

Revista de Derecho Funcionarial

Volumen

11

Enero-Abril
2014

Edición
Cuatrimestral

Fundación Estudios de Derecho Administrativo
FUNEDA

**REVISTA DE DERECHO
FUNCIONARIAL**
Número 11
Enero-abril 2014



Caracas, 2014



© REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL.
NÚMERO 11. ENERO-ABRIL 2014

Fundación Estudios de Derecho Administrativo. FUNEDA

Impreso en Venezuela

ISSN: 2244-7202

P.P.: 201102DC3718.

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

DISEÑO DE PORTADA: María de Guada

IMPRESO EN: Lito-Formas - septiembre 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

Krysthal 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

Laura Louza Scognamiglio

Consejo Consultivo

Allan R. Brewer-Carías

Gustavo Urdaneta Troconis

Antonio De Pedro Fernández

Jesús Caballero Ortíz

Hildegard Rondón de Sansó

Daniela Urosa Maggi

Armida Quintana Matos

Armando Rodríguez

NORMAS DE LA REVISTA DE DERECHO FUNCIONARIAL

- 1.- La Revista de Derecho Funcionarial es una edición arbitrada de la Fundación Estudios de Derecho Administrativo, de circulación cuatrimestral, que tiene como finalidad la publicación de estudios, compilaciones e información relevante en materia de Derecho Funcionarial, entendiéndose como tal, aquella rama del derecho público que estudia científicamente la relación entre la Administración Pública y los servidores públicos que prestan servicios profesionales para ella. Como tal, los trabajos que en la Revista de Derecho Funcionarial se publiquen versarán sobre ese tema, o sobre aquellos que tengan relación.
- 2.- La Revista contará con un director y un subdirector. Asimismo contará con un Comité de Redacción y un Comité Asesor. El director coordinará la edición y publicación de la revista. El sub director apoyará al director en dicha coordinación. El Comité de Redacción fungirá como órgano arbitral, y decidirá qué 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: lauralouza@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.....	 13
- LOS REGÍMENES DE JUBILACIONES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	15
<i>Rosibel Grisanti de Montero</i>	
1. Consideraciones previas.....	15
2. Breve referencia histórica.....	16
3. Diversos regímenes de jubilaciones.....	18
4. Régimen general.....	19
5. Los regímenes especiales de jubilaciones.....	22
6. De la imposibilidad de realizar una mixtura de regímenes de jubilaciones.....	28
7. Conclusión.....	31
- EL CARÁCTER JURÍDICO LABORAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE TIPO LABORAL EN FAVOR DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.....	37
<i>Ramón Alfredo Aguilar C.</i>	
Introducción.....	37
I. El Trabajo como hecho social.....	40
1. Los Funcionarios son trabajadores.....	43
2. El contenido material del Derecho Funcionarial.....	52
II. La relación Estatutaria.....	56
1. El contenido y alcance de la relación "Estatutaria" ...	56
2. La situación actual de la relación Estatutaria.....	64

3. Regulación de la relación de empleo público por el Derecho Administrativo.....	70
III. Los derechos laborales de rango Constitucional en favor de los Funcionarios Públicos.....	73
1. Prestaciones Sociales. Indexación.....	74
2. Caducidad de las pretensiones de cobro de Prestaciones Sociales y otras de contenido patrimonial.....	75
3. Jornada laboral. Pago de Horas extraordinarias.....	76
4. Inamovilidad Laboral.....	77
5. Tratamiento Procesal de las controversias.....	78
Conclusiones.....	81
JURISPRUDENCIA.....	87
- COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA. Enero – abril 2014.....	89
<i>Manuel Rojas Pérez</i>	
I.- La función pública.....	89
1.- Lo que define cuando se está en función pública....	89
II.- Funcionarios públicos.....	91
1.- El retiro y la remoción.....	91
III.- Derechos de los funcionarios públicos.....	99
1.- Derecho a la prestación de antigüedad.....	99
2.- Derecho a la protección a la maternidad.....	102
3.- Prestaciones sociales.....	104
4.- Indexación de las prestaciones sociales.....	105
IV.- El sistema de administración de personal.....	108
1.- Evaluación de desempeño.....	108
V.- Las situaciones activas de los funcionarios públicos...	116
1.- El traslado.....	116
VI.- Las situaciones pasivas de los funcionarios públicos...	123
1.- La jubilación.....	123
2.- La jubilación especial.....	126

VII.- Responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos.....	132
1.- Las causales de destitución.....	132
A.- Falta de probidad.....	132
VIII.- El contencioso administrativo funcional.....	143
1.- Pruebas en el contencioso funcional.....	143
2.- La caducidad.....	146
3.- Medidas cautelares en el contencioso funcional....	148
NORMATIVA.....	153
 - Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios.....	155

ESTUDIOS

LOS REGÍMENES DE JUBILACIONES DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Rosibel Grisanti de Montero¹

SUMARIO: 1. Consideraciones previas. 2. Breve referencia histórica. 3. Diversos regímenes de jubilaciones. 4. Régimen general. a) Ámbito personal de aplicación del régimen general de jubilaciones. b) Requisitos para la obtención del beneficio de jubilación. 5. Los regímenes especiales de jubilación. a) El sentido y el alcance de los regímenes especiales de jubilación. b) De la inconstitucionalidad de los regímenes especiales establecidos por leyes estatales y ordenanzas municipales. c) De los regímenes especiales establecidos en convenciones colectivas con anterioridad a la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones. 6. De la imposibilidad de realizar una mixtura de regímenes de jubilaciones. 7. Conclusión.

1. Consideraciones previas

La finalidad esencial de este trabajo es presentar, ante el foro venezolano, algunos planteamientos sobre los regímenes de jubilaciones existentes en la Administración Pública, los cuales ya han sido tratados en las jornadas que sobre régimen funcional ha auspiciado la Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Los criterios aquí expuestos han sido fruto de la experiencia profesional en el ámbito de los recursos humanos del sector público, y quieren reflejar, sobre todo, las inquietudes que tenemos sobre un tema tan complejo e importante, enmarcado en las normas de seguridad social que el Estado venezolano debe desarrollar.

1 Abogada *Summa Cum Laude* egresada de la Universidad de Carabobo (1988); Especialista en Derecho Administrativo por la UCAB (1992); Especialista en Derecho Procesal por la UCAB (2010); Profesora de Derecho Público en la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Carabobo (desde 1994); Profesora en la Especialización de Derecho Administrativo en la Universidad Católica Andrés Bello (desde 2008); asesora jurídica externa de organismos públicos, en materia de recursos humanos (desde 1996). E-mail: rosigri@hotmail.com

2. Breve referencia histórica

De entrada, hay que aclarar que los funcionarios y empleados de la Administración Pública son los únicos ciudadanos en Venezuela que, a lo largo de la historia, han sido amparados por el beneficio de jubilación. Por su parte, los trabajadores del sector privado han estado excluidos de este beneficio, salvo algunas excepciones de personas jurídicas mercantiles que han reconocido la jubilación como un derecho laboral, a través de la vía de la convención colectiva o de otra normativa de la empresa. A su vez, es preciso poner de relieve que en nuestro país han existido -y aún perviven- diversos regímenes de jubilaciones, lo cual constituye un grave problema dentro de la Administración Pública, por la complejidad de las normas aplicables. Y ello, además, conlleva una discriminación entre los mismos funcionarios y empleados públicos, pues el beneficio de jubilación dependerá del organismo en el cual presten sus servicios.

Tal como lo ha puesto de relieve la doctrina, la primera ley que reguló la materia de jubilaciones de los funcionarios públicos fue la **Ley de Pensiones**, del 10 de junio de 1925, en la cual se estableció un régimen de jubilaciones que devino en injusto, ya que la ley establecía el monto de las pensiones a que tenían derechos determinados funcionarios. Por ello, comenzaron a surgir regímenes especiales de jubilaciones, previstos en leyes especiales, como mecanismo para establecer criterios más consonos con la realidad en el otorgamiento de ese beneficio. Cabe citar el caso de los maestros, los militares, entre otros². La situación se complicó aún más con la promulgación de la **Ley del Seguro Social**, el 11 de julio de 1966, con una *vacatio legis* hasta el 1º de enero de 1967³, pues se discutía si este texto legal derogaba la Ley de Pensiones, o si, por el contrario, era compatible el disfrute de las pensiones de vejez establecidas en esta

2 Cfr. HILDA RODRÍGUEZ, **Jubilaciones y Pensiones en la Administración Pública**, Paredes Editores, Caracas, 1994, p. 37.

3 Aun cuando en realidad para esta fecha no comenzó a regir, ya que no había asegurado que cumpliera con el requisito del límite de cotizaciones necesarias para tener derecho a la pensión de vejez, sino que su vigencia fue diferida. Vide, HILDA RODRÍGUEZ, loc. cit.

nueva ley con la jubilación prevista en la Ley de Pensiones, que era el criterio sostenido por la Procuraduría General de la República⁴. En fecha 21 de junio de 1985, el Ejecutivo Nacional dictó el *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* (Decreto No. 673), cuya constitucionalidad fue cuestionada en su momento, ya que el régimen de jubilaciones era materia de la reserva legal.

Realmente, el asunto de las jubilaciones de los funcionarios públicos logró un poco de orden con la entrada en vigencia de la *Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios* (Gaceta Oficial No. 3.850 Extraordinario, de fecha 18 de julio de 1986), y con su Reglamento (G.O. No. 4.978, del 29 de septiembre de 1995). Esta Ley fue reformada en el año 2006 (G.O. N° 38.426 del 28 de abril de 2006), y luego en el año 2010 también fue objeto de una reforma parcial, y pasó a denominarse *Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los*

4 Esta situación fue aclarada por el artículo 29 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (de 1986). Así mismo, la Disposición Final Quinta de la vigente Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios establece: “*La presente Ley no afecta el régimen de contingencias y prestaciones contemplado en el artículo 4 de la Ley del Seguro Social*” (actualmente la remisión debe interpretarse como hecha al artículo 3, porque esta disposición es idéntica a la contenida en el artículo 29 de la primera Ley sobre el Estatuto de Jubilaciones y Pensiones del año 1986 que se refería al artículo 4 de la Ley del Seguro Social, el cual en posteriores reformas pasó a ser el artículo 3). En efecto, esta norma dispone que las personas que prestan servicios a la Nación, Estados, Territorio, Distrito Capital, Municipios, Institutos Autónomos y en general las personas morales de carácter público, quedan cubiertas por el régimen del Seguro Social Obligatorio en los casos de prestaciones en dinero por invalidez o incapacidad parcial, vejez, sobrevivientes y nupcias. A su vez, el artículo 45 del Reglamento de la mencionada Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones dispone: “*Es incompatible el disfrute de una jubilación con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo en alguno de los organismos o entes señalados en el artículo 2º de la Ley del Estatuto. Igualmente son incompatibles el goce simultáneo de dos jubilaciones, de dos pensiones o de una jubilación y una pensión. Quedan a salvo las pensiones otorgadas de conformidad con el artículo 4º de la Ley del Seguro Social, así como las pensiones de sobrevivientes*”.

Municipios (G.O. No. 5.976 Extraordinario del 24 de mayo de 2010). Por su parte, el Reglamento fue objeto de reforma, en el año 1999 (G.O. No. 36.618 del 11 de enero de 1999).

Ahora bien, decimos que se logró un poco de orden, ya que la preindicada ley permitió la subsistencia de regímenes especiales de jubilaciones, como de seguidas veremos, por lo que la diversidad de normativas no fue eliminada con esa ley.

3. Diversos regímenes de jubilaciones

Con fundamento en la Enmienda No. 2 de la Constitución de 1961, fue dictada la preindicada *Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y Municipios* (1986). En tal sentido, disponía el artículo 2 de la citada Enmienda lo siguiente: “*El beneficio de jubilación o de pensión se regulará en una Ley Orgánica a la cual se someterán todos los funcionarios o empleados públicos al servicio de la administración central o descentralizada de la República, de los estados o de los municipios*”.

Ahora bien, la *Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones* (a la cual no se le dio carácter de Ley Orgánica), cuya finalidad debía ser la de establecer un régimen único de jubilaciones -según los lineamientos de la mencionada Enmienda No. 2 de la Constitución de 1961-, dejó sin embargo en vigencia una serie de regímenes especiales de jubilaciones y pensiones: Aquellos que estaban consagrados en leyes nacionales especiales y que habían establecidos las empresas del Estado (art. 4) y los previstos en convenios o contratos colectivos (art. 27 Ley 1986, hoy disposición cuarta Ley 2010). Tales excepciones han configurado un abigarrado conjunto de normativas especiales en materia de jubilación, que representan, realmente, uno de los aspectos más complejos en el ámbito de los recursos humanos de la Administración Pública.

4. Régimen general

La normativa que consagra el régimen general de las jubilaciones en la Administración Pública, contenida en la citada *Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones*, tiene un ámbito de aplicación bastante amplio, pues incluye a los funcionarios públicos (que se rigen por el estatuto de la función pública) y a los empleados públicos (que están regulados por la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras) de los organismos de la Administración Pública Central y Descentralizada, en los tres niveles territoriales del Poder Público: nacional, estadal y municipal. Por otra parte, este régimen general también prevé los requisitos para obtener el beneficio de jubilación, pues no basta haber prestado servicios en organismos de la Administración Pública, sino que es menester acumular una antigüedad como funcionario, empleado u obrero de los organismos que contempla esa Ley, de veinticinco años, y además alcanzar la edad de 55 años si es mujer, o de 60 años si es hombre. Estos requisitos han de ser concurrentes, no basta acumular la preindicada antigüedad en el servicio, sino que hay que tener además la edad exigida; y sólo en el caso de acumular una antigüedad de treinta y cinco (35) años de servicios en la Administración Pública, como funcionario o empleado, se exime de cumplir el requisito de la edad. Esto es, se configura un régimen de jubilaciones amplio en cuanto al ámbito personal de aplicación, pero rígido en cuanto a los requisitos para su obtención.

