso de quince (15) días de despacho, a los fines de que los apelantes presentasen sus escritos de fundamentación de la apelación, a tenor de lo previsto en el artículo 19, párrafo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, de la revisión de las actas del presente expediente se evidencia que dentro del referido lapso, así como tampoco durante el curso del procedimiento de segunda instancia, la parte querellante compareció ni por si ni a través de sus apoderados, a los fines de consignar escrito de fundamentación del recurso de apelación interpuesto.

En ese sentido se observa que el artículo 19, párrafo 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, establece que:

“...Las apelaciones que deben tramitarse ante el Tribunal Supremo de Justicia, se seguirá el siguiente procedimiento: Iniciada la relación de la causa, conforme a los autos, la parte apelante deberá presentar un escrito donde exponga las razones de hecho y de derecho en que fundamenta la apelación, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes. Inmediatamente, se abrirá un lapso de cinco (5) días hábiles continuos, para que la otra parte, de contestación a la apelación. La falta de comparecencia de la parte apelante, se considerará como desistimiento de la acción y así será declarado, de oficio o a instancia de la otra parte...”.

Siendo ello así, y dada la omisión de la parte querellante en consignar el escrito de fundamentación de la apelación correspondiente, esta Corte declara desistido el recurso de apelación interpuesto por la Apoderada Judicial de la ciudadana Ana de Dios Angarita Chacón, conforme a la norma precitada. Así se decide.

En cuanto al recurso de apelación interpuesto por la Abogada Rosario Godoy de Pardi, actuando con el carácter de Sustituta de la Procuraduría General de la República, se advierte que la apelante denunció la violación del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, pues el A quo no se pronunció con respecto a lo alegado y probado en autos, de igual modo denunció que el iudex A quo acordó pagos a la querellante que no le corresponden. Con respecto a ello esta Corte advierte lo siguiente:

En relación al vicio de incongruencia denunciado esta Corte debe precisar que de acuerdo con el ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, toda sentencia debe contener "...decisión expresa, positiva y precisa...", de igual forma es necesario advertir que el mismo se relaciona con el contenido en el artículo 12 de Código de Procedimiento Civil, el cual establece lo siguiente:

"...Los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procuraran conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el juez debe atenerse a las normas del derecho a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia...".

Así las cosas, entiende esta Corte que la querellante denunció el vicio de incongruencia, al respecto debe precisarse que el mismo consiste en la alteración o modificación, por el Juez que conozca del asunto, del problema judicial debatido, ya sea porque no resuelva sólo sobre lo alegado, o bien porque no decida sobre todo lo alegado, diferenciándose así lo que doctrinaria y jurisprudencialmente se ha entendido como incongruencia positiva y negativa. Este defecto incide en uno de los requisitos de fondo que debe cumplir toda sentencia cual es la adecuación, correlación y armonía entre las peticiones de tutela de las partes intervenientes y lo decidido en el fallo, atendiendo siempre al principio de exhaustividad, conforme al cual la decisión debe recaer sobre todas las pretensiones de las partes.

El principio de congruencia, en el derecho venezolano, está vinculado con el conflicto debatido entre las partes del cual surgen dos reglas: a) decidir sólo sobre lo alegado y b) decidir sobre todo lo alegado, pues el juez está en la obligación de decidir conforme a lo alegado y probado en autos, obligación que establece el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. Así, la doctrina ha establecido, que el vicio de incongruencia se manifiesta de dos formas: la primera cuando el Juez emite su decisión más allá de los límites de la litis planteada sometida a su estimación, conocida como incongruencia positiva; y, la segunda, se presenta al omitir el Juez el debido pronunciamiento sobre uno de los alegatos expuestos entendida como incongruencia negativa. Esta última consideración conduce a establecer la obligación que tiene el Juez de decidir sobre todos y cada uno de los alegatos formulados por las partes.

En este sentido, el vicio de incongruencia negativa previsto en el artículo 243 ordinal 5º del Código de Procedimiento Civil, contiene implícito el principio de exhaustividad del fallo, el cual le impone al Juez la obligación de emitir una decisión de manera positiva y precisa, sin sobreentendidos, sin dejar cuestiones pendientes, sin incertidumbre ni ambigüedades congruentes con las pretensiones y defensas opuestas. Sobre el vicio de incongruencia negativa señaló la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia número 01342 de fecha 31 de julio de 2007, lo siguiente:

“...En cuanto a la congruencia, dispone el segundo precepto del ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil que la decisión debe dictarse con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas. Luego, cuando no existe la debida correspondencia formal entre lo decidido y las pretensiones y defensas de las partes, se produce el vicio de incongruencia, el cual se manifiesta cuando el juez con su decisión modifica la controversia judicial debatida, bien porque no se limitó a resolver sólo lo pretendido por las partes, o bien porque no resolvió sobre algunas de las pretensiones o defensas expresadas por los sujetos en el litigio. Precisamente ante el segundo supuesto citado, se estará en presen-

cia de una incongruencia negativa, visto que el fallo omite el debido pronunciamiento sobre alguna de las pretensiones procesales de las partes en la controversia judicial..." (Destacado de la Sala).

En tal sentido, es conveniente resaltar que la sentencia no sólo debe contener decisión expresa, positiva y precisa (artículo 243 ordinal 3 del Código de Procedimiento Civil), sino que estos elementos deben estar referidos directamente a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, es decir al *thema decidendum*. Ello significa que, el Juez está constreñido a decidir sobre las cuestiones que las partes le hayan propuesto, en virtud de que dichos alegatos fijan los límites de la relación procesal y, por ende, el Juez deberá circunscribir su análisis a los argumentos esbozados como fundamento de la pretensión del demandante, y a aquellos alegatos esgrimidos como contestación a dicha pretensión (principio de congruencia) salvo que se trate de un caso de eminente orden público. Por otra parte, esa decisión ha de ser en términos que revelen claramente, el pensamiento del sentenciador en lo dispositivo, el cual no puede ser implícito o tácito, ni contener expresiones vagas u oscuras, ni requerir de inferencias, interpretaciones o raciocinios para saber que fue lo decidido.

Igualmente, debe advertir esta Corte que la congruencia, constituye una de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrada en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en virtud de que éste no se satisface única y exclusivamente accediendo a la jurisdicción y obteniendo una resolución motivada y fundada en derecho, sino que además es necesario, que dicha resolución atienda sustancialmente al objeto de las pretensiones formuladas y probadas por las partes, de forma que ésta ofrezca una respuesta coherente de todo lo que ha sido planteado en el proceso.

Precisado lo anterior, esta Corte pasa a revisar la decisión apelada y demás actas que conforman el expediente conforme a los alegatos de la parte apelante, a los fines de verificar si el *A quo* incurrió o no en el vicio denunciado. Al efecto se observa:

Alegó la parte apelante, que el Tribunal de Instancia ordenó el pago que por diferencia de prestaciones sociales, a su decir, le correspon-

dían a la querellante respecto al período comprendido entre junio de 1997 y marzo de 1998; de igual manera expresó que sobre dicha cantidad, debía pagarse el noventa y cinco por ciento (95%) según lo establecido en las bases especiales de liquidación, en ese sentido, la referida parte consideró que dicho concepto correspondía al período de Reestructuración, el cual se conoce en la actividad administrativa como Proceso de descentralización y Transferencia de Competencias del Poder Nacional a los estados y Municipios.

Al respecto, estima esta Corte que, si bien es cierto, los funcionarios del Instituto Nacional de Deportes, percibían la indemnización según lo establecido en la Cláusula Quinta de la Segunda Convención Colectiva de Condiciones de Trabajo de los Empleados Públicos "Acuerdo Marco", en este caso en particular, se debe recalcar que la renuncia se hizo efectiva a partir del 15 de marzo de 1998, -tal como lo solicitó la querellante- aunque la notificación de su aceptación se realizó el 6 de abril de 1998, como se desprende de su escrito libelar, en consecuencia, considera este Órgano Jurisdiccional, al contrario de lo indicado por el Tribunal de la causa, que no se causó una desmejora en las prestaciones sociales y otros beneficios de la funcionaria.

Así, esta Alzada estima que el pago ordenado por el Juzgador de Instancia por este concepto es improcedente, ya que la querellante estaba percibiendo una indemnización mensual por cuanto no se le habían cancelado las prestaciones sociales, conforme lo estableció la Cláusula Quinta de la Segunda Convención Colectiva de Condiciones de Trabajo de los Empleados Públicos "Acuerdo Marco", razón por la cual no se debe pagar la diferencia de las prestaciones sociales ordenadas por el A quo y en consecuencia, el noventa y cinco por ciento (95%) sobre dicha cantidad (Vid. Sentencias números 2008-819 y 2009-1328, de fechas 14 de mayo de 2008 y 29 de julio de 2009, dictadas por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, casos: Lucrecia Castrellón Solano Vs Instituto Nacional de Deportes y María Vásquez Vs. Instituto Nacional de Deportes). Así se decide. Igualmente, agregó que, en vista de la demora en el pago de las prestaciones sociales para su cancelación, por los trámites Admi-

nistrativos, propios de todos los entes Administrativos, el Gobierno Nacional, ordenaba un pago indemnizatorio a favor del trabajador, establecido en la cláusula Quinta de la Segunda Convención Colectiva de Condiciones de Trabajo de los Empleados Públicos "Acuerdo Marco" equivalente al 100 % del salario del trabajador, pero sin incidencia salarial, de manera, que -a su decir- este pago no le corresponde a la querellante.