- a) **Ámbito personal de aplicación del régimen general de jubilaciones.** La Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones establece, de entrada, su ámbito personal de aplicación, en los siguientes términos: "*La presente Ley regula el derecho a la jubilación y pensión de los funcionarios y empleados de los organismos a que se refiere el artículo 2*" (resaltado nuestro). Esto es, sólo rige para dos categorías de personal de la Administración Pública: los funcionarios y los empleados. Luego, en el artículo 2, se prevén cuáles son los organismos de la Admi-

nistración Pública a los que se aplica la precitada ley, comprendiendo allí a las personas jurídicas territoriales, así como a entes y organismos de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal. En efecto, según establece este artículo 2, quedan sujetos a la ley *in commento* los siguientes organismos: 1) Los Ministerios, Oficinas Centrales de la Presidencia y demás organismos de la Administración Central de la República; 2) la Procuraduría General de la República; 3) el Consejo Supremo Electoral⁵ (actualmente, Consejo Nacional Electoral); 4) el Consejo de la Judicatura⁶ (organismo eliminado por la vigente Constitución, cuyas funciones son ejercidas actualmente por el Tribunal Disciplinario Judicial y la Corte Disciplinaria Judicial⁷; 5) la Contraloría General de la República⁸; 6) la Fiscalía General de la República⁹; 7) los Estados y sus organismos descentralizados; 8) los Municipios y sus organismos descentralizados; 9) los Institutos Autónomos y las Empresas en las cuales alguno de los organismos del sector público tengan por lo menos el 50% de su capital; 10) las Fundaciones; 11) las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas; 12) los demás entes descentralizados de la Administración Pública Nacional y de los Estados y los Municipios.

En consecuencia, tanto los funcionarios públicos, sujetos a normas estatutarias de la función pública, como los empleados de la Administración Pública, sujetos a la legislación laboral, están amparados por ese régimen general de jubilaciones previsto en la

5 Este numeral fue anulado por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, mediante sentencia de fecha 28 de noviembre de 1988, al declarar con lugar la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra esa norma.

6 Este numeral había sido anulado por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, a través de sentencia del 4 de abril de 1991.

7 Según lo dispuesto por el Código de Ética del Juez Venezolano y la Jueza Venezolana (G.O. No. 39.236 del 06/08/2009).

8 Este numeral fue anulado por la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, mediante sentencia de fecha 22 de mayo de 1990, que declaró con lugar la acción de inconstitucionalidad intentada por funcionarios de esa Contraloría.

9 Este numeral fue anulado por inconstitucional, según sentencia de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 8 de agosto de 1989.

mencionada ley. En el caso de los obreros al servicio de la Administración Pública, se observa que esta ley no los incluye en su ámbito personal de aplicación, mas se suscribió un convenio con los obreros de la Administración Pública Nacional (*Plan de Jubilaciones anexo al acta suscrita en fecha 1º de septiembre del 1992, contentivo del acuerdo CTV-Gobierno por el cual se rigen los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública Nacional*), que estableció una regulación similar al de la ley para este tipo de personal¹⁰.

- b) **Requisitos para la obtención del beneficio de jubilación.** Ahora bien, este régimen general de jubilaciones, contenido en la mencionada Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones, también prevé los requisitos para obtener el beneficio de jubilación, pues no basta haber prestado servicios en organismos de la Administración Pública, sino que es menester acumular una antigüedad que contempla esa Ley, de veinticinco años, y además alcanzar una edad determinada: la edad de 55 años, si es mujer, o de 60 años, si es hombre, como antes se indicó. Por su parte, a los fines de calcular la antigüedad en el servicio para el otorgamiento del beneficio de jubilación, la propia Ley regula esa figura, y dispone en su artículo 10 lo siguiente:

"La antigüedad en el servicio a ser tomada en cuenta para el otorgamiento del beneficio de la jubilación será la que resulte de computar los años de servicios prestados en forma ininterrumpida o no, en órganos y entes de la Administración Pública. La fracción mayor de ocho (8) meses se computará como un (1) año de servicio. A los efectos de este artículo, se tomará en cuenta todo el tiempo de servicio prestado en la Administración Pública como funcionario o funcionaria, obrero u obrera, contratado o contratada, siempre que el número de horas de trabajo diario sea al menos igual a la mitad de la jornada ordinaria del órgano o ente en el cual se prestó el servicio. Cuando por la naturaleza misma del servicio rija un horario especial, el órgano o ente que otorgará el beneficio deberá pronunciarse sobre los extremos exigidos en este artículo.

10 Nótese que, actualmente, no existe ya la distinción entre empleados y obreros, según la vigente Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; se habla ahora de *trabajador o trabajadora* según lo dispuesto por el artículo 35 de esta Ley.

En el caso que al funcionario o funcionaria se le compute el tiempo laborado como obrero u obrera para el otorgamiento del beneficio de jubilación, el mismo deberá cumplir con el número mínimo de cotizaciones previstas en el Parágrafo Primero del artículo 3 de esta Ley".

5. Los regímenes especiales de jubilaciones

Al respecto, dispone el artículo 4 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones lo siguiente: "Quedan exceptuados de la aplicación de la presente ley, los organismos o categorías de funcionarios o empleados cuyo régimen de jubilación o pensión esté consagrado en leyes nacionales y las empresas del Estado y demás personas de derecho público con forma de sociedades anónimas que hayan establecido sistemas de jubilación o de pensión en ejecución de dichas leyes. En ambos casos deberán hacerse contributivos en forma gradual y progresiva de acuerdo a las respectivas leyes y en caso de que los beneficios sean inferiores a lo dispuesto en esta ley, se equipararán a los aquí establecidos. La contribución en los supuestos a que se refiere este artículo podrá ser hecha en forma mensual o al final de la relación laboral".

Por su parte, el artículo 27 de la ley de 1986 (actualmente disposición final cuarta), estableció la siguiente norma: "Los regímenes de jubilaciones y pensiones establecidos a través de convenios o contratos colectivos seguirán en plena vigencia y en caso de que sus beneficios sean inferiores a lo establecido en esta Ley, se equipararán a la misma. Estos regímenes se harán contributivos en forma gradual y progresiva en los términos que establezca el Reglamento, en la oportunidad en que se discutan los convenios o contratos colectivos. La ampliación futura de esos beneficios deberá ser autorizada por el Ejecutivo Nacional. Las jubilaciones y pensiones a que se refiere este artículo, seguirán siendo pagadas por los respectivos organismos. Los beneficios salariales obtenidos a través de la contratación colectiva para los trabajadores activos, se harán extensivos a los pensionados y jubilados de los respectivos organismos". Con fundamento en lo dispuesto por estos artículos de la *Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones*, en distintos entes de

la Administración Pública, así como en personas jurídicas territoriales, se ha seguido aplicando el régimen de jubilaciones que se encontraba establecido en leyes nacionales especiales y en convenciones colectivas vigentes para el momento de la promulgación de esa Ley (1986)¹¹. Además, hay que agregar los regímenes especiales que subsisten según decisiones de la Corte Suprema de Justicia (casos Contraloría General de la República, Fiscalía General de la República, etc.), a los que se hizo referencia en el punto 4.a de este trabajo.

- a) **El sentido y el alcance de los regímenes especiales de jubilación.** Ahora bien, el ámbito de aplicación de esos regímenes especiales –que perviven, en virtud de lo dispuesto por los citados arts. 4 y 27 (actualmente disposición final cuarta) de la *Ley del Estatuto sobre el Régimen Jubilaciones y Pensiones*– así como los requisitos para el otorgamiento de las jubilaciones, no podían ser modificados, salvo para equiparar los beneficios establecidos en tales regímenes a los previstos en la Ley del Estatuto, si es que aquéllos eran inferiores a éstos. Por otra parte, su aplicación ha de ceñirse a los términos en los que estaban previstos tales regímenes especiales para el momento de la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones (1986), y no es posible realizar una ampliación del ámbito de aplicación de los mismos, ni tampoco flexibilizar los requisitos exigidos para el otorgamiento de la jubilación. Esto significa, por lo tanto, que aquellos organismos de la Administración Pública que no tenían un régimen especial de jubilación, ni por ley nacional ni por convención colectiva,

11 Tal es el caso del régimen de jubilaciones de los docentes, que estaba previsto en la *Ley Orgánica de Educación* (Capítulo VI, De las pensiones y jubilaciones), publicada en la Gaceta Oficial No. 2.635 Extraordinario del 28 de julio de 1980; así como el régimen de los miembros del personal docente y de investigación de las universidades nacionales, establecido en el artículo 102 de la Ley de Universidades, publicada en la Gaceta Oficial No. 1.429, Extraordinaria, del 8 de septiembre de 1970, los cuales constituirían una de las excepciones previstas en la *Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones*, en el citado art. 4. Así mismo, podemos mencionar el caso de los regímenes de jubilaciones de funcionarios públicos de algunos Municipios del país, los cuales se encontraban previstos en las convenciones colectivas que estaban vigentes para el momento de la promulgación de esta ley (1986); que, por su parte, constituyen un ejemplo de la excepción establecida en el mencionado artículo 27 (actualmente disposición final cuarta).

para el momento de la entrada en vigencia de la precitada Ley del Estatuto sobre el Régimen Jubilaciones y Pensiones, no pueden establecer un régimen distinto del consagrado en esta ley, ni adherirse a un régimen especial ya existente. Necesariamente, las jubilaciones de sus funcionarios o empleados han de regirse por la normativa contenida en el régimen general que prevé la mencionada ley. Consideramos, en este punto, que es preciso alzaprimar algunos polémicos aspectos, que han traído discusiones doctrinarias y sobre los cuales existen algunas decisiones jurisprudenciales, como de seguidas se expone.

- b) De la **inconstitucionalidad de los regímenes especiales establecidos por leyes estatales y ordenanzas municipales**. La jurisprudencia patria ha dejado muy claro que lo relativo a las jubilaciones es materia de la reserva legal nacional, y en consecuencia ha anulado leyes estatales y ordenanzas municipales que han regulado esta materia. En tal sentido, cabe citar una sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, del 3 de agosto de 2004, Magistrado Ponente: Antonio García García, sentencia No. 1.452 (exp. No. 02-2585), por la cual fue anulado el texto completo de la Ordenanza Modificatoria de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones para los Funcionarios y Empleados al servicio de la Municipalidad del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Municipal del Distrito Federal N° 1602 del 3 de julio de 1996, y en donde se expuso el siguiente criterio, que transcribimos –aunque un poco largo– por la diafanidad de la exposición:

Ahora bien, esta Sala, al decidir casos similares precedentes (vid. sentencias números 3347/2003, 3072/2003, 819/2002, 2724/2001, 835/2000 y 450/2000), ha dejado claramente sentado que la competencia para legislar sobre el régimen de la seguridad social en general, sea o no funcarial, corresponde en exclusiva al Poder Nacional, en atención a lo dispuesto en los artículos 86, 147, 156.22, 156.32, 187.1 del Texto Fundamental vigente, con lo que resulta inconstitucional que los Estados o Municipios dicten leyes y ordenanzas en esa materia.

(Omissis...)

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

Respecto de las materias de la competencia municipal, esta Sala puntualiza, por una parte, que la larga enumeración de materias que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se atribuyen a los Municipios, no son, en absoluto, materias de la competencia exclusiva de los mismos, ya que, en su mayoría, se configuran como materias de la competencia concurrente entre la República, los Estados y los Municipios, o entre la República y los Municipios, las cuales, conforme al artículo 165 eiusdem, deben ser reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional y, además, por leyes de desarrollo sancionadas por los Consejos Legislativos de los Estados. Por otra parte, se observa que lo que es de la competencia exclusiva de los Municipios son los aspectos de esas materias que "concieren a la vida local" (vid. BREWER-CARIAS, A. R. Consideraciones sobre el régimen de distribución de competencias del Poder Público en la Constitución de 1999. Libro Homenaje Universidad Central de Venezuela. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, pp. 107-138).

Siendo ello así, advierte la Sala que en la referida enumeración de materias que se atribuyen a los Municipios, no figura expresamente el régimen de seguridad social, es decir, dicho régimen no es materia de la competencia concurrente entre la República y los Municipios, ni de la competencia exclusiva de los Municipios, cuya regulación, en ejercicio de la función legislativa, correspondería al Concejo Municipal (artículo 175 constitucional).

De acuerdo con lo antes expuesto, resulta evidente que, en el presente caso, el entonces Concejo Municipal del Distrito Federal invadió el ámbito de competencias exclusivas del Poder Legislativo Nacional al sancionar la Ordenanza Modificatoria de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones para los Funcionarios y Empleados al servicio de la Municipalidad del Distrito Federal, incurriendo así en una usurpación de funciones, lo que lleva a esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo

de Justicia a declarar la nulidad por inconstitucionalidad de la citada Ordenanza, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 138 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se decide.

Declarado lo anterior, esta Sala Constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, debe determinar los efectos en el tiempo de las decisiones anulatorias de normas, para tal fin, se observa que, en el presente caso, en el supuesto de fijarse los efectos del presente fallo hacia el pasado, es decir, ex tunc, traería como consecuencia, que algunos funcionarios públicos que ya hubiesen obtenido el beneficio de jubilación o pensión, de conformidad con lo dispuesto en la Ley local impugnada, se verían en la obligación, en caso de no cumplir con los requisitos señalados en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, de reincorporarse como personal activo, así como de reintegrar los pagos obtenidos por concepto de jubilación o pensión. Asimismo, la administración municipal por su parte, estaría en la obligación de reincorporar y pagar los sueldos dejados de percibir por aquellos funcionarios que se encontrasen en la situación descrita anteriormente, lo cual, obviamente, ocasionaría una inseguridad jurídica y un descontrol presupuestario sin precedentes.

Siendo ello así, esta Sala, por razones de seguridad jurídica y en resguardo de los derechos de los beneficiados por la ley local, fija los efectos de esta decisión a partir de la publicación de este fallo en Gaceta Oficial, es decir, le otorga efectos ex nunc, sin que ello prejuzgue sobre la responsabilidad en que pudieren estar incurso los legisladores municipales al haber dictado una ordenanza en flagrante usurpación de funciones del Poder Legislativo Nacional y violando de esta manera el principio de reserva legal nacional contenido en la Constitución. Así se decide.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 eiusdem, se ordena la publicación de este fallo en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela y en la Gaceta Oficial del Municipio Libertador del Distrito Capital. Así se declara.

(Omissis...)

Por último, en vista de que han sido varios los casos similares presentados ante este Máximo Tribunal, la Sala se ve compelida a formular

nuevamente una exhortación a los Consejos Legislativos y Concejos Municipales del país:

El control concentrado de constitucionalidad de los actos de rango legal no puede servir sólo para depurar el ordenamiento jurídico, sino que también debe ser medio para prevenir la repetición de vicios. La publicación de los fallos anulatorios, por tanto, tiene dos razones: una, que la colectividad sepa de la desaparición de la norma, al igual que se hizo cuando fue dictada; dos, que se conozca el criterio judicial para evitar incurrir en idénticos errores.

Ya los Consejos Legislativos y Concejos Municipales están al tanto de la apreciación que ha hecho este Máximo Tribunal acerca de la evidente inconstitucionalidad en que se incurre cuando actos distintos a la ley nacional regulan la materia de la seguridad social. Por ello, se exhorta a todos esos órganos deliberantes a derogar sus normas sobre esa materia, sin esperar a que sean impugnadas, así como a no legislar esos aspectos en lo sucesivo. Así se exhorta.

- c) De los regímenes especiales establecidos en convenciones colectivas con anterioridad a la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones. En este punto de las convenciones colectivas, queremos precisar, en atención a lo expuesto en el punto 4 de este trabajo, la subsistencia de los regímenes especiales previstos en convenciones colectivas con anterioridad a la Ley del Estatuto (1986). Estos regímenes especiales perviven por mandato de la misma ley, según lo dispuesto en el citado artículo 27 (actualmente, disposición final cuarta). Así lo ha dejado claramente sentado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia No. 00736, del 27 de mayo de 2009, por la cual declaró interpretado el artículo 27 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la Gaceta Oficial N° 3.850 Extraordinario de fecha 18 de julio de 1986, reproducido en idénticos términos en la vigente Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleadas de

la Administración Pública Nacional. En tal sentido, la referida sentencia señaló que: “...advierte la Sala que de un análisis al sentido evidente de los términos en que fue redactado el artículo 27 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, conforme lo preceptuado en el artículo 4 del Código Civil, antes transcrita, se desprende que inequívocamente los regímenes de jubilaciones y pensiones establecidos a través de convenios o contratos colectivos antes de la entrada en vigencia de la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios de 1986, mantienen su vigencia y prevalecen sobre la ley siempre que dichos regímenes sean más beneficiosos para los trabajadores, pues de lo contrario los beneficios establecidos en los contratos o convenios colectivos deben ser equiparados a los de la ley...Ello en sintonía con los principios contenidos en nuestro Texto Fundamental... ...atendiendo al principio constitucional de progresividad de los derechos laborales contenido en el artículo 89 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

6. De la imposibilidad de realizar una mixtura de regímenes de jubilaciones

Un aspecto muy importante, en esta materia de las jubilaciones en la Administración Pública, es el relativo a la imposibilidad de combinar lo dispuesto en los dos tipos de regímenes de jubilaciones existentes, ya que uno está previsto como régimen general, más amplio en cuanto al ámbito personal de aplicación, pero más estricto en cuanto a los requisitos exigidos; y el otro constituye un régimen especial de jubilación, el cual es más restringido en cuanto al ámbito personal de aplicación, aunque más flexible en lo que respecta a los requisitos para obtener la jubilación. Y la aplicación de las normas de cada uno de esos regímenes de jubilaciones debe hacerse en su respectivo ámbito personal de regulación y en atención a los requisitos allí establecidos. Esto es, el régimen general debe

aplicarse para los funcionarios y empleados de la Administración Pública Central y Descentralizada, de la República, los Estados y los Municipios, y en consecuencia se deben cumplir los requisitos de antigüedad en el servicio y de los años de edad, allí previstos para obtener el beneficio de jubilación. Por su parte, el régimen especial de que se trate, contemplado en una ley nacional especial o en una convención colectiva, y que ampara a determinada clase de servidor público, sólo puede ser aplicada a este personal y se debe cumplir con los requisitos de antigüedad allí exigidos.

Resulta totalmente improcedente, pues pugna con las normas de la hermenéutica jurídica, realizar una combinación de regímenes jurídicos de jubilación, para tomar las normas que convienen de uno y de otro, y dejar de lado las que no convienen, para así configurar un régimen mixto, *ad hoc*, con el fin de pretender la titularidad de un derecho a la jubilación. *Id est*, sería jurídicamente improcedente aplicar, en el caso de servidores públicos que tienen un régimen especial de jubilación, el ámbito personal de la Ley del Estatuto sobre Jubilaciones y Pensiones, que es bastante amplio, y los requisitos establecidos en el régimen especial, que suelen ser más flexibles en cuanto a los años de servicios exigidos. Consideramos que esta es la interpretación certera, y que atiende al espíritu de las excepciones que contempló la Ley del Estatuto sobre el Régimen Jubilaciones y Pensiones, que no ha de perderse de vista cuando se trata de aplicar los regímenes especiales. La interpretación jurídica es la herramienta fundamental para manejar esta diversidad de regímenes. Como lo ha puesto de relieve el Maestro Luis Recasens Siches (*Enciclopedia Jurídica Omeba*, "Interpretación del Derecho", tomo XV), "*Todas estas diversas normas, que integran el ordenamiento vigente en un momento dado, tienen distintos orígenes y tienen además rangos diferentes. Pero sin embargo, todas esas normas guardan entre sí una conexión formal, es decir, se dan en una articulación orgánica, a pesar de las diferentes fuentes de su procedencia y de sus jerarquías y caracteres dispares. No podemos interpretar todos esos componentes como constituyendo un mero agregado inorgánico o desorganizado, una mera*

yuxtaposición fortuita, sino que hemos de ordenarlas de modo que formen una totalidad unitaria y conexa, un ordenamiento sistemático, cuyas partes guarden entre sí relaciones de coordinación y de dependencia".

En tal sentido, consideramos que resulta esencial, para dilucidar los problemas planteados en la aplicación de los regímenes especiales, realizar una conexión formal del régimen general de jubilaciones previsto en la citada ley nacional con el régimen especial de que se trate -mas no una juxtaposición o combinación de los mismos-, para así dejar claro la improcedencia de la mixtura de normas que algunos servidores públicos pretenden que se les aplique, a los fines del otorgamiento del beneficio de la jubilación. Al realizar la conexión formal de la normativa que prevé los dos tipos de regímenes de jubilaciones antes expuestos, se tiene que la regla general es que los funcionarios y empleados de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal se rigen por la *Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional*. En consecuencia, deben acumular una antigüedad de veinticinco (25) años de servicio como funcionarios o empleados en el sector público, para tener derecho a la jubilación, además de llegar al límite de edad establecido.

Ahora bien, una de las excepciones a esa regla general, está constituido por el régimen de jubilaciones previsto en leyes nacionales especiales, y otra está representada por los regímenes contemplados en las convenciones colectivas, los cuales constituyen, por consiguiente, regímenes especiales que sólo amparan a los funcionarios o a los empleados públicos a quienes se aplican esas leyes o convenciones colectivas. Por consiguiente, sólo estos funcionarios o empleados que presten sus servicios en la entidad pública de que se trate se encuentran beneficiados por el régimen especial aplicable, y no puede ser ampliado su ámbito personal. Para que pueda ampliarse un régimen especial previsto en una convención colectiva, es necesario cumplir lo previsto en la misma Ley de Jubilaciones y Pensiones, como lo puso de relieve la comentada sentencia de la Sala Político Administrativa, cuando el artículo 27 estable-

ce que: "*La ampliación futura de esos beneficios deberá ser autorizados por el Ejecutivo Nacional*".

7. Conclusión

Fundamentalmente con este trabajo, queríamos analizar el tema relativo a los diversos regímenes en materia de jubilaciones, y estudiar la normativa existente en la materia, tal como lo indicamos al principio. Mas, no podemos finalizar sin hacer mención a los cambios que se vislumbran en esta materia, con motivo de las previsiones constitucionales sobre seguridad social y sobre la cual ya se han dado algunos pasos, como la **Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social** (vigente desde el 30 de abril de 2012, G.O. No. 39.912, mediante la cual se reformó el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, publicado en la G.O. No. 5.891 del 31/07/2008). Cabe destacar que esta ley contempla el tema relativo a las jubilaciones y pensiones, dentro del sistema de seguridad social, como derecho de todo ciudadano. La mencionada ley crea el *Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas*, que tiene por objeto garantizar a las personas contribuyentes las prestaciones dinerarias que les correspondan, de acuerdo con las contingencias amparadas por este Régimen y conforme a los términos, condiciones y alcances previstos en esta Ley y las demás leyes que las regulan (art. 63). Y dentro del preindicado Régimen Prestacional se comprenden las prestaciones relativas a las pensiones de vejez o jubilación, discapacidad parcial permanente, discapacidad total permanente, gran discapacidad, viudedad y orfandad (art. 64, ord. 1º).

Ahora bien, como esta **Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social** es una ley marco, la misma ha de ser desarrollada por las leyes especiales que regulen los regímenes prestacionales allí previstos. Es así como, según lo dispuesto por el artículo 66, los requisitos para acceder a cada tipo de pensión, la cuantía y el monto de las cotizaciones, se establecerán en la Ley del Régimen Prestacional

de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas, atendiendo a los estudios actuariales y financieros pertinentes. A su vez, establece la Disposición Transitoria Cuarta de la citada Ley Orgánica, que "*hasta tanto se promulgue la ley que regule el Régimen Prestacional de Pensiones y Otras Asignaciones Económicas, se mantiene vigente la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 5976 Extraordinario, de fecha veinticinco (rectius veinticuatro) de mayo de 2010 y su reglamento, en cuanto sus disposiciones no contrarién las normas establecidas en la presente Ley*".

Por otra parte, hay que destacar lo previsto por el artículo 35 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, según el cual se crea la Tesorería del Sistema de Seguridad Social como instituto autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, distinto e independiente del Fisco Nacional, el cual se denominará Tesorería de Seguridad Social, adscrito al órgano rector del Sistema de Seguridad Social a los solos efectos de la tutela administrativa.

Es así como mediante el Decreto N° 8.936 del Presidente de la República, publicado en Gaceta Oficial N° 39.913 de fecha 2 de mayo de 2012, fue designado el ciudadano Rafael Ángel Ríos Bolívar, como Tesorero del Sistema de Seguridad Social, y con el funcionamiento de la Tesorería de Seguridad Social se procedió a la definitiva liquidación y supresión del Fondo Especial de Jubilaciones y Pensiones de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. A su vez, la Tesorería de Seguridad Social asumió el pago de las jubilaciones y pensiones que realizaba el extinto Fondo Especial de Jubilaciones y Pensiones; y además efectuará el pago de la homologación de las jubilaciones y pensiones al salario mínimo, de todos los beneficiarios y beneficiarias asumidos por el preindicado Fondo. En tal sentido, esta Tesorería determinó que no se exigiría más el pago de los capitales iniciales de cobertura ni de las diferencias que se debían cancelar en las Reservas Técnicas Individuales, cuando se producían incrementos en las pensiones,

como producto de aumentos de sueldos decretados por el Ejecutivo Nacional. Por consiguiente, como ha sido indicado por la Tesorería de Seguridad Social, con la creación de este ente se deberá brindar una perspectiva donde la jubilación esté garantizada a través del financiamiento solidario y de cotizaciones obligatorias, para las personas con o sin relación laboral de dependencia, compuesto por un beneficio definido, el cual no podrá ser inferior al salario mínimo, como premisas establecidas en la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social; todo ello en desarrollo de las normas consagradas en los artículos 80 y 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como se ve, estamos ante un sistema en formación en materia de seguridad social que, necesariamente, ha de desarrollar el tema de las jubilaciones y pensiones como derecho de todo ciudadano, indistintamente si presta servicios en el sector público o en el sector privado.

NOTA FINAL: Muchos puntos se nos han quedado en el tintero en el presente estudio. Sin embargo, la idea era analizar este tema tan polémico de los regímenes existentes en materia de jubilaciones. Ahora bien, quedan por tratar temas tan interesantes como el reingreso de un jubilado a la Administración Pública; la suspensión del disfrute de una jubilación; la jubilación como forma de retiro de la Administración Pública; la incompatibilidad de dos o más jubilaciones o pensiones, o de una jubilación y una pensión, y sus excepciones; la imprescriptibilidad del derecho a obtener la jubilación; las jubilaciones por vía de gracia o jubilaciones especiales, entre otros.

Por consiguiente adquiero por este medio, ante FUNEDA, el compromiso de continuar las publicaciones sobre el tema de las jubilaciones, con el estímulo y apoyo que siempre he tenido por parte de la Dra. Belén Ramírez Landaeta, a quien presento mi más sincero agradecimiento. Y como siempre, *Laus Deo.*

*Valencia, 16 de julio de 2014,
día de Nuestra Señora del Carmen.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Constitución de la República de Venezuela, Enmienda No. 2, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, No. 3.357 (Extraordinario) del 26 de marzo de 1983.
- Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, No. 3.850 (Extraordinario) del 18 de julio de 1986.
- Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, No. 5.976 (Extraordinario) del 24 de mayo de 2010.
- Ley Orgánica de Educación, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, No. 2.635 (Extraordinario) del 28 de julio de 1980.
- Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, No. 39.912 del 30 de abril de 2012.
- Ley de Universidades, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, No. 1.429 (Extraordinario) del 8 de septiembre de 1970.
- Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, No. 4.978 del 29 de septiembre de 1995.
- Reglamento de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, No. 36.618 del 11 de enero de 1999.
- RECASENS SICHES, Luis, "Interpretación del Derecho", *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XV, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires.
- RODRÍGUEZ, Hilda, *Jubilaciones y Pensiones en la Administración Pública*, Paredes Editores, Caracas, 1994.

- Tribunal Supremo de Justicia, decisión de la Sala Constitucional No. 1.452, del 3 de agosto de 2004, caso nulidad de la Ordenanza Modificatoria de la Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones para los Funcionarios y Empleados al servicio de la Municipalidad del Distrito Federal, Gaceta Municipal del Distrito Federal N° 1602 de fecha 3-7-96. Magistrado Ponente: Antonio J. García García. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.htm>
- _____, decisión de la Sala Político Administrativa No. 00736, del 27 de mayo de 2009, caso solicitud de interpretación del artículo 27 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios. Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa. Disponible: <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/decisiones.htm>.

EL CARÁCTER JURÍDICO LABORAL DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE TIPO LABORAL EN FAVOR DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Ramón Alfredo Aguilar C.¹

SUMARIO: Introducción. I. El Trabajo como hecho social. 1. Los Funcionarios son Trabajadores. 2. El contenido material del Derecho Funcionarial. II. La relación Estatutaria. 1. El contenido y alcance de la relación "Estatutaria". 2. La situación actual de la relación Estatutaria. 3. Regulación de la relación de empleo público por el Derecho Administrativo. IV. Los derechos laborales de rango Constitucional en favor de los Funcionarios Públicos. 1. Prestaciones Sociales. Indexación. 2. Caducidad de las pretensiones de cobro de Prestaciones Sociales y otras de contenido patrimonial. 3. Jornada laboral. Pago de Horas extraordinarias. 4. Inamovilidad laboral. 5. Tratamiento Procesal de las controversias. Conclusiones.