Respecto a lo alegado, observa esta Corte, que el A quo señaló que constaba al folio cincuenta y siete (57) del expediente del caso de autos, que el Organismo querellado salarizó la cantidad que la querellante recibía por concepto de Bono para el mes de enero de 1998, según lo establecido en el artículo 670 de la Ley Orgánica del Trabajo, pero no calculó la antigüedad de los meses de enero, febrero, marzo, y 6 días del mes de abril, fecha en la cual le es aceptada la renuncia a la querellante por el mencionado Instituto.

Ahora bien, en relación a este punto, este Órgano Jurisdiccional considera necesario indicar que mediante el Decreto N° 1.786 de fecha 9 de abril de 1997 -publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.181 de esa misma fecha-, el cual riel a los folios ochenta y tres (83) y al ochenta y seis (86) del expediente judicial, el Presidente de la República aprobó las escalas de sueldos y el incremento compensatorio para los empleados o funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública Nacional, ello de conformidad con el artículo 43 de la Ley de Carrera Administrativa , estableciéndose en dicho Decreto en sus artículos 9 y 10 lo siguiente:

"Artículo 9: Se establece un ingreso compensatorio equivalente al 100% del sueldo ajustado a las escalas establecidas en los artículos 2 y 3 del presente Decreto que será cancelado mensualmente.

Artículo 10: El incremento compensatorio establecido no tendrá carácter salarial y en consecuencia no será objeto de desgravamen alguno ni se tomará en cuenta en el cálculo de prestaciones sociales". En ese sentido, se debe indicar que riel a folio doscientos cuarenta y uno (241) del expediente judicial, renuncia al cargo que venía desempeñando la querellante de Secretario I, donde expuso su "de-

cisión de acogerme a las bases especiales de Liquidación ofrecidas por ese Instituto avaladas por la Procuraduría General de la República (...) aceptada mi renuncia con vigencia 15 de marzo de 1998 y conforme a las referidas bases especiales...”, la cual fue aceptada por el Presidente del Instituto Nacional de Deportes, mediante el Oficio N° 1188, de fecha 6 de abril de 1998 (Vid. folio 242).

Ello así, es pertinente expresar que la Ley Orgánica del Trabajo publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5.152 Extraordinaria el 19 de junio de 1997, en su artículo 670, -disposición normativa cuya aplicación pretende la querellante al caso de marras- se dispone lo siguiente:

“Artículo 670. Se integrarán al salario a partir de la entrada en vigencia de esta Ley:

a) En el sector público:

b) Las bonificaciones percibidas en virtud de los Decretos Nos. 617, 1.055 y 1.786 de fechas 11 de abril de 1995, 7 de febrero de 1996 y 5 de abril de 1997, respectivamente, y de los Acuerdos suscritos por el Ejecutivo Nacional con los gremios de empleados públicos hasta alcanzar el monto del salario mínimo que se fije. El saldo de aquellas que excedieren al salario mínimo, se integrará progresivamente durante el año 1998...”.

Ahora bien, vale destacar que si bien es cierto que conforme al transcrto artículo, pasarían a integrar a los sueldos de los funcionarios públicos, las bonificaciones que se venían percibiendo de conformidad con el citado Decreto N° 1.786 del 9 de abril de 1997 -el incremento compensatorio equivalente al cien por ciento (100%) del sueldo contenido en las escalas fijadas en el mismo, no es menos cierto, que en el Decreto N° 2.316 de fecha 30 de diciembre de 1997, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 36.364 de esa misma fecha, cursante a los folios ochenta y siete (87) al noventa (90) del expediente judicial, el Presidente de la República consideró que “...la Reforma de la Ley Orgánica del Trabajo introdujo cambios sustanciales en la conformación de las relaciones laborales en todos los sectores de la actividad nacional, que exigen la recomposición del salario que perciben los trabajadores”

y en consecuencia, en total armonía con los artículos 42 y 43 de la derogada Ley de Carrera Administrativa, decretó una nueva escala de sueldos para los empleados o funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública Nacional y, estableciendo en el artículo 4 lo siguiente:

"Artículo 4. Las escalas de sueldos previstas en este Decreto incorporan el ingreso compensatorio establecido en el Decreto N° 1.786 de fecha 09 de abril de 1997, de conformidad con el artículo 670 de la Ley Orgánica del Trabajo".

Consecuencia de lo expuesto, es que efectivamente el incremento compensatorio establecido en el Decreto N° 1.786 del 9 de abril de 1997, por mandato expreso del Decreto N° 2.316 del 30 de diciembre de 1997, pasó a formar parte de los sueldos de los funcionarios públicos y, por ende, con incidencia en el cálculo de las prestaciones sociales, sin embargo este último Decreto conforme a su artículo 14 "...entrará en vigencia desde el 1º de enero de 1998".

Tomando en cuenta la fecha en que fue aceptada la renuncia de la funcionaria -a partir del 15 de marzo de 1998-, evidencia esta Corte del cálculo realizado por el Instituto querellado (Vid. folios 59 y 60), que a la referida ciudadana se le pagó hasta el 15 de marzo de 1998, con el mismo salario que devengaba al 31 de diciembre de 1997.

Ello así, se observa que la Administración no tomó en cuenta al realizar el referido cálculo, el sueldo decretado con vigencia a partir del 1º de enero de 1998, generándose una diferencia a favor de la querellante, de los meses de enero, febrero y marzo del mismo año, en virtud de lo cual procede ordenar su cancelación. Así se decide. Seguido a ello la parte apelante señaló, que el Juzgado A quo acordó el pago de las vacaciones fraccionadas, el bono vacacional fraccionado correspondiente al año 1998 y el pago de vacaciones vencidas correspondientes al período 1997 y 1998; que no corresponden esos conceptos, a la querellante, porque el pago indemnizatorio, no tiene incidencia salarial.

Igualmente señaló, que en relación a los pagos de diferencia del fideicomiso, entre los meses de julio de 1997 y marzo de 1998, así como los intereses moratorios, por concepto de prestaciones socia-

les acordados por el A quo, anexó la solicitud y la elaboración para el pago de las prestaciones sociales, con el bono de 95% sobre las prestaciones sociales de dicha ciudadana, demostrando la veracidad de los hechos por ellos establecidos, agregando, que estos conceptos, entran igualmente, dentro del salario Indemnizatorio, motivo por el cual consideraron que a la querellante, no le corresponde dicho pago.

En lo relativo al pago de las vacaciones fraccionadas correspondientes al período de 1998, el Juzgador de Instancia, señaló que se desprendía de los folios noventa y seis (96) y noventa y nueve (99) que no fue cancelado de acuerdo al sueldo que debía percibir la actora para el momento de su renuncia, razón por la cual, consideró procedente la cancelación de la diferencia correspondiente.

Ahora bien, con respecto a estas invocaciones, coincide esta Alzada con lo decidido por el A quo, en conceder el pago a la actora de los referidos conceptos, puesto que, desde el 1º de enero de 1998 al 15 de marzo del mismo año, se encontraba activa en el organismo querellado, por lo tanto, le corresponde la cancelación de los mismos de manera fraccionada de conformidad con el artículo 225 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable *rationae temporis*. Así se decide.

Concretamente, deduce esta Corte con respecto a los intereses moratorios cuyo pago fue acordado por el A quo, que en la Cláusula Quinta de la Segunda Convención Colectiva de Condiciones de Trabajo de los Empleados Públicos "Acuerdo Marco" suscrito entre el Ejecutivo Nacional y las Organizaciones Sindicales (FEDEUNEP y CTV) en fecha 28 de agosto de 1997, se estableció que:

"Los Ministerios, Institutos Autónomos y otros organismos que sean sometidos al proceso establecido en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de competencia del Poder Público, o que sean afectados por reestructuración se comprometen a concertar, con la Federación Unitaria Nacional de Empleados Públicos (FEDEUNEP), los acuerdos relacionados con el personal, a tales fines se incorporará a un representante de la mencionada Federación en dicho procedimiento. Asimismo en todos y

cada una (sic) de los movimientos de egresos que se sucedan en los Entes Públicos, como consecuencia de un Decreto de Reestructuración, Reorganización o Reducción de Personal, se conviene en cancelar una indemnización mensual equivalente al ingreso por la prestación de servicio que viene percibiendo cada empleado. Dicha indemnización se mantendrá hasta tanto le sean cancelados todos y cada una de las cantidades que correspondan a los Empleados Públicos con ocasión de la terminación de su relación, incluyendo las Prestaciones Sociales" (Mayúsculas del original).