Introducción

La prestación de servicios personales a favor de la administración pública, en lo que se denomina "Función Pública", está sometida por mandato constitucional² a regulación a través de la figura de un "Estatuto", que debe normar lo relativo al "*ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública*"³. También por previsión Constitucional, los

1 Abogado UCV. Especialista en Derecho Procesal UCV. Especialista en Derecho del Trabajo UCAB (tesista). 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 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV). Publicada en Gaceta Oficial No. 36.860 Extraordinario del 30 de Diciembre de 1.999; reimpressa en Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000; y con enmienda, publicada en Gaceta Oficial No. 5.098 del 19 de febrero de 2.009.

3 Artículo 144 CRBV

funcionarios públicos deben acceder a sus cargos a través de concursos públicos, con lo cual ingresan formalmente al régimen de "carrera"⁴, que implica un sistema de mayor estabilidad en el empleo, al tiempo que garantiza que el nombramiento, remoción o retiro de los funcionarios no se determine por la filiación y orientación política o de manera discrecional (arbitraria), en procura y respeto de los principios de honestidad, idoneidad y eficiencia⁵, necesarios para el cabal ejercicio de los servicios y funciones públicas en pro de la colectividad y del Estado o Entes públicos que funjan como empleadores.

Con base en estas previsiones de la Carta Fundamental, de la normativa legal vigente (Ley del Estatuto de la Función Pública), y principalmente, de posiciones doctrinarias *ius publicistas* recogidas por la Jurisprudencia, se ha sostenido en nuestro país de manera reiterada la naturaleza "pública" de la prestación de empleo público, verificando el estudio de las distintas instituciones que surgen de tales relaciones bilaterales desde la óptica del derecho administrativo, y sometiendo los conflictos a la jurisdicción con competencia en lo contencioso administrativo. Tal tratamiento resultaría aceptable, si no implicara en muchas oportunidades desconocer los derechos que la misma Constitución consagra a favor de "todos" los trabajadores, es decir de toda persona que presta un servicio personal a favor de otro, por cuenta ajena, en relación de subordinación o dependencia, y por una remuneración (salario). Así, los principios y garantías constitucionales consagrados en relación al hecho social trabajo, que incluyen otros tantos que universalmente se han reconocido a todos los trabajadores a través de convenios internacionales, al parecer coliden con los privilegios y prerrogativas de los que están investidos los entes y órganos públicos empleadores, forzando la revisión y ponderación de los intereses, derechos y garantías en pugna. La situación surge aún más interesante si se observa con detenimiento que la

4 Artículo 146 CRBV

5 Artículo 143 CRBV.

Constitución vigente sólo limitó la regulación estatutaria a cinco (5) aspectos de la relación de empleo público, específicamente atinentes a la “carrera administrativa”, mientras que al consagrar los derechos laborales lo hizo de manera absoluta y sin limitaciones, siendo que expresamente dispuso su aplicación en aquellos aspectos o instituciones laborales que históricamente reflejaban dudas en cuanto a su extensión o aplicación al régimen de la función pública, como ocurre con el ejercicio de la libertad sindical (derecho a la sindicación, contratación colectiva y huelga), con lo que se trasladó o reconoció en la función pública, instituciones que conforman el corazón mismo del derecho del trabajo.

Más allá de la denominación que se adopte, “funcionario” o “trabajador”, la problemática se presenta al desconocer o negar a los empleados públicos, derechos y garantías que corresponden a “todo” prestador de servicios por cuenta ajena, lo que, en la mayoría de las ocasiones se sustenta en simplista invocación de la naturaleza “pública” de la relación funcionarial o en su carácter “estatutario”, profiriéndose trato discriminatorio a los funcionarios, tanto en las normas que rigen los respectivos procesos jurisdiccionales (ordinario laboral vs. funcionarial), como en relevantes aspectos sustantivos.

Nos proponemos la revisión de las previsiones constitucionales y legales que regulan el régimen de la función pública, la normativa internacional producida por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la doctrina especializada nacional y de derecho comparado, así como la Jurisprudencia nacional, a los fines de sostener argumentativamente la naturaleza jurídica laboral de la Función Pública, respetando y reconociendo los aspectos de derecho administrativo que le son propios, que precisamente constituyen modalidades o condiciones singulares de este régimen de trabajo, que sin menoscabo de los demás derechos laborales, conforman el régimen estatutario dispuesto por la Constitución y regulan la carrera administrativa.

I. El Trabajo como hecho social

Partiendo del principio constitucional conforme al cual “*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia*” el mismo texto Fundamental prevé la concepción del “trabajo como hecho social”, entiendo que a través del trabajo:

“...se hace posible, no tanto la vida del individuo que lo presta, como la vida social misma. Sin el trabajo no hay progreso, no hay posibilidad de desarrollar la técnica al servicio de la vida humana, no existe la división de tareas mediante la cual algunos hombres pueden dedicar su vida a luchar por el mejoramiento de la situación general de los asociados. Por él viven los trabajadores y sus familiares, que componen la inmensa mayoría de los seres humanos. De él depende, no sólo la subsistencia del trabajador sino la existencia de la familia, célula social por excelencia. Y si el trabajo es condición tan esencial de la vida colectiva, también en él influyen los otros factores sociales: es un fenómeno social sometido a las normas morales y jurídicas tanto como a los principios económicos y exige justa regulación para que el mundo encuentre fecundo equilibrio, indispensable para una convivencia armónica”⁶.

De allí que en coherencia con sus postulados, se incorporó en la misma Constitución un catálogo de derechos y garantías a favor de los trabajadores, garantizando por igual, la seguridad social⁷, las prestaciones sociales⁸, un salario suficiente e inembargable⁹, condiciones de higiene y seguridad en el trabajo¹⁰, el carácter progresivo e irrenunciable de los derechos laborales, principio de favor,

6 CALDERA, Rafael. *Derecho de Trabajo*. 2º Edición. Librería El Ateneo. Argentina, 1960. p. 79.

7 La norma del artículo 86 Constitucional garantiza que “Toda persona tiene derecho a la seguridad social como servicio público de carácter no lucrativo, que garantice la salud y asegure protección en contingencias de maternidad, paternidad, enfermedad, invalidez, enfermedades catastróficas, discapacidad, necesidades especiales, riesgos laborales, pérdida de empleo, desempleo, vejez, viudedad, orfandad, vivienda, cargas derivadas de la vida familiar y cualquier otra circunstancia de previsión social” (Subrayado nuestro).

8 Artículo 92 Constitucional.

9 Artículo 91 Constitucional.

10 Artículo 87 Constitucional.

*indubio pro operario*¹¹, el derecho a la sindicación¹², a la contratación colectiva¹³ y a la huelga¹⁴, entre otros¹⁵. Si se verifica una revisión sistemática de nuestro ordenamiento podemos sostener que tal protección laboral forma parte de los principios que informan a todo el sistema, y por ende la interpretación de las reglas legales que desarrollen esos principios o que puedan de alguna manera limitarlos, deben siempre entenderse en necesaria coherencia y no contradicción con aquellos.

Partiendo de esos principios, la legislación del trabajo constituye uno de los principales instrumentos normativos para la regulación de la vida en sociedad, en tanto que el trabajo es el medio lícito por excelencia para la subsistencia del hombre, más aún, para su digna subsistencia. Por demás, al someter el hombre su libertad individual para prestar servicios remunerados a favor de otro (empleador), no cabe dudas que se convierte en sujeto de especial protección, fundamentalmente para garantizar que en el desarrollo de esa relación bilateral se satisfagan y aseguren valores inmanentes a su condición humana, como la vida, salud e integridad física, igualdad, libre desenvolvimiento de la personalidad, y en fin, todos los aspectos que conforman ese preciado y omnipresente bien superior que se conoce como "dignidad"¹⁶. Resulta así, innegable

11 Artículo 89 Constitucional.

12 Artículo 95 Constitucional y Convenio No. 87 de la OIT (Ley aprobatoria promulgada en fecha 1º de septiembre de 1982. Gaceta Oficial No. 3.011, Extraordinaria del 3 de septiembre de 1.982).

13 Artículo 96 Constitucional y Convenio 98 OIT (Ley aprobatoria del 6 de agosto de 1.969. Gaceta Oficial No. 28.709 del 22 de agosto de 1.969).

14 Artículo 97 Constitucional.

15 "la Constitución venezolana de 1999 (CR 1999) especifica los derechos sociales y de las familias (Título III, capítulo V), correspondiendo a los del trabajo, los enunciados entre los artículos 87 y 97, ambos inclusive. Los tres primeros consagran los principios generales de la disciplina; los cinco siguientes (del 90 al 94, ambos inclusive) regulan en derecho individual del trabajo; y los tres finales, el derecho colectivo." PARRA ARANGUREN, Fernando. *La Estabilidad Laboral y su vigencia en una Economía Globalizada*. En "I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia Ley y Jurisprudencia Laborales su impacto en el desarrollo económico". Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 2005.

16 Reconocida como valor intrínseco de todo ser humano, y por tal, instituida su protección como garantía general en el artículo 3º Constitucional. De este valor o cualidad propia del ser humano ha devenido –quizás tarde- el reconocimiento de la igualdad, la libertad y el respeto de los demás derechos que se consideran como innatos e inalienables.

la vinculación y conformación del derecho laboral, y su contenido esencial, con lo que conocemos como “derechos fundamentales”¹⁷, generalmente reconocidos o consagrados en los textos constitucionales¹⁸, y modernamente agrupados bajo la ya aceptada noción de “derechos sociales”¹⁹.

Sólo cabe agregar que estos principios incluidos expresamente en el texto constitucional, además se encuentran inscritos dentro de otro que también informa al sistema: la noción de Estado Social de Derecho²⁰, conforme al cual “*el Estado y las instituciones políticas y jurídicas que se fundan en su estructura, tienen por objetivo y razón de ser, a la persona y no a la inversa, dado que la Administración, no es un leviatán, ni una máquina arrasadora, como fin en sí misma, sino un medio de servicio, un instrumento para la realización del orden jurídico, del interés general y particular*”²¹. Lo que acarrea como consecuencia que trátese de la relación laboral que se trate, pública o privada, individual o colectiva, siempre será el ser humano, el sujeto de especial protección y consideración, especialmente si se contrapone a la figura de las grandes corporaciones, entre ellas el Estado en cualquiera de sus manifestaciones.

17 *Derecho internacional del trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Organización Internacional del Trabajo. Centro Internacional de Formación. Turín, 2010. p. 57.

18 En tanto que derechos correspondientes a todo hombre por el sólo hecho de serlo, los derechos humanos modernamente han sido reconocidos y sistematizados en los textos constitucionales, adquiriendo también la característica de universalidad y de normas de máximo rango. Sin embargo, la falta de mención expresa en una Constitución o su consagración en textos normativos de menor jerarquía, en nada desdicen de su nivel como normas supremas de cualquier ordenamiento. Por ello, se prevé su reconocimiento y protección incluso en caso de colisión con el propio texto constitucional, como lo dispone el artículo 23 de nuestra Constitución Nacional.

19 La Concepción moderna de Derechos Fundamentales o Derechos Humanos, no solo reconoce las garantías de los denominados derechos “de libertad”, sino que abarca una concepción más amplia que forza también el reconocimiento y garantía de los derechos sociales, “[d]e modo que la ampliación de los derechos humanos implica una nueva concepción del Estado, según la cual éste no puede ser concebido como Estado mínimo con obligaciones puramente de protección, sino que tienen que tener una función positiva: la de proveer las bases mínimas de una vida respetable”. “..el Estado no solo debe proteger sino también ayudar al ciudadano... La ayuda del Estado debe consistir no en la simple provisión económica, sino en la creación de oportunidades para que el individuo se pueda ayudar a sí mismo”. TUGENDHAT, E. Justicia y Derechos Humanos. Universitat de Barcelona Publicacions. pp. 23-24.

20 Artículo 2 Constitucional.

21 VILLEGRAS ARBELÁEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral*. Tomo 1. Novena edición. Bogotá, 2010. p. xiii.

1. Los Funcionarios son trabajadores

El artículo 35 Ley del Trabajo vigente (en lo sucesivo LOTT)²², dispone que “[s]e entiende por trabajador o trabajadora dependiente, toda persona natural que preste servicios personales en el proceso social de trabajo bajo dependencia de otra persona natural o jurídica”. Agrega: “La prestación de su servicio debe ser remunerado”. Se trata de una definición connotativa que obra tanto lexicográfica como explicativa²³, en tanto se ajusta a la concepción común de lo que se entiende por trabajador, al tiempo que circunscribe la noción general de trabajador a la especie de “dependiente”, connotándolo a través de la exigencia de los atributos que se deben poseer para quedar comprendido en la noción: debe tratarse de una prestación de servicios personales, bajo la dependencia de otro, a cambio de una remuneración. A diferencia de la norma del artículo 39 de la derogada LOT²⁴, se incluye en esta definición la noción de “proceso social trabajo”, con lo cual se pretende una mayor aproximación a la mencionada concepción constitucional del trabajo como hecho social, tal y como se dispone en el artículo 89 de la carta fundamental²⁵.

Si nos proponemos denotar la integración subjetiva de la transcrita definición de “trabajadores dependientes”, no queda dudas de que las personas naturales que prestan servicios a favor de entes u órganos públicos poseen los atributos previstos por la norma, que no es más que la clásica formula de prestación de servicios personales (físicos, intelectuales, o ambos) a favor de otro que recibe aquellos servicios o se sirve de los mismos, a cambio de una contraprestación económica (salario) y en condiciones que implican

22 Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores”. Publicado Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.076 Extraordinario, de fecha 7 de mayo de 2012.

23 Para el tema de las definiciones véase COPI, Irving y COHEN, Carl. *Introducción a la Lógica*. Segunda Edición. Limusa. México, 2011. p. 115 y ss.

24 Ley Orgánica del Trabajo. Publicada en Gaceta Oficial del República de Venezuela Extraordinaria No. 5.152, de fecha 19 de junio de 1997.