De la cláusula transcrita se desprende que se estableció para los funcionarios que prestaran sus servicios en los Ministerios, Institutos Autónomos y otros organismos que fueran sometidos al proceso establecido en la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencia del Poder Público, una indemnización mensual equivalente al ingreso mensual que percibía por la prestación de sus servicios, para aquellos que egresaran por motivo de un Decreto de Reestructuración, Reorganización de Personal. De igual forma se evidencia el tiempo de vigencia de la citada indemnización, siendo hasta tanto le sean canceladas las prestaciones sociales.

Por lo tanto, en razón de la situación antes descrita, ante el proceso de reestructuración que se vio sujeto el Instituto Nacional de Deportes, es que se instituyó la indemnización ordenada en la Cláusula Quinta de la Segunda Convención Colectiva de Condiciones de Trabajo de los Empleados Públicos "Acuerdo Marco" suscrita en fecha 28 de agosto de 1997, constituyendo el pago de la misma un deber de la Administración como consecuencia del aludido proceso de reestructuración, hasta que fueran canceladas las prestaciones sociales del funcionario público, pago este que fue percibido por la querellante, y que perseguía como fin resarcir a los funcionarios que se acogieran al proceso especial de las bases de liquidación, por el retardo en el pago de las prestaciones sociales, que es la misma finalidad que persigue el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Siendo así, de otorgarse los intereses moratorios previstos en el artículo 92 citado, se estaría sancionando doblemente a la Adminis-

tración por el mismo motivo, que en el presente caso no es otro que el retardo en el pago de las prestaciones sociales, retardo que ya ha sido resarcido con el pago de la indemnización prevista en la Cláusula Quinta de la Segunda Convención Colectiva de Condiciones de Trabajo de los Empleados Públicos "Acuerdo Marco" suscrita en fecha 28 de agosto de 1997, y que la querellante percibió hasta el efectivo pago de las prestaciones sociales, lo cual ocurrió en fecha 21 de diciembre de 1999, tal y como ha sido admitido por la ciudadana Ana de Dios Angarita Chacón, en el escrito libelar.

No obstante, en virtud que quedó pendiente una diferencia a su favor por concepto del incremento del sueldo correspondientes a los meses de enero, febrero y marzo de 1998, que a su vez incide en la alícuota de la prestación de antigüedad, esta Corte estima procedente ordenar el pago de los intereses moratorios que se hayan generado con respecto a los meses en referencia. Así se decide.

Con base a lo anteriormente expuesto, esta Corte, declara PARCIALMENTE CON LUGAR la apelación interpuesta por la representación judicial del Instituto Nacional de Deportes, en consecuencia se REVOCA PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero de Transición de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, en fecha 21 de junio de 2004, únicamente en lo que concierne al pago de los siguientes conceptos, ya que los mismos no le corresponden:

- a) La diferencia de las prestaciones sociales ordenadas por el A quo, y en consecuencia, el noventa y cinco por ciento (95%) sobre dicha cantidad desde julio de 1997 al 31 de diciembre del mismo año;
- b) la diferencia del fideicomiso;

C.- INDEXACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

24 de septiembre 2013

Número 001633

Caso: José Manuel Herrera vs. Alcaldía del Distrito Metropolitano de Caracas

Ponente: Marisol Marín Rodríguez

En cuanto a la solicitud de indexación, se observa que ha sido criterio reiterado de esta Corte, la negativa de aplicar la corrección monetaria en el ámbito de la función pública y por cuanto en el presente caso, los conceptos que se ordenan cancelar derivan de una relación estatutaria, no siendo éstos susceptibles de ser indexados por no ser una deuda de valor, es por lo que esta Corte estima improcedente la solicitud de indexación y en consecuencia, se desecha el alegato expuesto por la actora. Así se decide.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de septiembre 2013

Número 001871

Caso: Zulay López vs. Alcaldía del municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

En relación con el pago de la indexación o corrección monetaria, esta Corte ha establecido en anteriores decisiones que cuando se reconocen intereses moratorios por retardo en el pago de prestaciones sociales de funcionarios públicos, tal como en el caso de marras, acordar la indexación o corrección monetaria sobre las cantidades adeudadas, implicaría una doble indemnización, situación que está terminantemente prohibida por nuestra legislación, razón por la cual esta Alzada declara la improcedencia de la corrección monetaria solicitada por la parte querellante, y en consecuencia se desestima tal alegato. Así establece. (vid. Sentencia N° 2012-0063, de fecha 30 de enero de 2012, caso: Gladys Villegas contra el Instituto Nacional de Capacitación y Educación Socialista).

IV.- DERECHOS EXCLUSIVOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.- DERECHO A LA ESTABILIDAD

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de septiembre 2013

Número 001883

Caso: Aleyberth Zerpa vs. Municipio Andrés Eloy Blanco del estado Lara

Ponente: Alexis Crespo Daza

El recurso contencioso administrativo funcionarial interpuesto tiene como objeto la nulidad del proceso de reestructuración, así como del acto de retiro de la ciudadana Aleyberth Gabriela Zerpa.

En este sentido, el apoderado judicial de la parte querellante en su escrito de fundamentación de la apelación denunció el vicio de extrapetita, en virtud que el Juzgado a quo al momento de dictar su decisión se pronunció sobre el hecho que el cargo ostentando por la ciudadana querellante era de confianza o no, situación que -a su decir- no estaba siendo discutida por las partes ni fue alegada como excepción o defensa por la parte querellada.

Continuó expresando el representante judicial de la ciudadana querellante, que en el caso que esta Corte no considerara que el Juzgador a quo hubiese incurrido en el vicio de extrapetita, alegaba que tampoco es cierto que su representaba desplegaba un cargo de confianza, en virtud que lo determinante para dicha calificación eran las funciones o responsabilidades propias del cargo y no su denominación.

Así las cosas, esta Corte conviene en la necesidad de estimar que ha sido criterio de la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia que la sentencia para ser válida y jurídicamente eficaz, debe ser autónoma, es decir, tener fuerza por sí sola; debe en forma clara y precisa, resolver todos y cada uno de los puntos sometidos a su consideración, sin necesidad de nuevas interpretaciones, ni requerir del auxilio de otro instrumento; elementos éstos cuya inobservancia por parte del Juez al momento de dictar una decisión infringiría el principio de exhaustividad, incurriendo así en el vicio de incongruencia, el cual se origina cuando no existe la debida correspondencia formal entre lo decidido y las pretensiones y defensas deducidas por las partes intervenientes en el proceso, manifestándose tal vicio cuando el juez con su decisión, modifica la

controversia judicial debatida, bien porque resolvió algo distinto a lo pretendido por las partes, o bien porque no resolvió sobre algunas de las pretensiones o defensas expresadas por los sujetos en el litigio. Acarreando el primer supuesto una incongruencia positiva y, en el segundo, una incongruencia negativa. (Vid. sentencia 02638 del 22 de noviembre de 2006).

Ello así, en lo que respecta a la incongruencia positiva, la misma se presenta bajo dos modalidades, a saber:

i) Ultrapetita: la cual se manifiesta en un exceso de jurisdicción por parte del Juez, al decidir cuestiones que no han sido planteadas en juicio, concediendo o dando a alguna parte más de lo solicitado.

ii) Extrapetita: la cual configura cuando la sentencia versa sobre un objeto diferente del señalado en el escrito libelar, extraño al problema judicial debatido entre las partes.

Ahora bien, circunscribiendo el análisis previo al presente caso en el que se denuncia la ocurrencia del vicio de incongruencia positiva en su variante de extrapatita, esta Alzada observa lo siguiente: El Juzgado de instancia en la decisión objeto de apelación, estableció lo siguiente:

"Visto lo anterior, resulta determinante para el presente caso verificar si el 'procedimiento de reestructuración' llevado a cabo por el Ejecutivo del Municipio Andrés Eloy Blanco del Estado Lara, cumplió con los parámetros descritos anteriormente, a tal efecto se observa lo siguiente:

Bajo tales argumentos, este Juzgado debe hacer mención a las actuaciones administrativas cursantes en las piezas numeradas 1/7; 2/7; 3/7; 4/7; 5/7; 6/7; 7/7; así como la pieza antecedentes administrativos que a los efectos de la presente decisión será identificada como pieza de antecedentes administrativos sin número (s/n) y la pieza de los recaudos consignados con el libelo. Las actuaciones anteriores deben ser analizadas por este Tribunal, siendo que contienen el procedimiento administrativo de reestructuración que abarca -en principio- un gran número de funcionarios, así como a las pruebas promovidas en el presente asunto:

(...omissis...)

Con claridad meridional, este Juzgado Superior debe concluir que efectivamente se realizó el proceso de reducción de personal debido a “cambios en la organización administrativa” a que se contrae el artículo 78, numeral 5 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, lo cual se deduce de las actuaciones administrativas que fueron mencionadas.

Ahora bien, el querellante alegó que ‘(...) en ningún momento la Cámara Municipal del Municipio Andrés Eloy Blanco autorizó que se iniciara el proceso de reestructuración (...)’ y que ‘(...) no se cumplió con los trámites que son obligatorios como lo es el informe técnico y la respectiva aprobación del plan de reestructuración llevado a cabo por la Administración Pública Municipal’.

A ello, este Tribunal debe precisar que, tal como se mencionó consta a los folios 67 vto. y 68 vto. de la pieza de recaudos administrativos N° 2/7,, (sic) relacionado con el Decreto N° A-02-2009, por medio del cual, se procede a ‘(...) Darle la consideración satisfactoria y conformidad al proceso de reestructuración enunciado en el Decreto N° A-02-2009 emitido por el ciudadano Alcalde Lic. Alfredo (sic) Orozco el 15/01/2009 (...)’.

Dicha manifestación de voluntad del Concejo Municipal del Municipio Andrés Eloy Blanco del Estado Lara, sin lugar a dudas debe ser entendida por este Tribunal como la autorización emanada de dicho cuerpo edilicio para la reducción de personal que se llevó a cabo, en concreto, a la que se contrae el artículo 78 numeral 5 de la Ley del Estatuto de la Función Pública al indicar que ‘(...) La reducción de personal será autorizada por (...) los concejos municipales en los municipios (...)’, pues lo contrario sería incurrir en excesiva formalidad cuando además, el Diccionario de la Real Academia ‘conformidad’ constituye ‘Asenso, aprobación’, que en este caso radica en la solicitud de reestructuración presentada. Por el contrario, del Acuerdo N° 07, este Órgano Jurisdiccional extrae la voluntad administrativa de permisión del Concejo Municipal del Municipio Andrés Eloy Blanco del Estado Lara acerca de la reducción de personal llevada a cabo por la Alcaldía del mismo ente político. Así se declara”.

En relación a la pretensión de la parte accionante referente a que no se presentó a la Cámara Municipal un proyecto contentivo de la estructura organizativa que se proponía en el proceso de reestructuración, el Juzgado de instancia, estatuyó lo que sigue:

"No obstante lo anterior, este Tribunal debe indicar que en el procedimiento administrativo que se revisa se constata que tal como lo indicó el querellante, '(...) no se presentó a la Cámara Municipal [rectius: Concejo Municipal] un proyecto contentivo de la estructura organizativa que se proponía (...)', lo cual debió en todo caso ser presentado de conformidad con lo previsto en los artículo 118 y 119 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, según el cual, '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'. '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 (...)'.

Sin embargo, la situación antes planteada debe ser examinada por esta Juzgadora a los efectos de constatar la posible violación al derecho a la defensa y al debido proceso por parte de la Alcaldía del Municipio Andrés Eloy Blanco al querellante, y con ello, si dicha actuación pueda ser entendida como un supuesto de indefensión a tenor de la garantía constitucional prevista en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y desarrollada en el artículo 19, numeral 1, de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Para ponderar la situación antes descrita y con ello la presunta violación al derecho a la defensa y al debido proceso, uno de los puntos determinantes sería la naturaleza del cargo que detentaba la querellante, para lo cual, en el presente caso, se observa que:

(...omissis...)

Aplicando lo indicado al caso sub iudice resulta lógico concluir que la querellante no puede pretender ser considerado (sic) como 'fun-

cionario de carrera', aún y cuando haya laborado para la Alcaldía del Municipio Andrés Eloy Blanco del Estado Lara (...) ya que no se evidencia que haya ingresado a la Administración Pública por medio de concurso público, tal cual lo exige el ordenamiento jurídico venezolano en los artículos 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública

(...omissis...)

De forma que, se infiere con claridad meridional que la estabilidad provisional de la querellante fue respetada, siendo que fue convocada oportunamente a participar en el concurso público respectivo, teniendo cargos a los cuales optar para ingresar a la Administración Pública Municipal a través del único medio reconocido para ello y, en especial al de Analista Contable II cuyas funciones resultan similares al cargo que desempeñaba como Contabilista II, ante lo cual el mismo (sic) no manifestó su deseo de participar; razón por la cual -independientemente de la reestructuración de personal-, en el caso de autos la protección de la cual gozaba cesó con tal actuar; pues -se reitera- el cargo que ejercía el referido ciudadano, no fue proveído en razón de la participación en concurso público, y por tanto no es subsumible dentro de los cargos de carrera en la Administración Municipal, tal como lo ha señalado la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Así se decide.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de septiembre 2013

Número 001871

Caso: Zulay López vs. Alcaldía del municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

Con respecto a la denuncia expuesta por la representación judicial de la ciudadana Zulay López Navarro en su escrito libelar, referida a la violación de su estabilidad, se debe invocar lo establecido por esta Alzada, a través de la sentencia Nº 2007-165 de fecha 7 de febre-

ro de 2007, (caso: Elisabeth Josefina Vásquez Martínez Vs. Ministerio del Interior y Justicia), en la cual señaló que una vez la Administración Pública, decide remover a un funcionario público que ejerce un cargo de libre nombramiento y remoción, en caso de poseer éste la condición de funcionario de carrera, debe proceder a realizar las correspondientes gestiones para su reubicación, ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, para luego de cumplidas éstas y, sólo en los casos en que las mismas resulten infructuosas, dictar el acto administrativo de retiro del funcionario de la Administración Pública, con lo cual finaliza la relación de empleo público, por lo tanto, la Administración debe otorgarle a los funcionarios que en algún momento desempeñaron funciones en un cargo de carrera, el mes de disponibilidad a los fines de realizar las gestiones reubicatorias, todo ello en virtud de la estabilidad laboral que ampara a los funcionarios públicos de carrera en el ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción.

En virtud de lo anterior, siendo que la ciudadana querellante poseía la condición de funcionaria de carrera, desplegando un cargo de confianza y por ende de libre nombramiento y remoción, se observa que la Administración Municipal realizó, tal y como fue señalado por los actos administrativos recurridos, las gestiones reubicatorias, las cuales fueron debidamente respondidas por los entes y órganos a los cuales se les solicitó la reubicación de la funcionaria en cuestión, resultando infructuosas dichas gestiones; cumpliéndose así con la etapa previa al retiro, que pone fin a la relación funcional (vid. Del Folio N° 7 al N° 21 del expediente administrativo). En consecuencia, esta Corte desestima la denuncia referida a la violación de la estabilidad perteneciente a la ciudadana querellante. Así se decide.

V.- EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

1.- EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo
10 de octubre 2013

Número 001794

Caso: Elizabeth Escobar vs. Fondo Intergubernamental para la Descentralización

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

De la revisión de la sentencia, se observa que la pretensión adversa a los intereses del órgano recurrido estimada por el A quo en su decisión, fue ordenar al Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), realizar la evaluación de desempeño -al hoy querellante- correspondiente al segundo semestre del año 2009 y las evaluaciones del primer y segundo semestre del año 2010.

Al respecto, es necesario destacar que la evaluación de desempeño es el procedimiento mediante el cual se mide y valora la conducta profesional y el rendimiento o logros alcanzado por el personal evaluado, este método de control permite comparar el desempeño individual con los resultados esperados. Tal como el adiestramiento, la evaluación de desempeño es una actividad continua y se centra en los recursos humanos, tanto nuevos como en aquellos que tienen cierto tiempo dentro de la organización, arrojando entre otros elementos la calificación que se le otorgue dentro de la organización a cada empleado, la cual podrá ser tomada en cuenta, para el establecimiento de los incentivos por el desempeño logrado.

Dentro de este orden de ideas, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su exposición de motivo, ha señalado lo siguiente:

“Igualmente para el ascenso se someterá a un sistema de evaluación que reporte una calificación de méritos de los funcionarios públicos en forma periódica. Ello implica una evaluación objetiva de la gestión personal de los funcionarios y un programa de formación y capacitación al cual se deberá someter...” (Destacado de esta Corte).

Ahora bien, estima esta Corte oportuno señalar que el artículo 17 de la Ley del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), publicada en Gaceta Oficial Número 5.805 Extraordinario, de fecha 2 de marzo de 2006, prevé:

“Artículo 17. Los funcionarios y empleados del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), tendrán el carácter de

funcionarios públicos, con los derechos y obligaciones que les corresponden por tal condición, incluyendo lo relativo a su seguridad social, ingreso, traslados, ascensos, suspensión y retiro, lo cual se regirá por la ley nacional que regule la materia. El Presidente de la República en Consejo de Ministros, podrá dictar normas especiales para regular todo lo relativo a otros beneficios, capacitación, sistemas de evaluación, así como cualquier otra materia inherente al sistema de personal que no contradiga lo previsto en la ley nacional respectiva. El personal obrero se regirá por lo consagrado en la Ley Orgánica del Trabajo”.

De lo anterior, se desprende que los empleados del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) tienen el carácter de funcionarios públicos y todo aquello relativo a sus derechos, obligaciones, seguridad social, ingreso, ascensos, traslados, suspensión y retiro se rige por la Ley nacional que regula la materia funcional, esto es, por la Ley del Estatuto de la Función Pública, tal como lo indicó el Juzgado A quo.

De otra parte, la Ley del Estatuto de la Función Pública en sus artículos 57 y 58 desarrolla en materia de evaluación de desempeño, lo siguiente:

“Artículo 57: La evaluación de los funcionarios y funcionarias públicos en los órganos y entes de la Administración Pública comprenderá el conjunto de normas y procedimientos tendentes a evaluar su desempeño.