25 Artículo 89: “El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras.

subordinación, muchas veces representada bajo las formas de dependencia o ajenidad. De otra parte, si apreciamos que la Ley del Estatuto de la Función Pública (en lo sucesivo también citada como LEFP)²⁶define a los funcionarios públicos como “*toda persona natural que, en virtud de nombramiento expedido por la autoridad competente, se desempeñe en el ejercicio de una función pública remunerada, con carácter permanente*”²⁷, resulta fácil concluir que se trata de una relación de género y especie, pues los funcionarios, como se observa, también son personas naturales que prestan un servicio por una remuneración, distinguiéndose en términos de definición legal, por la exigencia de que tal relación depende de un “nombramiento”. El carácter de permanencia resulta más bien una consecuencia de la calificación, y no un atributo para connotarla. La calidad de trabajador sería el género y la de funcionario una de las especies, tal como podría distinguirse de otras tantas categorías o tipos de labores que por sus especiales características, reciben regulación especial o diferenciada, pero sin exclusión de la nota general que es la condición de “trabajadores”. Así ocurre por ejemplo, con los trabajadores domésticos; los de plantaciones; personal de enfermería; de hoteles y restaurantes; los trabajadores marítimos; los trabajadores a domicilio, etc.²⁸. Que han requerido algún tipo de regulación especial en atención a las características propias e inherentes a los servicios que se prestan, riesgos, modalidades y/o condiciones de la actividad²⁹.

En la actualidad forense venezolana constantemente se plantean controversias judiciales cuyo eje principal es la determinación o calificación jurídica de relaciones que implican prestación de servicios personales remuneradas, para determinar si se trata de verdaderas “relaciones laborales” y si el sujeto que presta el servicio personal y recibe la contraprestación puede legalmente calificársele

26 Publicado en Gaceta Oficial No. 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

27 Artículo 3º LEFP

28 Véase al efecto Convenios de la OIT Nos. 189 (2011), 110 (1958); 149 (1977); 172 (1991) y 177 (1996). www.ilo.org

29 Al respecto, FERNÁNDEZ GIANOTTI, Enrique, citado por CABALLERO ORTIZ, Jesús. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ediciones Paredes. Caracas, 2006. p. 25.

como “trabajador”, con las implicaciones y consecuencias jurídicas que ello conlleva. Para tal determinación se exige la presencia de los elementos típicos antes referidos (prestación servicios personales, subordinación y salario), y en caso de dudas, la ley y la jurisprudencia han creado mecanismos para la más precisa determinación: por una parte la legislación laboral dispone la “presunción de laboralidad”, conforme a la que, “[s]e presumirá la existencia de una relación de trabajo entre quien preste un servicio personal y quien lo reciba”³⁰, a partir de la cual, se traslada la carga de la prueba a quien afirme que la prestación de servicios personales obedece a la existencia una relación de otro tipo (profesional, de asociación civil, comercial, etc.); y paralelamente, a partir de la jurisprudencia de la Sala de Casación Social, se ha predeterminado una serie de indicios a través de la aplicación del denominado “test de laboralidad” (test de Bronstein)³¹, que permite revisar un conjunto de circunstancias a los fines de establecer razonablemente la presencia de los definidores atributos o elementos de subordinación, dependencia y ajenidad.

No albergamos duda en cuanto a que, quienes prestan sus servicios a favor de las administración u otros entes público, recibiendo un salario, siguiendo órdenes e instrucciones, formando parte de las oficinas, instituciones o establecimiento públicos, incluidos lo que ocupan cargos de carrera (con concurso y nombramiento), encuadran perfectamente en la definición legal de “trabajador”, sin que sea necesario echar mano de la presunción de laboralidad referida, ni recurrir a la aplicación del mencionado test de laboralidad, pues incluso elementos otrora utilizados por la tesis estatutaria, como el de la “relación especial de sujeción”, o el aún sostenido, según el cual el Estado puede fijar unilateralmente todas las condiciones de la relación³², no hacen más que reafirmar el elemento

30 Artículo 53 LOTTI.

31 Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia No. 489 de fecha 13 de agosto de 2002. (www.tsj.gov.ve).

32 La doctrina administrativa concibe el Estatuto de la Función Pública como “el conjunto de relaciones jurídicas que se entraban entre los funcionarios y la Administración, y en las cuales se preconfiguran los deberes y los derechos de aquellos”, insistiéndose en que “lo característico del estatuto es que éste conforma derechos y deberes para una de las partes – en nuestro caso, los

distintivo de la relación de trabajo: la subordinación. Elemento que por demás –junto a otros– justifican en buena parte el carácter tutitivo de la legislación laboral. Así, calificada doctrina administrativa admite que “en el fondo, el funcionario es un trabajador por cuenta ajena, que desempeña su profesión u oficio en una organización pública”³³.

Los servidores públicos son trabajadores, y consecuentemente son sujetos de derecho titulares de las garantías y protección que la Constitución y las normas internacionales les conceden, así como de los otros derechos que la legislación consagra en desarrollo del texto constitucional. Por demás, si recurrimos al argumento exegético, apuntalado en la interpretación psicológica y en la finalidad perseguida por el Constituyente, precisaremos que ninguna norma constitucional distingue entre las diversas categorías o tipos de trabajadores al consagrarse tales derechos y principios, utilizando permanentemente el vocablo “todos” para definir los sujetos activos de la normativa³⁴. Así mismo, la Constitución es explícita al consagrarse los derechos de libertad sindical (sindicación, negociación colectiva y huelga) tanto para los trabajadores del sector privado como para los del sector público, como se aprecia en las normas de los artículos 95, 96 y 97, como también es clara al hablar de escala de “salarios” en la administración pública³⁵, con lo cual abandonó la sostenida diferencia que partiendo de razones históricas pretendía distinguir entre “sueldos” (de los funcionarios) y “salarios” (de los trabajadores), disponiendo de manera expresa fundamentales derechos laborales y utilizando la terminología propia del Derecho Laboral. Es clara la intención y fines del constituyente en la regulación parita-

funcionarios- que son unilateralmente impuestos por la otra –la Administración-, de conformidad con el ordenamiento jurídico” - (UROSA MAGGI, Daniela. *Régimen Estatutario del Funcionario Público en la Constitución de 1999*. En: El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Fudena, Caracas, 2.005. P. 18). Con lo que queda claro que el funcionario, posiblemente más que cualquier otro prestador de servicios por cuenta ajena, está sometido a condiciones de subordinación y de sujeción frente a la administración empleadora, que de suyo, lo reafirman como trabajador y legitimado acreedor de las respectivas garantías constitucionales.

33 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. Sexta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2011.

34 Véase las normas de los artículos 87, 91 y 92 Constitucionales.

35 Artículo 147 Constitucional

ria, o más aún, reconocedora de la condición laboral de los "trabajadores públicos". Por demás, si se acude al argumento *a coherentia*, debemos entender que resultaría sumamente contradictorio que el mismo ordenamiento jurídico conceda dos tratos absolutamente diferenciados a relaciones que poseen la misma entereza material³⁶.

Añadidamente, si acudimos a la ubicación *topográfica* de las normas que regulan las relaciones de empleo público, podemos apreciar que en el plano internacional, en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), "*agencia especializada de las Naciones Unidas (de estructura tripartita: Gobiernos, Empleadores y Trabajadores) cuya misión es promover la justicia y los derechos humanos en el Trabajo*"³⁷, se han dictados normas jurídicas (convenios y recomendaciones) que específicamente regulan las relaciones de empleo público, así como el ejercicio de derechos laborales en la función pública y/o en la prestación de servicios públicos. Destacan al efecto el Convenio 151 (1978) "*sobre las relaciones de trabajo en la administración pública*"³⁸, que se aplica "*a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo*"³⁹. El mismo convenio en razón del tipo de actividad desarrollada, o en atención al carácter político o "de autoridad" de los cargos, o para el control del uso de la fuerza pública, permite exclusión o restricción de algunos derechos en los casos de "*empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisario o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de*

36 "... vista un área cualquiera del ordenamiento que esboza soluciones de una determinada manera y vista otra área muy semejante a ésta, en la cual se dan soluciones diferentes, se puede decir que a pesar de no haber contradicciones, porque en cada área del ordenamiento está más o menos resuelto el tema, sin embargo resulta incoherente para el sistema, resolver de una manera un área y resolver de otra manera en otra área". ZERPA, Levis Ignacio. *La Argumentación Jurídica*. En: Curso de capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002. p. 240.

37 *Derecho internacional del trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*. Ob. Cit. p. 7. Paréntesis nuestro.

38 Página Web: www.ilo.org

39 Artículo 1.1

naturaleza altamente confidencial”⁴⁰, así como a “*las fuerzas armadas y a la policía*”⁴¹. Con lo cual queda claro que se regulan “todas” las relaciones de empleo público, pudiendo solamente excluirse o limitarse derechos, dando excepcionalmente trato diferenciado a la señalada categoría de funcionarios.

En igual sentido el Convenio No. 154 (1981), “*sobre la negociación colectiva*”⁴², incluye dentro de su ámbito de aplicación el trabajo en la administración pública, permitiendo la exclusión respecto de la “*las fuerzas armadas y a la policía*”.

Por otra parte, el Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones del mismo Organismo (OIT), han sentado los principios sobre el derecho de huelga, determinado que: “*la pauta para determinar los funcionarios públicos excluibles ya no es el hecho de que se les aplique la ley nacional de carrera administrativa, sino la naturaleza de las funciones que realicen tales funcionarios*”⁴³. En atención a la posibilidad de que el derecho de huelga afecte a la colectividad y derechos fundamentales de la población, se han desarrollados las nociones de “*servicios esenciales*” en los que se considera admisible prohibir o limitar el derecho de huelga, definidos como “*los servicios cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población*”⁴⁴, entre los que se han incluido el sector hospitalario, los servicios de electricidad, los servicios de abastecimiento de agua, los servicios telefónicos, el control del tráfico aéreo, entre otros. Considérese que las señaladas previsiones, regulan sin distinción, tanto a los trabajadores públicos (funcionarios) como privados, que desarrollen las actividades en referencia.

40 Artículo 1.2

41 Artículo 1.3

42 www.ilo.org

43 GERNIGON, Bernard y otros. *Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000. p. 18.

44 *Ibidem*. p. 20.

En el seno de la OIT y con ello a nivel mundial, se incluyen y regulan las relaciones de empleo público como parte de la noción de "trabajo" y a los funcionarios o empleados como "trabajadores", en tanto que el máximo organismo mundial especializado en materia del trabajo y los países miembros, han adoptado normas regulando directa y específicamente las relaciones de empleo público, o vinculadas a la prestación de servicios públicos. Fácil es advertir, que de no considerarse la relación funcional como parte del mundo "del trabajo", las mismas no se hubieren regulado por el órgano rector global de la materia (Organización Internacional del Trabajo- OIT).

Siguiendo en el aspecto topográfico, en el ordenamiento interno (venezolano) observamos que leyes reguladoras de estrictos aspectos laborales, tratan por igual a los trabajadores públicos y privados, sin distinguir o excluir a los funcionarios de carrera o u otras categorías de funcionarios públicos, como ocurre en la Ley de Alimentación para los Trabajadores⁴⁵ y la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo (LOPCYMAT)⁴⁶.

Por demás, atendiendo a la naturaleza de las cosas, a la "*realidad material de la relación de empleo público*"⁴⁷, que sustantivamente presenta los mismos elementos de prestación de servicio personal, ajenidad, subordinación y remuneración, no puede esperarse otra calificación jurídica, ni mucho menos aceptarse que el mismo ordenamiento que impone claras reglas y mecanismos de protección y regulación, permita la privación de estos logros y derechos a quienes en similares condiciones prestan servicios al Estado: El trabajo humano es uno solo y a pesar de sus matices, su regulación debe ser idéntica en cuanto a las nociones básicas o fundamentales. El Estado también debe someterse a las normas y principios fundamentales de la Constitución⁴⁸.

45 Publicada en Gaceta Oficial No. 39.666 de fecha 04 de mayo de 2011.

46 Publicada en Gaceta Oficial N° 38.236 de fecha 26 de Julio del 2005.

47 SARTHOU, Helios, citado por CABALLERO ORTIZ, Jesús. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ob. Cit. p. 23

48 "La distinción entre los trabajadores públicos y otros tipos de trabajo carece actualmente de justificación: el Estado ha dejado de ser el monarca de origen divino o el dios terrestre que se pasea por

Así, el llamado proceso de “laboralización de la función pública”, iniciado a través de la previsión legal de los derechos de libertad sindical a favor de los funcionarios públicos, verificado en nuestro país a través de la reforma de la Ley de Carrera Administrativa⁴⁹ y la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, no fue más que un “reconocimiento” e instrumentación de situaciones que ya se había materializado en la realidad nacional. Para ese momento ya existían sindicatos, se habían celebrado negociaciones colectivas y se habían verificado huelgas (“paros”) en diferentes sectores de la administración pública. En palabras de Villasmil Prieto: “Cuando tales fenómenos acontecieron en el sector público –negociación colectiva, conflictos, sindicación- no lo fue por expresión de una política legislativa sino por fuerza de unas ‘relaciones laborales’ que, de hecho, se fueron ‘autoregulando’”⁵⁰. Podemos insistir, se ha impuesto la realidad material, la naturaleza laboral de la relación de empleo público.

Paralelamente, ya para el año 1977, en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, se incluyó como uno de los tres temas a tratar la “Situación laboral de los servidores públicos”, y en el Documento Final del Congreso, entre otros aspectos, se concluyó que los Servidores Públicos son trabajadores sujetos del Derecho Laboral; que prestan servicios de forma subordinada; que les corresponden todos los derechos y conquistas que se les hubiere reconocido a los demás trabajadores; que les corresponden igualmente los derechos a la sindicación, la negociación colectiva y la huelga; y en el ejercicio de sus derechos sociales deben acogerse al Fuero y Jurisdicción del Trabajo, como los demás trabajadores. En definitiva, se indica que “resulta discriminatorio o se atenta

la tierra. Es solamente la personificación jurídica de la estructura política creada por el pueblo en su Constitución, por lo que su actuación debe subordinarse a los principios y normas fundamentales del derecho proclamados en la Carta Magna.” **DE LA CUEVA, Mario.** *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)*. Compilación y semblanza de Ana Luisa Izquierdo y De la Cueva. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. México D.F, 1994.p.683.

49 **VILLASMIL PRIETO, Humberto.** *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El gallimátilas del Artículo 8.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 85. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1992. p. 248.

50 *Ibidem.* p. 251.

*contra los Derechos Humanos el marginar a los servidores públicos de las mejoras y beneficios que obtengan los demás trabajadores*⁵¹. Sin pretender abusar del argumento de autoridad, destacamos que este Congreso reunió la más calificada y representativa doctrina del derecho laboral de Iberoamérica, incluyendo a los reconocidos maestros, Mario de La Cueva (mexicano), Mariano Tisembau (argentino), Manuel Alonso Olea, José Manuel Almanza Pastor y Guillermo Cabanellas (españoles), José Montenegro Bacca (peruano), además de una nutrida y calificada representación nacional, encabezada por el Presidente de dicho Congreso, Doctor Rafael Caldera. ¿Quién mejor que los expertos laboralistas para definir quién es o no trabajador y para discernir sobre los alcances de los derechos laborales?