Los órganos y entes de la Administración Pública Nacional deberán presentar al Ministerio de Planificación y Desarrollo, para su aprobación, los resultados de sus evaluaciones, como soporte de los movimientos de personal que pretendan realizar en el próximo año fiscal y su incidencia en la nómina del personal activo, conjuntamente con el plan de personal, determinando los objetivos que se estiman cumplir durante el referido ejercicio fiscal.

Artículo 58: La evaluación deberá ser realizada dos veces por año sobre la base de los registros continuos de actuación que debe llevar cada supervisor.

En el proceso de evaluación, el funcionario deberá conocer los objetivos del desempeño a evaluar, los cuales serán acordes con las funciones inherentes al cargo”.

De las normas antes transcritas se evidencia que la Administración Pública deberá realizar dos (2) veces por año una evaluación de desempeño a sus funcionarios, mediante un conjunto de normas y procedimientos presentados y aprobados por el Ministerio de Planificación y Desarrollo, hoy Ministerio del Poder Popular para la Planificación y Finanza; responsabilidad compartida con las respectivas Oficinas de Recursos Humanos que funcionan en los entes y órganos públicos, en la elaboración de los instrumentos de evaluación, los cuales deberán ser creados de manera tal, que garanticen la objetividad, imparcialidad e integridad de la evaluación, acciones que sin duda alguna, contribuirán a la realización efectiva del proceso de evaluación.

Ello así, es menester destacar que el funcionario evaluado deberá conocer los objetivos de la evaluación, los cuales estarán en consonancia con las funciones inherentes al cargo que ejerce, razón por la cual, la participación del funcionario en el proceso evaluativo es una garantía tanto del derecho a la defensa como del derecho a la estabilidad consagrados en el Texto Fundamental.

En ese sentido, la mencionada evaluación constituye un deber ineludible de la Administración, tal como lo expresa el artículo 60 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual es del siguiente tenor:

"Artículo 60. La evaluación de los funcionarios y funcionarias públicos será obligatoria, y su incumplimiento por parte del supervisor o supervisora será sancionado conforme a las previsiones de esta Ley".

De la norma ut supra citada, se evidencia la sanción a la actitud omisiva en la que pudieran incurrir los supervisores respecto de sus subordinados, con relación a la obligación que tienen en practicar el proceso de evaluación. De allí, que los resultados arrojados por la evaluación realizada, sean propicios para el diseño de los planes de capacitación y desarrollo del funcionario que abarquen su mejoramiento técnico y profesional; su preparación para el ejercicio de funciones más complejas, mediante la corrección de las deficiencias detectadas, en pro de asumir nuevas responsabilidades y otorgán-

doles incentivos y licencias de conformidad con lo establecido en la Ley.

En este sentido, se ha de señalar que dichos incentivos no deberán consistir imperativamente en bonos o primas en virtud de los resultados obtenidos, toda vez, que no existe normativa alguna dentro de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que le atribuya el carácter monetario a los alicientes recibidos por los funcionarios con ocasión de las evaluaciones realizadas.

Precisado lo anterior, se observa en el caso *sub examine* que en fecha 4 de marzo de 1996, el Directorio Ejecutivo del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES), en Sesión N° 7 Punto N° 3, aprobó el sistema de evaluación trimestral de los funcionarios adscrito al referido Fondo, incluyendo primas por jerarquía y eficiencia, con aplicación a partir del 1º de enero de 1996.

Al respecto, este Órgano Jurisdiccional estima señalar que el sistema de evaluación trimestral acordado por el Fondo recurrido, quedó sin efecto con la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública, al establecer en su artículo 58 que las evaluaciones de desempeño deberán ser realizadas dos (2) veces por año, sobre la base de los registros continuos de actuación que debe llevar cada supervisor.

Ello así, de la revisión de las actas que corren insertas en el presente expediente, no consta que la parte recurrida haya consignado en autos pruebas, a los fines de evidenciar la realización de las evaluaciones correspondientes al año 2009, al ciudadano Jorge Rubén Alvarado, razón por la cual, estima esta Corte que al ser una obligación de la Administración, de conformidad con lo previsto en el artículo 60 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, resulta procedente en derecho ordenar al Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) la realización de las evaluaciones solicitadas, tal como lo señaló el Juez A quo en su fallo.

Asimismo, comparte esta Alzada el criterio de A quo en ordenar la realización de las evaluaciones correspondientes al año 2010 -si las mismas no se hubiesen realizado.

VI.- LAS SITUACIONES ACTIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.- LA REUBICACIÓN Y LA DISPONIBILIDAD

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

24 de octubre 2013

Número 002174

Caso: Pedro Montaño vs. Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores, Justicia y Paz

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

En razón de lo expuesto, debe precisarse que la situación administrativa del recurrente se traduce en que es un funcionario público jubilado que reingresó a la Administración Pública para el ejercicio de un cargo que por disposición expresa de Ley se erige como de libre nombramiento y remoción, es decir, a través de la obtención del beneficio de jubilación, pasó a situación de retiro de la Administración Pública de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 53 de la Ley de Carrera Administrativa, aplicable *ratione temporis*, y, posteriormente, reingresó a la Administración en fecha 1 de abril de 1999, en ejercicio del derecho establecido en el artículo 213 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, volviendo con ello a formar parte del personal activo al servicio de la Administración. Así pues, conviene pasar al análisis pormenorizado de esta figura jurídica, de su regulación e interpretación y, en particular, de los efectos y/o consecuencias que en el régimen aplicable a esta situación administrativa establece el ordenamiento jurídico venezolano.

En ese sentido, establecen los artículos 11 y 12 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios y Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Número 3.850 de fecha 18 de julio de 1986), así como en el artículo 13 del Reglamento de dicha Ley (Gaceta Oficial de la

República Bolivariana de Venezuela Número 36.618 del 11 de enero de 1999), aplicables *ratione temporis*, que:

“Artículo 11: El organismo respectivo podrá autorizar la continuación en el servicio de las personas con derecho a la jubilación.

Sin embargo, el funcionario o empleado no podrá continuar en el servicio activo una vez superado el límite máximo de edad establecido en el artículo 3º, salvo que se trate de los cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los ordinales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley de Carrera Administrativa o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley, de cargos académicos, accidentales, docentes y asistenciales.

Artículo 12: El jubilado no podrá reingresar al servicio de ninguno de los organismos a que se refiere el artículo 2º, salvo cuando se trate de los cargos mencionados en el artículo anterior.

Artículo 13: El jubilado no podrá ingresar, a través de nombramiento, en ninguno de los organismos o entes a los cuales se aplica la Ley del Estatuto, salvo que se trate de los cargos de libre nombramiento y remoción, previstos en los ordinales 1º y 2º del artículo 4 de la Ley de Carrera Administrativa, o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley, o en cargos académicos, accidentales, asistenciales o docentes el pago de la Pensión de jubilación será suspendido al jubilado que reingrese a uno de los cargos a que se refiere el aparte único del artículo 11 de la Ley del Estatuto y, mientras dure en su ejercicio, no estará obligado a aportar las cotizaciones previstas en el artículo 2 del presente Reglamento.

El organismo o ente a cuyo servicio reingrese el jubilado, lo notificará al organismo o ente que otorgó la jubilación a los efectos de la suspensión del pago de la pensión. Al producirse el egreso se restituirá el pago de la pensión que recibirá en lo adelante el funcionario jubilado, recalculándose el monto de la misma con base en el sueldo percibido durante el último cargo y el nuevo tiempo de servicio prestado”. (Destacado de esta Corte)

En efecto, las normas antes transcritas estatúan el régimen aplicable para la prestación de servicios por parte de los funcionarios que hayan obtenido el beneficio de pensión por jubilación, es decir, los

supuestos por los cuales un jubilado puede volver a prestar sus servicios en la Administración Pública. Dicha posibilidad -que los funcionarios jubilados puedan volver a prestar funciones públicas- ha sido previsto por el legislador no sólo en acatamiento del mandato constitucional de no limitar la voluntad de todo ciudadano que deseé trabajar y que se encuentre apto para ello, sino también, por la circunstancia de que, habiendo sido objeto de un beneficio por el transcurso de los años de servicio prestados, el aludido funcionario debe considerarse como un baluarte de experiencia y conocimientos que no deben desperdiciarse en áreas tan importantes como la académica, de investigación, asesoramiento o inclusive, en prestación directa de funciones específicas en donde los cánones de mayor rendimiento y capacidad sean los perseguidos.

No obstante lo anterior, dicha posibilidad en estudio -prestación de servicio por funcionarios jubilados- no escapa a determinados límites o condicionantes, como también, a otros supuestos de beneficios o reconocimientos; ello debido a que, por un lado, la capacidad física y las condiciones de jornada y función no puede equipararse a los aún activos y, por otra lado, de no ofrecerse o garantizarse algún estímulo especial, no se generaría ningún interés en los jubilados para volver a iniciar una prestación de servicio público.

En tal sentido, han sido delimitados por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en decisiones Números 1022 y 00624 de fechas 31 de julio de 2002 y 20 de mayo de 2008, respectivamente, los requisitos para el reingreso de los funcionarios públicos que hayan obtenido una jubilación, los cuales serán los siguientes:

- "(i) No podrán reingresar a la Administración Pública como funcionarios públicos de carrera;
- (ii) Podrán prestar servicios en entes públicos como contratados, en cargos públicos de libre nombramiento o remoción o cuya jerarquía sea equivalente, entre los que cuentan los de confianza; a cargos académicos, docentes, asistenciales o accidentales; y de elección popular;
- (iii) Cuando ingresen a los cargos públicos antes referidos -distintos a la figura de contratados- deberán suspender el beneficio de

pensión por jubilación, mediante la participación mutua entre el organismo que otorgó la jubilación y en el cual actualmente preste servicios;

(iv) En caso que ingresen como contratados, no están obligados a proceder a la suspensión del beneficio en la forma antes aludida;

(v) Al momento de cesar la prestación de servicios en los cargos públicos antes referidos -distintos a la figura de contratado- el funcionario jubilado podrá reactivar su beneficio de pensión por jubilación, efectuando el recálculo a que se refiere el artículo 13 del Reglamento en estudio; computándose el último salario devengado y el tiempo de servicio prestado. Este beneficio excluye a los funcionarios públicos jubilados que hayan prestado servicios en calidad de contratados". (Destacado de esta Corte).

Es decir, la prohibición del reingreso de los funcionarios jubilados por la Administración Pública es absoluta para el caso de los cargos denominados de carrera, ni bajo la condición de funcionario de carrera, no siendo así cuando se trata de los cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los ordinales 1º y 2º del artículo 4 de la entonces vigente Ley de Carrera Administrativa o de cargos de similar jerarquía en los organismos no regidos por esa Ley, o en cargos académicos, accidentales, docentes o asistenciales, como ocurre en el caso de autos. Esta prohibición da lugar a diferentes consecuencias jurídicas relativas al régimen de estabilidad del cual gozan estos funcionarios.

Precisado lo anterior, se tiene que la denuncia principal del recurso de apelación ejercido está circunscrita a demostrar la presunta violación a la estabilidad al momento de haber dictado el acto administrativo de remoción y retiro en fecha 21 de enero de 2005, por cuanto, -según los dichos de la parte recurrente- debió otorgársele el mes de disponibilidad de conformidad con lo dispuesto en los artículos 84 al 88 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa.

Al respecto, conviene precisar que sólo los funcionarios de carrera en ejercicio de cargos catalogados como de carrera o como de libre nombramiento y remoción se les otorga legalmente la garantía de

no ser separados de sus cargos sin la previa gestión por parte de la Administración de la reubicación en otro cargo similar o superior nivel y remuneración, a lo cual debe proceder durante el lapso de un (1) mes que se entiende como prestación efectiva del servicio, ya que el servidor público conserva su condición de funcionario de carrera, aún estando en ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción.

En virtud de las exposiciones anteriores y, sobre éste particular debe esta Corte traer a colación primeramente esta Alzada, el contenido de los artículos 84 y 86 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, los cuales regulan la gestión reubicatoria en los siguientes términos:

“Artículo 84. Se entiende por disponibilidad la situación en que se encuentran los funcionarios de carrera afectados por una reducción de personal o que fueren removidos de un cargo de libre nombramiento y remoción.

El período de disponibilidad tendrá una duración de un mes contado a partir de la fecha de notificación, la cual deberá constar por escrito”.

Artículo 86: Durante el lapso de disponibilidad la oficina de personal del organismo, tomará las medidas necesarias para reubicar al funcionario. La reubicación deberá hacerse en un cargo de carrera de similar o superior nivel y remuneración al que el funcionario ocupaba para el momento de la reducción de personal, o de su designación en el cargo de libre nombramiento y remoción” [Resaltado y subrayado de la Corte].

En atención a lo anterior, debe ser objeto de aclaratoria por parte de este Juzgador que la reubicación o gestiones reubicatorias a las que hicimos referencia en el párrafo inmediato superior, debe ser considerada como el período durante el cual la Oficina de Personal del Organismo del que se trate, debe gestionar la colocación del funcionario en un cargo de similar o superior nivel y remuneración al que el funcionario ocupaba para el momento de la designación en un cargo de libre nombramiento y remoción, una vez que éste ha sido removido y siempre y cuando haya adquirido la condición de funcionario de carrera.

Partiendo de esta premisa, encontramos entonces que en el caso de marras, el ciudadano Pedro Alberto Montaño Mendoza, se encontraba ejerciendo un cargo de libre nombramiento y remoción en el cargo de Director de Dactiloscopia y Archivo Central, que como ya se dijo no está en discusión en la presente causa, lo cual permitiría como en efecto permitió a la Administración querellada removerlo sin más motivaciones y argumentos que aquellos que indiquen que es un cargo de libre nombramiento y remoción, en virtud de la naturaleza del cargo por tanto la Administración no estaba en la obligación de realizar trámites que permitieran al querellante ejercer el derecho a la defensa, puesto que con el sólo hecho de constatar que el cargo ejercido por el actor era de libre nombramiento y remoción, puede removese del mismo de la misma forma como fue nombrado en ese cargo.

Ahora bien, resulta menester aclarar que el recurrente al ser funcionario jubilado de la Administración Pública reingresó a la misma bajo ciertas limitaciones y/o condicionantes en el ejercicio del cargo en cuestión como se pudo constatar de la revisión de las actas del expediente. En ese sentido, debe destacarse que de conformidad con la normativa contemplada en los artículos 84 y 86 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, la gestión reubicatoria es de obligatorio cumplimiento para la Administración en aquellos casos de funcionarios de carrera en ejercicio de un cargo de libre nombramiento y remoción sean removidos de sus cargos, cuya finalidad principal se traduce en procurarle al funcionario que goza de la garantía y/o derecho a la estabilidad una nueva ubicación administrativa en el desempeño de un cargo similar o de superior nivel y remuneración dentro de la Administración Pública.

De lo anterior y conforme a los artículos antes transcritos, puede colegirse con absoluta claridad que dicha gestión corresponde y en efecto es de obligatorio cumplimiento para con aquellos funcionarios que permanecen de forma activa dentro de la Administración, es decir, aquellos funcionarios que no hayan sido beneficiados con la jubilación ya que esta situación evidencia que si bien detentan el derecho al reingreso, este está condicionado a una serie de circuns-

tancias, tal y como aclaró la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en decisiones Números 1022 y 00624 de fechas 31 de julio de 2002 y 20 de mayo de 2008, transcritas parcialmente con anterioridad, al apuntar expresamente que los funcionarios jubilados "No podrán reincorporarse a la Administración Pública como funcionarios públicos de carrera". (Vid. Sentencia de esta Corte Nº 2010-0270 de fecha 3 de marzo de 2010, caso: Julio Alberto Portillo Fuenmayor, contra el Ministerio Del Poder Popular Para Las Relaciones Exteriores).

Lo contrario, es decir, pensar en la obligación de reubicación de un funcionario público jubilado que reincorporó a la Administración, sería absolutamente ilógico, pues, bajo orden legal se tendría que reubicar "en un cargo de superior o igual nivel y remuneración" al ejercido con anterioridad al de libre nombramiento y remoción, cuestión no aplicable, pues, el funcionario jubilado ya no forma parte del personal activo, ergo, no existe cargo que sirva de parámetro o guía para el cumplimiento de tal mandato legal, que permita reubicarlo en un cargo similar o superior nivel y remuneración.

Así pues, mal podría pretender la representación judicial de la parte querellante que se le otorgue las gestiones reubicatorias por el lapso de un (1) mes, cuando el mismo no forma parte de una nómina de persona activo, ni mucho menos existe un cargo destinado para dar cumplimiento a la orden de reubicación, con la finalidad de reubicarlo en un cargo similar o superior nivel y remuneración. Siendo así, este Tribunal Colegiado considera que la sentencia dictada por el Iudex a quo no incurrió en el denunciado vicio de silencio de pruebas, razón por la cual desecha la referida denuncia en cuanto a este punto. Así se decide.

VII.- RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.- LA PRESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

29 de octubre 2013

Número 001955

Caso: José Ereipa vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Al respecto, en virtud de la exposición *ut supra*, es necesario analizar la mencionada norma, la cual es del contenido siguiente:

“Artículo 88. Las faltas de los funcionarios o funcionarias públicos sancionadas con la destitución, prescribirán a los ocho meses, a partir del momento en que el funcionario o funcionaria público de mayor jerarquía dentro de la respectiva unidad tuvo conocimiento, y no hubiere solicitado la apertura de la correspondiente averiguación administrativa”.

Del contenido del artículo *ut supra* citado, se desprende con meridiana claridad que para que se configure la prescripción de la falta sancionable con destitución, requiere de tres supuestos: 1. Que haya transcurrido un lapso de 8 meses desde que se tuvo conocimiento de los hechos a investigar; 2. Que el funcionario que haya tenido conocimiento de los hechos sancionables sea el de mayor jerarquía dentro de la unidad para el cual presta servicios el funcionario a investigar, ello por ser dicho funcionario quien tiene la potestad para solicitar a la Oficina de Recursos Humanos la apertura y sustanciación del procedimiento disciplinario, y 3. Que el mencionado funcionario de mayor jerarquía dentro de la unidad a pesar de haber tenido conocimiento de dichos actos no haya solicitado la apertura de la correspondiente averiguación administrativa.