Para culminar este capítulo y como preámbulo al siguiente, apuntamos que obviamente la prestación de servicios a favor de entes u órganos públicos, comprende especiales características que pueden diferenciarla de otras modalidades de trabajo, lo que justificaría en todo caso la inclusión o creación de normas que regulen estos aspectos singulares, especialmente los relativos a la "carrera de los funcionarios", o la regulación de los derechos cuyo ejercicio puedan afectar a la comunidad, como las ya señaladas restricciones en relación a los servicios esenciales en materia de huelga, o los relativos a la sindicación de miembros de las Fuerzas Armadas. Pero sin que tales especiales regulaciones impliquen ni puedan implicar el desconocimiento de los demás derechos reconocidos en pro de todos los trabajadores, en especial aquellos considerados como derechos humanos fundamentales. La Constitución Nacional proscribe la discriminación⁵², y esta se presenta cuando se regulan de distinta manera situaciones que poseen la misma entidad material, de allí que se admitirá la regulación especial o disímil, sólo en los supuestos en que obre una sustantiva diferencia de circunstancias.

51 VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Caracas, noviembre de 1977. http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/1978/BolACPS_1978_37_74_271-278.pdf (Consultado en Diciembre de 2013).

52 Artículo 21 y 89,5 Constitucionales.

2. El contenido material del Derecho Funcionarial

Las relaciones de empleo público están compuestas por múltiples situaciones jurídicas cuya regulación por el Derecho aún no se encuentra enteramente elaborada, en especial en nuestro país, donde la doctrina y la jurisprudencia administrativa continúan sosteniendo una marcada diferenciación en el tratamiento de los trabajadores (ordinarios) regidos por LOTIT y el de los funcionarios públicos regidos por la Ley del Estatuto de la Función Pública y otros estatutos de personal de dudosa constitucionalidad⁵³, para lo cual se insiste reiteradamente en el carácter "Estatutario" de la Función Pública.

Nos referimos aquí, no solo a los empleados de la administración pública en sentido estricto (Poder Ejecutivo Nacional, Regional o Municipal), sino a las diversas manifestaciones de los Poderes Públicos (Legislativo, Judicial, Electoral y Ciudadano), incluso los entes descentralizados, que requieren del trabajo de seres humanos para realizar sus fines. Se trata de la idea genérica de "empleado público", de "trabajador o servidor público" que comprende las diversas formas de vinculación laboral con los entes u órganos públicos, vale decir, empleados y obreros, contratados, funcionarios de carrera, de libre nombramiento y remoción, e incluso los de elección popular⁵⁴. Siendo todos ellos sujetos de derechos laborales, regidos

53 La LEFP no rige todas las relaciones funcionariales o de empleo público, siendo que conforme a leyes especiales pueden crearse estatutos para determinados funcionarios, dependiendo del órgano empleador. No obstante, obviando la estricta reserva legal y Estatutaria que ordena la Constitución Nacional (arts. 144 y 152, núm. 32), el legislador ha delegado la facultad de establecer los respectivos Estatutos funcionariales, en diferentes órganos del Poder Público Nacional, como por ejemplo lo permiten: el artículo 49 de la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Gaceta Oficial No. 37.995 del 05 de agosto de 2004); el artículo 51 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (Decreto-ley No. 6.286, publicado en Gaceta Oficial No. 5.892 Extraordinario, del 31 de julio de 2008); el artículo 33 de la Ley Orgánica del Poder Electoral (Gaceta Oficial No. 37.573 del 19 de noviembre de 2002); y el artículo 93 de la Ley Orgánica del Ministerio Público (Gaceta Oficial No. 38.647 del 19 de marzo de 2007).

54 "La nota definidora de funcionario público es que desempeña una función pública al servicio de un ente público. Pero esta es una definición genérica que abarca a todas las especies posibles de funcionarios y así, tanto a los del orden legislativo, gubernativo, administrativo y judicial, inclusive a los particulares investidos eventualmente de funciones públicas, como conjueces, expertos, intérpretes, testigos, etc." (RONDON DE SANSÓ, Hildegard. *El funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991. p. 21).

por la legislación laboral en cuanto a esos derechos, y que sólo requieren regulación especial para reglar determinados aspectos a través de normas especiales, atendiendo a la naturaleza de las diferentes manifestaciones o tipos de cargos, formas de contratación o ingreso, y a la actividad pública que efectivamente desarrollen⁵⁵.

Para nosotros, se trata de una simple relación de empleo, pero con características que la vinculan estrechamente con el Derecho Público y específicamente Administrativo, pues en ella se involucran los intereses patrimoniales y los fines mismos de la actividad pública, de innegable contenido o interés general, limitado por aspectos presupuestarios y que además implica una especial regulación de la gestión de empleo público que proscriba arbitrariedades y ventajismo político o personales al momento de la elección, nombramiento, ascenso o retiro de los funcionarios, que garantice la idoneidad y eficiencia de éstos por medio de los concursos de ingreso y ascenso, así como su protección a través de la consagración de la carrera administrativa y su especial régimen de estabilidad. Todo lo cual, justifica el propósito y mandato constitucional de regir estatutariamente algunos de los aspectos relevantes de dichas relaciones, específicamente los relativos al "*ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro*", incluido la necesidad de ingreso por concurso público, así como otros aspectos relativos a las escalas de salarios que se dispondrán por vía reglamentaria y el régimen de pensiones y jubilaciones sometido a estricta reserva legal nacional⁵⁶.

Conviene entonces precisar que en la actualidad, partiendo de la ya delatada naturaleza de las cosas, de la conformación material del vínculo empleador-empleado que destaca en cualquier

55 Obvia y naturalmente, no podrá darse el mismo tratamiento y reconocerse por igual los derechos a los funcionarios de las Fuerzas Armadas o de los Cuerpos policiales, en materia de huelga. Como tampoco podrá reconocerse algunos derechos de Estabilidad a los funcionarios de elección popular, al vencimiento o revocatoria de su mandato; ni a los funcionarios de libre nombramiento y remoción, que son perfectamente asimilables en este sentido a los empleados de dirección y de confianza regulados por la legislación laboral.

56 Artículo 147 Constitucional.

forma de empleo público, ha conllevado a que se reconozca legal⁵⁷ y jurisprudencialmente⁵⁸ que varias de las relaciones o formas de empleo o trabajo público se rijan principalmente por la legislación laboral⁵⁹, específicamente la relativa a los obreros y los empleados “contratados”⁶⁰, llegando incluso a atribuirse competencia judicial para conocer de las respectivas pretensiones a los Tribunales del Trabajo⁶¹. Igual ocurre con los trabajadores de empresas (establecimientos comerciales o industriales) con participación accionaria decisiva (50% o más) de Entes Públicos, que se encuentran regidos principalmente⁶² por la legislación laboral ordinaria.

Encontramos entonces, inexplicable discriminación en el tratamiento de los trabajadores públicos entre sí. Esto es, ocurre que dos personas pueden laborar para entes públicos íntimamente relacionados, como por ejemplo la Corporación Eléctrica (Instituto Público) y la Electricidad de Caracas (empresa estatal), ocupar cargos

57 Artículo 6º LOTT: "...Los trabajadores contratados y las trabajadoras contratadas al servicio de la Administración Pública Nacional, Estadal y Municipal, centralizada y descentralizada, se regirán por las normas contenidas en esta Ley, la de Seguridad Social y su contrato de trabajo.

Los obreros y obreras al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estadales y municipales, centralizados y descentralizados, estarán amparados por las disposiciones de esta Ley y la de Seguridad Social....).

58 Como posible primer antecedente a nivel del máximo Tribunal destaca Sentencia de la Sala de Casación Civil, Mercantil y del Trabajo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 13 de marzo de 1973 (citada por CABALLERO ORTIZ, Jesús. *Situación de los Empleados Contratados al Servicio de la Administración Pública*. P. 51. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/65/rucv_1986_65_46-6&.pdf). Criterio que ha venido siendo reiterado hasta la actualidad.

59 Si bien las categorías de obreros y empleados “contratados” al servicio de los entes públicos se rigen por normas de derecho laboral, en materia de pensiones y jubilaciones se favorecen de las normas previstas en el Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios (Publicada en Gaceta Oficial No. 5.976 Extraordinaria de fecha 24 de mayo de 2010). Así mismo, por las posibles incidencias en el manejo de bienes o fondos públicos, de alguna manera pueden también ser sujetos de normas de controlaría pública o penales, tales como las previstas en la Ley contra la Corrupción (Publicada en Gaceta Oficial No 5.637 Extraordinaria de fecha 07 de abril de 2003) y la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal (Publicada en gaceta Oficial No. 6.013 Extraordinaria de fecha 23 de diciembre de 2010).

60 Véase: CABALLERO ORTIZ, Jesús. *Situación de los Empleados Contratados al Servicio de la Administración Pública*. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/65/rucv_1986_65_46-68.pdf (Consultado octubre de 2013).

61 Véase sentencias de la Sala de Casación Social: No. 34 de fecha 03 de abril de 2001; y No. 1440 de fecha 17 de diciembre de 2013. (Publicadas en la página web: www.tsj.gov.ve)

62 Exclusión hecha del régimen de jubilaciones.

similares, realizar las mismas funciones, e incluso trabajar en conjunto; sin embargo, al funcionario de carrera (el del instituto) no se le reconocen determinados derechos laborales, como por ejemplo el derecho al pago indexado de sus prestaciones sociales, y se somete la posibilidad de cobro de esas prestaciones sociales a un lapso de caducidad de tres (3) meses. Por el contrario, al "trabajador" de la empresa pública, se le reconoce la progresividad de sus derechos, se le protege a través de la especial Jurisdicción con competencia laboral, se le brindan beneficios procesales, tiene derecho que sus prestaciones sean indexadas (ajustadas por inflación) en caso de mora en el pago, y su derecho a reclamar no prescribe sino en el plazo de diez (10) años. Igual ocurre, si comparamos a dos empleados del mismo Ente Público, uno ingresado por concurso (de carrera) y otro bajo la figura de la contratación (contratado).

No existe razón que justifique que sendos trabajadores, con prácticamente idénticas condiciones y labores, con el mismo empleador, se califiquen de manera diferente y se trate a cualquiera de ellos con perjuicio o desconocimiento de sus derechos⁶³.

En conciencia de las delatadas circunstancias, las disertaciones en torno a la naturaleza o carácter jurídico de la relación de empleo público derivada del régimen "Estatutario" se suscitan hoy en día en relación a los denominados "Funcionarios de Carrera"⁶⁴, calificación y tratamiento que en términos del mandato Constitucional del artículo 146, deberían ostentar la mayoría de los cargos y funcionarios al servicio de entes y órganos públicos⁶⁵. En el capítulo siguiente nos referimos a este especial aspecto.

63 Nos referimos aquí a la no discriminación en cuanto a los derechos laborales, exclusión hecha de los derechos y deberes propios de la condiciones propias derivadas de las diversas categorías de funcionarios: de carrera, de libre nombramiento y remoción, elección popular, etc.

64 La misma Constitución Nacional dispone la Carrera Docente (art. 104); la Carrera Judicial (art. 255); de los funcionarios de la Defensa Pública (art. 268) y del Ministerio Público (art. 286), lo que concatenado con la previsión del artículo 146 que dispone que los cargos de la Administración Pública son de carrera, permite inferir que la intención del Constituyente es que la regla general es que los cargos públicos sean de carrera.

65 Lamentablemente, se ha recurrido abusivamente a la excepcional figura de la contratación, y al proveimiento de cargos de carrera a través de nombramientos "provisionales", en evidente fraude de la normativa Constitucional y su finalidad teleológica, que se destaca más adelante.

II. La relación Estatutaria

1. El contenido y alcance de la relación “Estatutaria”

La previsión de creación de un “Estatuto de la Función Pública” se incorporó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en la Constitución de 1947⁶⁶, que en su artículo 90 dispuso que:

“El Estado dictará un Estatuto que regirá sus relaciones con los Funcionarios y Empleados Públicos, en el cual se establecerán las normas de ingreso a la Administración, y las de ascenso, suspensión, traslado y retiro. Los empleados Públicos están al servicio de la Nación y no de parcialidad política alguna”. (Subrayado nuestro).

En similar sentido la Constitución de 1961 dispuso en su artículo 122:

“La ley establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional, y proveerá su incorporación al sistema de seguridad social.

Los empleados públicos están al servicio del Estado y no de parcialidad política alguna.

Todo funcionario o empleado público está obligado a cumplir los requisitos establecidos por la ley para el ejercicio de su cargo”⁶⁷. (subrayado nuestro).

Nótese que la Constitución de 1961, insiste en la enumeración de los aspectos relativos a la “Carrera administrativa” (*ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro*), que ahora son sometidos a reserva legal, e igualmente insiste en el carácter de imparcialidad política de la función pública, empero no se hace expreso señalamiento a la figura “Estatutaria” prevista en la Constitución de 1947.

66 Gaceta Oficial No. 197 Extraordinaria de fecha 30 de julio de 1947.

67 Gaceta Oficial No. 662 Extraordinaria de fecha 23 de enero de 1961.

A pesar de estas previsiones Constitucionales, no fue sino hasta el año 1970 cuando se dictó la Ley de Carrera Administrativa, que conforme a la doctrina administrativa vendría a conformar el Estatuto de la Función Pública, y a consolidar la existencia de una relación Estatutaria, conforme a la cual:

“... la situación del funcionario público está regulada en forma unilateral por el Estado. Se trata de una situación jurídica general impersonal, objetiva, establecida en forma unilateral, y que, como cualquiera otra situación jurídica general, impersonal y objetiva, es esencialmente modificable por el Estado, o por su Administración en los casos en que tenga competencia. Se trata, por tanto, de una situación jurídica general preexistente y fijada unilateralmente a la cual, el funcionario público ingresa en virtud de un acto administrativo unilateral, y que ha sido establecida previamente por el Estado, independientemente de su voluntad. El funcionario ingresa en dicha situación jurídica general preexistente, en virtud de un acto condición, esto es, según la doctrina, a través de un acto mediante el cual se coloca a una persona en una situación jurídica general preexistente.