Determinado lo anterior, indubitablemente queda en evidencia que la figura de la prescripción solamente opera por la no apertura del procedimiento administrativo antes del lapso establecido de ocho meses desde que se tuvo conocimiento, la normativa que estipula la misma, no establece supuesto alguno para que opere la prescripción una vez instaurado el procedimiento disciplinario dentro del lapso establecido en la Ley o por la extensión excesiva en la sustanciación del mismo.

Aunado a lo anterior, debe esta Corte señalar que la materia funcionarial rige una relación especialísima entre los funcionarios públicos y los entes, organismos o empresas del estado, por lo que a criterio de este órgano jurisdiccional no puede aplicarse por analogía la figura de la prescripción, ello en virtud que siendo el norte del procedimiento disciplinario en sede administrativa la verdad real-material en defensa del interés general, puesto que los investigados en dichos procedimientos son funcionarios al servicio del Estado, por lo que su conducta deshonesta, desobediente, inmoral, negligente, sancionadas en la Ley del Estatuto de la Función Pública de forma directa o indirecta afectaría los intereses del Estado, en consecuencia, el interés colectivo ya sea desde el punto de vista patrimonial y/o moral.

VIII.- EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL

1.- CONSULTAS

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

10 de octubre 2013

Número 001794

Caso: Elizabeth Escobar vs. Fondo Intergubernamental para la Descentralización

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Corresponde a esta Corte pronunciarse con relación a su competencia para conocer en consulta de los fallos dictados por los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, cuando éstos resulten contrarios a los intereses de la República, o a los intereses de los entes públicos territoriales a los cuales la Ley haga extensibles las prerrogativas procesales legalmente acordadas a la República.

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, establece lo siguiente:

“Artículo 72. Toda sentencia definitiva contraria a la pretensión, excepción o defensa de la República, debe ser consultada al Tribunal Superior competente” (Destacado de esta Corte).

Conforme a lo expuesto, se observa que en el caso sub iudice, la parte recurrida es el Fondo Intergubernamental para la Descentralización, a la cual le resulta aplicable la prerrogativa procesal de la consulta acordada a favor de la República, en virtud de lo dispuesto en la norma transcrita.

Por otra parte, resulta oportuno citar lo establecido en el artículo 110 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual dispone lo siguiente:

“Artículo 110. Contra las decisiones dictadas por los jueces o juezas superiores con competencia para conocer del recurso contencioso administrativo funcional, podrá interponerse apelación en el término de cinco días de despacho contados a partir de cuándo se consigne por escrito la decisión definitiva, para ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”

Conforme a la norma supra transcrita, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo constituyen la Alzada de los Tribunales Contenciosos Administrativos, es decir, los competentes para conocer en segundo grado de jurisdicción, de los recursos contencioso administrativos de naturaleza funcional.

En consecuencia, esta Corte resulta COMPETENTE para conocer de la consulta de la sentencia dictada en fecha 22 de marzo de 2011 por el Juzgado Superior Quinto en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital. Así se declara.

Declarada la competencia de esta Corte para conocer de la consulta planteada, considera necesario establecer la finalidad de dicha institución como una prerrogativa procesal a favor de la República, en los términos previstos 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.

Conforme a ello, se debe señalar que la prerrogativa procesal de la consulta que haya de ser planteada ante el respectivo Tribunal Superior, en ausencia del ejercicio del recurso de apelación de alguna

de las partes, no constituye una fórmula general de control de la juridicidad del fallo objeto de consulta, sino que su finalidad viene a ser, como lo dispone en forma expresa e inequívoca el artículo 72 eiusdem, un medio de defensa de los intereses de la República, cuando ésta sea condenada mediante la sentencia dictada por el *A quo*.

En efecto, a ningún otro resultado conduce la doctrina vinculante de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 902 de fecha 14 de mayo de 2004 (caso: C.V.G. Bauxilum, C.A.), donde el Máximo Intérprete de la Constitución, expresó:

“...la consulta obligatoria prevista en el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República [hoy artículo 72], hasta tanto sea derogada por el legislador nacional o sea declarada por la jurisdicción constitucional su nulidad por motivos de inconstitucionalidad, no puede ser asimilada a la consulta obligatoria prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que se refiere a la tutela de situaciones jurídicas subjetivas particulares (...) ya que la misma, así como las prerrogativas a que alude el artículo 63 eiusdem, persiguen resguardar los intereses patrimoniales de la República y de todos aquellos entes públicos sobre los que aquella tenga derechos, no con el objetivo de evitar la responsabilidad del Estado, sino de impedir afectaciones en el cumplimiento de sus fines fundamentales establecidos en el ordenamiento jurídico, mediante el equilibrio entre los derechos de las personas y las potestades y obligaciones de la República. Así se decide...”. (Negrillas de esta Corte).

Asimismo, la señalada Sala en sentencia N° 1.107 de fecha 8 de junio de 2007 (caso: Procuraduría General del estado Lara), realizando un análisis con relación a la naturaleza y alcance de la prerrogativa procesal de la consulta, determinó lo siguiente:

“...La consulta, como noción procesal, se erige como una fórmula de control judicial en materias donde se encuentra involucrado el orden público, el interés público o el orden constitucional, y el juez que la ejerce debe revisar no sólo la juridicidad del fallo, sino la

adecuación del derecho declarado al caso concreto, en los casos de la consulta prevista en el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República la justificación se centra en el interés general que subyace en todo juicio propuesto contra un órgano o ente público.

Sobre la acepción 'interés general' que justifica el elenco de prerrogativas y privilegios procesales que ostenta la República, esta Sala ha sostenido que '(...) cuando la República es demandada en juicio, se acciona contra uno de los componentes más importantes del Estado y la eventual afectación de su patrimonio puede llegar a afectar el patrimonio de la población, y mermar la eficacia de la prestación de los servicios públicos. Conforme a esta premisa, el ordenamiento jurídico ha establecido privilegios y prerrogativas procesales para la actuación de la República en juicio en resguardo de los intereses superiores que rigen la actuación del Estado' (Vid. Sentencia de esta Sala N° 2.229 del 29 de julio de 2005, caso: 'Procuraduría General del Estado Lara').

(...)

En tanto prerrogativa procesal de la República, la consulta opera ante la falta de ejercicio de los medios de impugnación o gravamen dentro de los lapsos establecidos para su interposición, siempre que el pronunciamiento jurisdiccional sea contrario a sus pretensiones, defensas o excepciones, en razón, se insiste, del interés general que subyace en los juicios donde está en juego los intereses patrimoniales de la República o de aquellos entes u órganos públicos a los cuales se extiende su aplicación por expresa regla legal (Vbgr. Administración pública descentralizada funcionalmente, a nivel nacional o estadal).

Consecuencia de lo expuesto, si una decisión judicial en nada afecta las pretensiones, defensas o excepciones esgrimidas por la República o de aquellos titulares de la prerrogativa procesal examinada, no surge la obligación para el juzgador de primera instancia de remitir el expediente a los fines de la consulta, pues la condición de aplicación del artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, exige un agravio calificado

por el legislador: una sentencia definitiva que contrarie las pretensiones procesales, defensas o excepciones opuestas por el ente u órgano público, según sea el caso...”.

En consecuencia, el examen del fallo consultado deberá ceñirse únicamente a aquellos aspectos (pretensión, defensa o excepción) que fueron decididos en detrimento de los intereses de la República, siendo que las pretensiones aducidas por la parte actora y desestimadas por el Juez, sólo podrán ser revisadas mediante el recurso de apelación ejercido en forma tempestiva, salvo el conocimiento de aquellas cuestiones de eminente orden público, las cuales deberán ser revisadas, incluso de oficio por el Juez, en cualquier estado y grado de la causa.

2.- FORMA DE INTERPONER PRETENSIONES ECONÓMICAS

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

27 de septiembre 2013

Número 001871

Caso: Zulay López vs. Alcaldía del municipio Sucre del estado Bolivariano de Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

Con respecto al resto de los conceptos solicitados por la representación judicial de la parte demandante, en su pretensión subsidiaria, a saber “Antigüedad (...) Vacaciones (...) Vacaciones Fraccionadas (...) Bono Vacacional (...) Bonificación de fin Año (sic) Fraccionado (...) Fideicomiso”, debe este Órgano Jurisdiccional desecharlos por infundados, debido a que dichas solicitudes fueron realizadas de forma genérica y confusa, sin hacer referencia expresa de los períodos en que se comprenden tales conceptos, ni las cantidades de dinero supuestamente adeudadas, aunado al hecho que no consta en autos ningún medio probatorio del que se pueda deducir la procedencia de las aludidas solicitudes. Así se declara.

3.- LA CADUCIDAD

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

10 de diciembre 2013

Número 002669

Caso: Gisela Díaz vs. Gobernación del estado Guárico

Ponente: Alexis Crespo Daza

Al respecto, advierte este Órgano Jurisdiccional que según se desprende de la decisión objeto del presente recurso de apelación, cursante en autos de los folios ochenta y cuatro (84) al noventa y uno (91), el Juzgado a quo declaró la caducidad del recurso contencioso administrativo funcional incoado, estableciendo que el querellante debió interponer el recurso dentro del lapso de los tres (3) meses siguientes, contados desde el el 7 de marzo de 2006, fecha en la cual, según los dichos de la recurrente y de la querellada, recibió el último abono por concepto de prestaciones sociales, mediante Cheque N° 176137244808 del Banco Federal, por parte de la Gobernación del Estado Guárico, por lo que hasta el 14 de diciembre de 2006, fecha en la cual interpuso el recurso contencioso administrativo funcional, había transcurrido el lapso de caducidad de tres (3) meses previsto en el citado artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En relación a la caducidad y su carácter de lapso procesal, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 727 de fecha 8 de abril de 2003, expediente N° 03-0002, caso: OSMAR ENRIQUE GÓMEZ DENIS, sostuvo:

“(...) El lapso de caducidad, como lo denunció el recurrente, transcurre fatalmente y no es susceptible de interrupción, ni suspensión. Sin duda alguna, la caducidad es un lapso procesal y en relación con el carácter de éste, la Sala Constitucional se ha pronunciado y ha establecido que los lapsos procesales establecidos en las leyes y aplicados jurisdiccionalmente no son formalidades que puedan ser desaplicados con base en el artículo 257 de la Constitución.

(...)A todo evento, por demás, esta Sala considera que los lapsos procesales y jurisdiccionalmente aplicados son 'formalidades' per se, sino que estos 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 de las partes que por ellos se guían (debido proceso y seguridad jurídica'). (s.S.C. n° 208 de 04.04.00. En el mismo sentido, entre otras, s.S.C. n° 160 de 09.02.01. Destacado añadido)". (Resaltado de la Corte).

Vale acotar que los lapsos procesales establecidos en las leyes y aplicados jurisdiccionalmente no son formalidades que puedan ser desaplicadas con base en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ya que son elementos temporales ordenadores del proceso, esenciales al mismo y de eminente orden público, "siendo éste (...) aquél que garantiza la función misma del proceso, cual es la de dirimir los conflictos de intereses y asegurar la continuidad del derecho objetivo (...)", garantizando además que "(...) no queden menoscabados los intereses de terceros y el interés colectivo (*uti civis*)". (RICARDO HENRIQUEZ LA ROCHE, Instituciones de Derecho Procesal, Pág. 207, Ediciones Liber, Caracas-2005). Ahora bien, la caducidad deviene en razón de haber transcurrido un lapso fijado por el legislador para hacer valer un derecho, lapso de carácter procesal que, como tal, transcurre fatalmente y no es susceptible de interrupción, ni de suspensión tal y como ya ha sido precisado.

En efecto, la finalidad del lapso de caducidad es la materialización de la seguridad jurídica y el aseguramiento de que tras el transcurso del lapso que establece la ley, se extinga el derecho de toda persona al ejercicio de la acción que el ordenamiento jurídico le autorice; ello para evitar que acciones judiciales puedan proponerse indefinidamente en el tiempo, lo cual, obviamente incidiría negativamente en la seguridad jurídica. Es por ello que el recurrente o justiciable, una vez habilitado para acudir al Órgano Jurisdiccional, deberá proponer su recurso judicial en tiempo hábil, esto es, antes de la consumación del lapso de caducidad que dispuso la ley.

Aunado a lo anterior, resulta oportuno señalar que en fecha 18 de octubre de 2007, esta Corte Segunda dictó sentencia N° 2007-01764 (Mary Consuelo Romero Yépez Vs. Fondo Único Social), mediante la cual estableció lo siguiente:

“En primer lugar, debe establecer esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que el lapso de caducidad, independientemente de cuál sea éste (6 meses de la Ley de Carrera Administrativa, 1 año de la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 9 de julio de 2003 o, 3 meses de la Ley del Estatuto de la Función Pública), ha de aplicarse -sin excepción- tomando en consideración el criterio vigente para el momento en que se verifique el hecho que genere la lesión, es decir, el hecho que dé motivo a la interposición de la querella funcional (en términos de la derogada Ley de Carrera Administrativa) o del correspondiente recurso contencioso administrativo funcional (haciendo referencia a la Ley del Estatuto de la Función Pública), excluyéndose así la posibilidad de que se aplique el criterio vigente para el momento de la interposición del recurso.

(...Omissis...)

Una vez precisado que el hecho generador es el punto a partir del cual se comienza a contar el lapso de caducidad para el ejercicio del recurso respectivo con ocasión del reclamo de pago de prestaciones sociales, así como la diferencia de las mismas, es menester en este punto hacer referencia a que, tal como se indicó en líneas anteriores, existen en la materia tres (3) lapsos de caducidad distintos, los cuales a su vez, han generado varios supuestos en su aplicación. A saber:

(...Omissis...)

QUINTO SUPUESTO: El hecho generador se produjo encontrándose vigente el criterio de un (1) año de caducidad (período comprendido entre el 9 de junio de 2003 y el 15 de marzo de 2006), y, sin que dicho lapso se hubiere vencido, el recurrente interpone el recurso contencioso administrativo funcional poco tiempo después de abandonado dicho criterio, es decir, estando vigente el lapso de tres

(3) meses establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública, para el momento de la interposición.

En casos como éste, y sin que el siguiente pronunciamiento constituya desconocimiento alguno al principio jurídico referido a que las leyes procesales son de aplicación inmediata, esta Corte considera que el recurrente dispondrá aún de un (1) año para ejercer su acción, dada la expectativa legítima que aún ostenta el recurrente de que se le aplique dicha doctrina judicial, en razón de que el hecho generador de su lesión se produjo durante la vigencia del criterio jurisprudencial en referencia

De lo contrario, es decir, de aplicarse la Ley del Estatuto de la Función Pública a estos supuestos, estaríamos en presencia de una aplicación retroactiva que, en este específico caso, desconocería el principio de confianza legítima abordado en el presente fallo, conforme al cual se debe brindar protección a los ciudadanos frente a la actuación de los Órganos Jurisdiccionales, máxime cuando pueda existir una posible incidencia en la esfera jurídica de éstos, como consecuencia de los cambios generados por las decisiones dictadas por aquéllos, dado que los cambios jurisprudenciales crean expectativas dignas en los justiciables, proponiéndose pues, a través de dicho principio, un límite a los efectos de la jurisprudencia creada a aquellas situaciones que tienen su origen en el pasado". (Mayúsculas del original).

Siendo así, dado que el criterio aplicable para computar la caducidad comienza a transcurrir desde el momento en que se produjo el hecho generador; esta Corte observa que el 7 de marzo de 2006, fecha en la cual la recurrente recibió el último abono por concepto de prestaciones sociales, se encontraba vigente el lapso de caducidad de un (1) año establecido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 9 de julio de 2003, caso: Isabel Cecilia Esté Bolívar vs. Municipio Libertador del Distrito Capital. Asimismo, debe destacar esta Alzada, que el recurso contencioso administrativo funcional fue interpuesto el 14 de diciembre de 2006, por lo que en aplicación de lo expuesto en líneas anteriores, resulta evidente que

el referido recurso fue interpuesto tempestivamente, pues no alcanzó a transcurrir el lapso de un (1) año fijado jurisprudencialmente. Así se decide.

En atención a lo expuesto, y resultando aplicable el criterio jurisprudencial anteriormente trascrito referido al lapso de caducidad de un (1) año concedido a los funcionarios públicos para la interposición de las acciones correspondientes con ocasión al pago de sus prestaciones sociales, en aras de garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso de las partes, y de salvaguardar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica que deben imperar en todo proceso judicial, este Órgano Jurisdiccional una vez estudiadas las actas procesales que conforman el expediente, declara con lugar el recurso de apelación interpuesto, en consecuencia, revoca la decisión dictada el 2 de octubre de 2007, por el Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, que declaró inadmisible el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por haber operado la caducidad, en virtud de que el a quo no adoptó el criterio jurisprudencial vigente para la época en que se produjo dicho fallo, relativo al lapso de caducidad de un (1) año para la interposición de las acciones o recursos con ocasión al pago de las prestaciones sociales por parte de los funcionarios públicos y, así se declara.

Ahora bien, revocada como ha sido la sentencia apelada, y en virtud de que el presente recurso contencioso administrativo funcional había sido declarado Inadmisible en primera instancia, considera esta Corte que realizar un pronunciamiento con respecto al fondo del presente asunto implicaría el análisis de un cúmulo de pretensiones que no han sido revisadas en cuanto a su mérito por el a quo, razón por la cual, conforme al principio de la doble instancia que debe seguirse en todo proceso judicial, se ordena la remisión del expediente al Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial del estado Guárico, a los fines de que éste proceda a pronunciarse sobre el fondo del asunto debatido como Órgano Jurisdiccional competente para conocer en primer grado de jurisdicción de las reclamaciones judiciales realizadas en materia

funcionarial. (Vid. Sentencia de este Órgano Jurisdiccional, Nº 2007-1509 del 13 de agosto de 2007, caso: NANCY TERESITA FIGUEROA DE CARRANZA VS. MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTES). Así se declara.