Ahora bien, es conveniente destacar que frente a estas situaciones jurídicas generales preexistentes típicas del status del funcionario público, no pueden alegarse derechos adquiridos cuando surjan modificaciones a dicho status. Esto vale la pena aclararlo por las consecuencias que origina: si por ejemplo en la actualidad se consagra el derecho a la estabilidad en el cargo para los funcionarios públicos, ello no implica que dicho derecho sea inmutable; al contrario, el legislador podría inclusive eliminarlo y frente a ellos el funcionario público no podría alegar un derecho adquirido a la estabilidad, por ser parte de una situación jurídica general preexistente, modificable esencialmente por la misma vía general por la que ha sido estatuida.

Este es uno de los puntos más importantes y que en mi opinión, constituye una de las bases de interpretación de la Ley: siendo una situación jurídica general preexistente la que caracteriza el status del funcionario y, por tanto, siendo de carácter estatutario la relación jurídica que surge entre el funcionario y el Estado, con

ausencia total de forma contractual, la interpretación que deba dársele a la Ley debe estar orientada por los criterios propios del Derecho Administrativo. Por ello, la consideración jurídica de las situaciones estatutarias como la de la función pública, no pueden utilizarse soluciones o interpretaciones propias del Derecho Laboral o Derecho del Trabajo, como un derecho que tiene por objeto regular las relaciones contractuales que se establecen bilateralmente entre un trabajador y su patrono; relaciones jurídicas de carácter subjetivo, personal y bilateral, diferentes a las que surgen entre el Estado y el funcionario público.”⁶⁸ (Subrayado nuestro).

Nos hemos permitido verificar esta extensa cita, a los fines de resaltar la noción original o inicial sostenida por la Doctrina administrativa nacional⁶⁹ ante la figura y existencia de la referida Ley de Carrera Administrativa del año 1970⁷⁰. Esta concepción radical del asunto, se corresponde con la sostenida inicialmente por el derecho administrativo en muchos países, sustentada en el supuesto mandato constitucional de creación de tal “Estatuto” que implicaría una especial “relación de sujeción”⁷¹, la unilateralidad del establecimiento de las condiciones, y la imposibilidad de alegar “derechos adquiridos”. También pretende sustentarse esta posición en los intereses colectivos (públicos) en juego y el carácter “administrativo” de la relación, limitado por las restricciones propias del control presupuestario y la necesidad de garantizar la efectiva prestación de los servicios públicos.

Después de la entrada en vigencia de la referida ley, se verificaron reformas en la que se incluyó el reconocimiento de derechos

⁶⁸ BREWER CARIAS, Allan. *El Estatuto del Funcionario Público en la ley de Carrera Administrativa*. Comisión de Administración Pública. Caracas, 1971. p. 7.

⁶⁹ La obra citada se considera el primer trabajo que se publicó a raíz de la publicación de la Ley de Carrera Administrativa. Al respecto CABALLERO ORTIZ, Jesús. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público Ob, Cit.* p 50.

⁷⁰ Gaceta Oficial No. 1.428 Extraordinaria de fecha 03 de Septiembre de 1970

⁷¹ “La sujeción es, simplemente, el correlato de una potestad, consistente en el deber de soportar el ejercicio de una potestad sobre el propio ámbito jurídico. Se trata por lo tanto de una condición estática, integrante de una situación jurídica de status. Se encuentra en situación de sujeción las personas comprendidas en el ámbito subjetivo de una potestad”. SANTA MARÍA, Pastor. *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. Tercera edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, s.a. Madrid, 2001. p. 404.

sindicales a los funcionarios públicos, e igualmente con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990⁷², de alguna forma se consolidó el denominado proceso de "*Laboralización de la Función Pública*", reconocido por la propia doctrina administrativa⁷³. Tal proceso de laboralización se atribuye por una parte al reconocimiento por la Ley de Carrera Administrativa de los derechos a la libertad sindical de los funcionarios públicos, y la expresa disposición del artículo 8º de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, que parece trasladar a los funcionarios y empleados públicos, todos los derechos laborales, exclusión hecha de los relativos a la carrera administrativa. La norma en comentario disponía:

Artículo 8º. Los funcionarios o empleados públicos Nacionales, Estadales o Municipales se regirán por las normas sobre Carrera Administrativa Nacionales, Estadales o Municipales, según sea el caso, en todo lo relativo a su ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional; y gozarán de los beneficios acordados por esta Ley en todo lo no previsto en aquellos ordenamientos.

Los funcionarios o empleados públicos que desempeñen cargos de carrera, tendrán derecho a la negociación colectiva, a la solución pacífica de los conflictos y a la huelga, de conformidad con lo previsto en el Título VII de esta Ley, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de las Administración Pública.

Los obreros al servicio de los entes públicos estarán amparados por las disposiciones de esta Ley. (Subrayado nuestro)

En torno a esta disposición, se han verificado en nuestro país las mayores discusiones para sostener contradictoriamente el carácter

72 Gaceta oficial No. 4.240 Extraordinaria de fecha 20 de diciembre de 1990.

73 En tal sentido véase: **DE PEDRO FERNÁNDEZ**, Antonio. *Derecho de la Función Pública. La Experiencia Venezolana*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, Venezuela, 2004. Pp. 99-101; **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; **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. Pp. 82-83.

laboral o administrativo de las relaciones de empleo público, y su regulación legal a través de normas laborales o meramente estatutarias. Tales discusiones parten de la exégesis de la norma, conforme a la cual se reconocen a los funcionarios los derechos previstos en la legislación laboral, y se remite a la legislación sobre Carrera Administrativa (supuesto Estatuto) los aspectos relativos a "*ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional*".

Para algunos, la norma en referencia reafirma la vigencia del régimen estatutario y dispone el carácter "subsidiario" o "supletorio" de las normas laborales⁷⁴, mientras que para otros, más bien implica el reconocimiento de la naturaleza laboral de la función pública⁷⁵. Podemos destacar que en el seno de la discusión de la referida norma en el extinto Congreso de la República, se verificaron múltiples cambios de redacción, que al inclinarse hacia la total laborización (exclusión hecha de lo relativo a la carrera), ocasionó que el Gobierno Nacional y los afectos al régimen estatutario salieran al paso, proponiendo y forzando el reconocimiento de los derechos de negociación colectiva y huelga en favor de los funcionarios públicos, pero a través de una reforma de la Ley de Carrera Administrativa y no a través de la Ley Orgánica del Trabajo que se encontraba en formación, ello con la finalidad de mantener la separación de los regímenes legales y reforzar el carácter "estatutario", aunque fuere sólo por "ubicación" y no atendiendo a la esencia de los derechos reconocidos⁷⁶. Fue tal la situación de disputa que el Poder Ejecutivo, por órgano del Procurador General de la República, incluso planteó al Congreso la inconstitucionalidad de alguna redacción propuesta conforme a la cual se remitía la regulación de la relación de empleo público a la Ley Orgánica del Trabajo dejando a la Ley de Carrera

⁷⁴ CABALLERO ORTIZ, Jesús. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público* Ob. Cfr.; RONDON DE SANSÓ, Hildegarde. *El funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo*. Ob. Cfr.

⁷⁵ VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del Artículo 8.* Ob. Cit.

⁷⁶ *Ibidem*.

Administrativa, solamente la regulación relativa al “*ingreso, traslado, suspensión y Estabilidad*” de los funcionarios⁷⁷.

Aún la redacción final de la norma del artículo 8º generó serias dudas⁷⁸, entre ellas la incertidumbre de por qué una ley laboral remitía y endosaba la regulación de varios asuntos a la ley funcional, cuando ya tal ley funcional existía, estaba vigente y regulaba los mismos aspectos. Recuérdese que para ese momento (1990) la Constitución (de 1961) no preceptuaba la creación de un “Estatuto” y solo ordenaba que la ley estableciera la carrera de los funcionarios. Atendiendo a la idea que el legislador no es redundante, bien podía pensarse que la nueva legislación laboral (Orgánica, especial y posterior) absorbía la regulación de “toda” la relación de trabajo público, exclusión hecha según su propio texto, de los aspectos relativos a la carrera, respetando así el mandato constitucional que sometía esos aspectos a la Ley de Carrera Administrativa (supuesto “Estatuto”)⁷⁹.

Otro aspecto controvertido fue entender si la remisión a la Ley de Carrera Administrativa en los enunciados aspectos es taxativa, es decir, un *numerus clausus* conforme al cual sólo se delega en la legislación de carrera administrativa el desarrollo y regulación de los específicos aspectos remitidos por el artículo 8º de la ley laboral; o si por el contrario, puede la ley de carrera regular otras condiciones o aspectos de la relación funcional, entendiendo que por analogía o interpretación extensiva dicha legislación estaría habilitada para regir otros aspectos distintos de los expresamente señalados en la norma *in commento*. La doctrina administrativa ha sostenido la interpretación extensiva arguyendo que:

77 *Ibidem*. p. 244

78 La propia doctrina administrativa reconoció: “El artículo 8º de la Ley Orgánica del Trabajo constituye un reto para los intérpretes, bien sean especialistas en derecho Administrativo, bien en Derecho laboral, porque el mismo plantea una combinación de ambas para conformar el nuevo régimen de los funcionarios públicos”. RONDON DE SANSÓ, Hildegard. *El funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo*. Ob. Cit. p. 13). Por su parte la doctrina laboral llegó a calificar la redacción de la norma como “galimatías”. (VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del Artículo 8*. Ob. Cit.)

79 VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del Artículo 8*. Ob. Cit. p. 255.

"Una interpretación que nos parece a todas luces lógica y, a la vez, adecuada al texto mismo de la norma, es aquélla conforme a la cual el Legislador, en el artículo 8, no podía auto limitarse. En consecuencia, no podía el Legislador decirse a sí mismo que, al regular la función pública, sólo le correspondía reglamentar lo atinente a las materias expresamente señaladas en el artículo 8 y ninguna otra. En efecto, no existe en Venezuela la figura de la auto limitación subjetiva"⁸⁰.

De su parte, la doctrina laboral, se ha inclinado por la interpretación restrictiva, sosteniendo que:

"La remisión a la LCA -conviene insistir- no es total sino específica, lo que niega la posibilidad de una interpretación amplia, y menos aún, que la primera parte del Art. 8 de naturaleza enunciativa y no un '*numerus clausus*', precisamente la tesis que aquí se trata de sostener; entre otras razones porque no es posible admitir "habilitaciones" de carácter enunciativo, siendo la materia del trabajo de estricta reserva legal.

La remisión que por vía de "inclusión-exclusión" hace el Art. 8 respecto de la LCA es, por tanto, de naturaleza constitutiva y no declarativa. Ello quiere decir, que las materias allí referidas quedan vigentes porque la LOT así lo estableció y porque sin tal referencia en la Ley, no podrían estarlo. Ello es, que permanecen vigentes sólo las materias de la LCA expresamente salvadas: ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro, sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional."⁸¹.

Llama la atención que la citada doctrina administrativa reconoce la posibilidad de que el artículo 8º de la LOT se interprete taxativamente a través de la interpretación a contrario, pero se inclina por la interpretación extensiva, invocando el principio "la ley no puede auto limitarse". Por supuesto censuramos este último criterio, por una parte porque consideramos más consona con la reserva legal⁸²,

80 CABALLERO ORTIZ, Jesús. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ob. Cit. p. 89.

81 VILLASMIL PRIETO, Humberto. *Ob. Cit.* p. 258.

82 ".. si se trabaja con una regla general es muy posible que no se deba recurrir al argumento a contrario, ello porque la aplicación de reglas generales casi siempre nos conduce a que se use el argumento

la interpretación a contrario, y por otro lado, fundamentándonos en la misma afirmación del autor, conforme a la cual no puede la ley limitarse a sí misma, pues en el caso concreto, la limitación deviene de la Constitución (de 1961) que en su artículo 122 disponía los aspectos que debían ser regulados en relación a la "carrera administrativa", sin que se haya mandado a crear un Estatuto de la Función Pública, ni se hayan atribuido a éste todos los aspectos de dicha relación, ni otros distintos a los enunciados. Así, la limitación no era legal, sino Constitucional, y por ello las materias allí remitidas para ser regladas por la Ley de Carrera Administrativa, debían circunscribirse a las expresamente delegas por el Constituyente. Sobre este aspecto nos referiremos seguidamente.

De nuestra parte, en relación a este debate histórico, apreciamos que si bien la Constitución de 1947 dispuso el mandato de regular la función pública a través de un "Estatuto", en los debates constituyentes para la referida Constitución, se propuso "*la inclusión de una norma según la cual los servidores de los entes públicos tuvieran aseguradas condiciones de trabajo que en ningún caso fueran inferiores a las impuestas por la ley a los empleadores privados*"⁸³. Siendo que posteriormente la Constitución de 1961, ordenó que la "ley" (reserva legal genérica sin alusión a la forma Estatutaria), "*establecerá la carrera administrativa mediante las normas de ingreso, ascenso, traslado, suspensión, retiro de los empleados de la Administración Pública Nacional...*", con lo que resulta expreso el mandato de que dichas materias, todas relativas a la "carrera" funcionarial, se regularan a los fines de cumplir precisamente con la idea de eficacia e imparcialidad política, y de brindar una mayor protección a los funcionarios públicos respecto al posible abuso de cada gobernante de turno⁸⁴.

por analogía, a lo que la regla general no dice; mientras que cuando se trabaja con excepciones, entonces si va a resultar más sencillo utilizar los argumentos a contrario, porque se está dentro de la excepción que es regla estricta o rigurosa. ZERPA, Levis Ignacio. *Ob. cit.* p. 189

83 CALDERA, Rafael. Prólogo a la Obra de BREWER CARIAS, Allan. *El Estatuto del Funcionario Público en la ley de Carrera Administrativa*. Ob. Cit.

84 "El principio de carrera asegura mejor que cualquier otro la imparcialidad y la objetividad del funcionario y el funcionamiento de los servicios públicos frente a los cambios de coyuntura política que el sistema de partidos comporta. Al estar reglados, predeterminados en su mayor parte, los

Dicha Constitución, al igual que la vigente, no hacía alusión alguna al sometimiento de los funcionarios a la voluntad unilateral del Estado, antes bien, se dirigen en sentido contrario, a crear el régimen de carrera administrativa en protección de los funcionarios y para limitar a los representantes del Gobierno en torno al “*ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro*” de los funcionarios. Todo lo dicho por la tesis administrativista en relación al carácter estatutario y sus consecuencias, no son más que construcciones teóricas y jurisprudenciales de génesis extranjera, pero que no encuentran ningún soporte en la letra de la Constitución de 1961, ni en la actual.

La Ley Orgánica del Trabajo a través del controversial artículo 8º, no vino más que a reconocer lo connatural al tipo de relación jurídica regulada, que se circunscribe llanamente a una relación de empleo, de trabajo subordinado y por cuenta ajena. Por el contrario, consideramos que la referida norma, al igual que la vigente del artículo 6º de la LOTT, sobrepasan el mandato constitucional, al referir a las leyes de carrera (Estatuto funcional), aspectos que no le son propios, como los relativos a “sistemas de remuneración, estabilidad y régimen jurisdiccional”. Sin embargo, entendemos que el legislador es uno solo, y que aún investido como legislador “laboral” puede regular de manera distinta o diferenciada algunos aspectos de las relaciones de trabajo, como los remitidos al Estatuto Funcionarial, que también es ley formal y puede disponer normas laborales o procedimentales.

2. La situación actual de la relación Estatutaria

Consideramos que la interesante contraposición de argumentos e interpretaciones respecto a la naturaleza Estatutaria o Laboral de la función pública en nuestro país, parece ya resuelta por el texto de la

ascensos y la atribución de los destinos y retribuciones, el funcionario puede estar más atento al cumplimiento de la ley y sus deberes que propenso a actuar para agradar al poder político de turno, del que, en caso contrario, dependerá únicamente de su promoción.” PARADA, Ramón. Citado por CABALLERO ORTIZ, Jesús. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ob. Cit. p. 37

Constitución vigente, en especial de la apreciación armónica y sistemática de sus postulados y reglas en relación con sus principios.

Como hemos referido al inicio, la Constitución de 1999 reafirma a nuestro país como un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, y reconoce ampliamente los llamados "derechos sociales", entre los que regula de forma prodiga al derecho al trabajo al que define como un "hecho social", extendiéndose generosamente en su protección. La carta fundamental, reconoce sin distinción los derechos fundamentales de "todos" los trabajadores, explanando a nivel de la misma Constitución regulaciones sustantivas y procesales para la protección, e incluso disponiendo el mandato de creación de una jurisdicción con competencia especializada y una ley procesal que propenda a la protección de los derechos laborales. No distingue el constituyente, ni mucho menos excluye a los empleados públicos de su protección social.

Por el contrario, es clara la intención del constituyente, tanto la derivada de la apreciación de los debates constituyentes (*argumento psicológico*) como la que se advierte de la redacción empleada (*argumento teleológico*), que lo que se quiso fue regular por igual las relaciones de trabajo privadas y públicas, y que la única regulación "especial" dispuesta por el Constituyente es la previsión Estatutaria (reserva legal) para normar lo relativo a la "carrera administrativa" y la equiparación o regulación paritaria de los regímenes de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos. Veamos:

Dentro de los "Derechos Sociales" (Capítulo V del Título III relativo a los "Derechos Humanos y Garantías") se reguló el trabajo como hecho social, y se consagran para todos los ya referidos derechos y garantías de seguridad social; prestaciones sociales; salario suficiente e inembargable; condiciones de higiene y seguridad en el trabajo; el carácter progresivo e irrenunciable de los derechos laborales, principio de favor, *indubio pro operario*; el derecho a la sindicación, a la contratación colectiva y a la huelga⁸⁵, entre otros.

85 Artículo 97 Constitucional.

Por otra parte, en el Título V, en su Capítulo I relativo al Poder Público y sus Disposiciones Fundamentales, se evidencia la idea de que se establezcan normas sobre la carrera administrativa, cuya clara finalidad es por una parte, garantizar la imparcialidad, idoneidad y eficacia en la actividad administrativa, lo cual se garantiza conforme a las exigencias de la misma constitución creando la “carrera” como forma principal de empleo público, exigiendo el concurso público como forma de acceso o ingreso a dicha carrera, y dotando al funcionario de protección a través de reglas claras y procedimientos que garanticen el respecto a la meritocracia, regulando los ascensos, suspensiones, y especialmente lo referente al retiro, lo cual incluye la noción de la actividad disciplinaria respectiva. Como se ha dicho, no dispone nuestra Constitución la creación de un Estatuto “general” de la función pública, ni mucho menos, puede inferirse de ninguna de sus normas, que tal estatuto proscriba los derechos laborales, excluya la noción de derechos adquiridos prevista en el artículo 89,1 de la misma Constitución, o implique que las condiciones de trabajo puedan establecerse o modificarse unilateralmente por el empleador.

Contrariamente a lo que sería la tesis estatutaria radical, el constituyente despejó toda duda sobre el reconocimiento de los derechos de libertad sindical a favor de los empleados públicos, yendo más allá de los textos de los pactos internacionales, al disponer expresamente el derecho a la “Huelga”, no previsto de forma expresa por los convenios internacionales producidos en el seno de la OIT⁸⁶.

Considérese que tal reconocimiento e inclusión no es accidental o producto de una inadvertencia en la redacción, pues se aprecia de los diarios de debate que la posición administrativista, Estatutaria y deslindante, fue opuesta por el Diputado Constituyente Allan Brewer Carías, siendo desechada su postura, generando de parte de

86 Si bien el derecho a huelga ha sido reconocido como conformado del derecho a la libertad sindical, y ha sido “regulado” a través de Recomendaciones aprobadas por el organismo, hasta ahora no ha sido establecido en el texto expreso de ningún Convenio.

éste los respectivos votos salvados⁸⁷. Así, es patente la intención expresa del legislador concreto (constituyente), así como la finalidad perseguida, expresada en el texto de la Constitución, de equiparar o reconocer sin más el carácter laboral de la relación de empleo público.

Por demás, si se ha reconocido a los funcionarios los más relevantes derechos propios de la relación laboral, los llamados "derechos colectivos" o de libertad sindical que conforman el núcleo mismo del derecho del trabajo, incluyendo los que de alguna forma podrían afectar la prestación de servicios públicos (huelga) y los que forzarían a la Administración a "negociar" las condiciones de trabajo, con incidencia obvia en los aspectos presupuestarios; no cabe dudas de que, *con mayor razón*⁸⁸, debe reconocerse los otros derechos ("individuales") de los trabajadores públicos, que de suyo, llevan a reconocer la condición general de "trabajadores".

Adicionalmente, se dispone que por vía reglamentaria se establecerán las escalas de salarios en la Administración Pública, conforme a la ley, y que la "*Ley Orgánica podrá establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos y funcionarias públicas municipales, estatales y nacionales*"⁸⁹. Con lo cual, de una parte puede inferirse que regulará los parámetros generales de organización y distribución de los salarios, y no una imposición del quantum de los mismos, pues estos pueden quedar comprendidos dentro de las condiciones típicas de discusión en el marco de las negociaciones colectivas. Lo que se ha eliminado, como ocurre

87 Véase Gaceta Constituyente (Diario de Debates). Asamblea Nacional Constituyente. Noviembre 1999-Enero 2000. Imprenta del Congreso de la República. Caracas. Sostuvo el voto salvante que "...el régimen de la negociación colectiva no puede ser igual en el sector público que en el sector privado; el régimen estatutario de la función pública excluye ciertos aspectos de la relación funcional de la negociación colectiva, pues deben ser establecidos unilateralmente por el Estado". BREWER CARIAS, Allan. *Debate Constituyente (Aporte a la Asamblea Nacional Constituyente)*. Tomo III. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999. p. 178.

88 "...si se permite en el derecho una determinada situación que tenga una gran importancia, que puede uno entender intuitivamente es que están comprendidas en ella las de menor relevancia; todo lo cual se estará forzando a admitirlo por el argumento de la mayor razón". ZERPA, Levis Ignacio. *Ob. Cit.* p. 229.

89 Artículo 147 CRBV.

con el tema de la carrera, es la discrecionalidad en la asignación de las remuneraciones, forzando la organización (por escalas) de los "cargos" y la estipulación de salarios para dichos "cargos" y no para los empleados individualmente considerados. Por otra parte, a despecho de la doctrina administrativa⁹⁰, se abandonó la nomenclatura propia de la idea estatutaria que denomina "sueldo" a la remuneración de los funcionarios, y se utilizó la noción laboral de "salario" para referirse a la remuneración contraprestacional de los empleados públicos. Por demás, no se trata de una mera distinción semántica, pues atendiendo al argumento sistemático de la *constancia terminológica*⁹¹, podemos apreciar que se ha utilizado el término en estrecha relación con los caracteres que la misma Constitución concede al salario ex artículos 91 y 92 (mínimo vital, previsión de salario mínimo, carácter de obligación de valor, principio de *a igual trabajo igual salario*), y en especial su protección al declarar su "inembargabilidad" en el mismo artículo 91. Es fácil advertir que ya no podría distinguirse la remuneración de los funcionarios como "sueldo", entendiendo que es algo diferente al "salario", pues ello conllevaría al absurdo de que los "sueldos" de los funcionarios podrían ser inferiores al "salario mínimo" nacional, o considerar que podrían ser embargables. La disposición que protege al salario es de interpretación restrictiva por tratarse de una excepción constitucional al poder jurisdiccional y la garantía de tutela judicial efectiva que se patentiza a través de los poderes cautelares de la jurisdicción, y en consecuencia no puede extenderse a otras remuneraciones⁹². La contraprestación de los trabajadores públicos es salario, y

90 Al respecto se refiere: "Se trata de las escalas de sueldos en la Administración Pública, mal denominados en la Constitución escalas de 'salarios' pues, como se sabe, es 'salario' constituye un elemento propio del contrato de trabajo y, por tanto, del derecho laboral". (Subrayado nuestro). CABALLERO ORTIZ, Jesús. *El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ob. Cit. p. 95

91 "Según esta aceptación de 'sistema' existe en la ley, una correspondencia rígida entre conceptos normativos y términos de los enunciados, de modo tal que en la atribución de significado, toda vez que sea cierto o considerado tal el significado del término X en un enunciado, ese significado habrá de atribuirse a X en todos los enunciados en que aparezca". TARELLO, Giovanni. *La Interpretación de la Ley*. Palestra editores. Lima, 2013 p. 338.

92 De verificarse una interpretación por analogía de la referida disposición constitucional, podría por ejemplo, plantearse la inembargabilidad de otras contraprestaciones producto de la actividad productiva de las personas naturales, como los honorarios de los profesionales en libre ejercicio, e incluso

está regida y protegida por las normas constitucionales y legales que lo regulan.

Para culminar este aspecto, debemos resaltar que el reconocimiento de derechos laborales a los empleados públicos como caracterizador de los Estados modernos y en especial los de corte democrático, es prácticamente un movimiento universal que va desde la completa traslación de la regulación al derecho laboral, hasta el mantenimiento del sistema Estatutario pero matizado con el reconocimiento de derechos y limitación del carácter autoritario del Estatuto⁹³. En el siglo XX “*las luchas sociales contribuyeron a generar disposiciones cada día más igualitarias que se extendían a más y más capas y colectivos sociales. Como no podía ser de otra manera, el empleo público no fue ajeno a tales cambios. Aparecieron nuevas actividades y, con ello, nuevas categorías profesionales. Paralelamente, los funcionarios públicos fueron adquiriendo conciencia de su papel, de su condición de trabajadores por cuenta ajena y reclamando que sus condiciones de trabajo y sus derechos laborales se acercaran, cada vez más, a las de los trabajadores de la empresa privada. La derivada de todo ello fue que, en muchos países, surgieran formas o regímenes distintos de Función Pública. (...) Las instituciones propias del Derecho del Trabajo (sindicación, negociación colectiva y huelga) pugnaron por encontrar –y encontraron– un lugar dentro del empleo público, las fronteras entre trabajador público y trabajador privado se disiparon o cuando menos, se atenuaron; figuras propias y comunes a este último se incorporaron a la Función Pública*”⁹⁴. En palabras de Sánchez Morón:

“Pero incluso allí donde se ha mantenido, el régimen estatutario se ha impregnado en buena parte del contenido del Derecho del Trabajo y se ha democratizado, es decir, se ha hecho compatible

de los comerciantes. El salario es la contraprestación por el trabajo bajo relación de dependencia, y es éste el protegido por el texto constitucional.

93 Tal es la situación de países como Italia, Alemania y Suecia, donde se han reconocido prácticamente la equiparación. Mientras que en otros tanto como España y los países Nórdicos se han admitido los derechos a la libertad sindical en mayor o menor medida. Véase SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Ob. Cit.* p.25-35.

94 DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio. *Ob. Cit.* p. 54-55

con el reconocimiento y respeto de las libertades públicas del funcionario, con muy escasas excepciones justificadas por razones funcionales. Estas conquistas históricas no han sido fáciles, sino muy graduales y algunas de ellas muy recientes”⁹⁵.

Tal ha sido la situación de nuestro país, donde se ha dispuesto legalmente la expresa regulación de las relaciones funcionariales por la legislación laboral, incluso antes de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, como lo disponían la Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico⁹⁶ y la Ley Orgánica de Educación⁹⁷ en relación al personal docente. En igual sentido, ya en vigencia de la Constitución de 1999, se ha dispuesto en la Ley del Servicio Exterior de 2001⁹⁸ y sus reformas de 2005⁹⁹ y la Ley Orgánica de Educación de 2009¹⁰⁰.

3. Regulación de la relación de empleo público por el Derecho Administrativo

Sin menoscabo que en ejercicio de la reserva legal, se dispongan normas relativas a la relación de empleo público en textos distintos de la ley del trabajo, como ocurre con la ya referida ley de alimentación o ley de prevención y medio ambiente laboral, o en la misma Ley del Estatuto de la Función Pública, debe insistirse en que la norma Constitucional del artículo 146 dispone que el Estatuto de la Función Pública versará sobre la carrera. Lo que implica que en todo caso, serían estas materias (ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro) a las que podría oponerse ese histórico carácter de estricta reserva legal y aceptarse si acaso, que quedan excluidas de las posibilidades de modificación o regulación a través de nego-

95 SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Ob. Cit.* p. 34.

96 Publicada en Gaceta Oficial No. 2.146 Extraordinaria de fecha 28 de enero de 1978.

97 Publicada en gaceta Oficial No. 2.635 Extraordinaria de fecha 28 de julio de 1980.

98 Publicada en Gaceta Oficial No. 37.254 e fecha 6 de agosto de 2001.

99 Publicada en gaceta Oficial No. 38241 de fecha 2 de agosto de 2005. Esta ley fue recientemente derogada por la Ley Orgánica del Servicio exterior que ordena crear un Estatuto a través de Ley especial que se dictará al efecto. Gaceta Oficial No. 40.217 de fecha 30 de julio de 2013.

100 Gaceta Oficial No. 5.929 Extraordinaria de fecha 15 de agosto de 2009.

ciaciones colectivas, contratos laborales individuales o incluso, de las decisiones discretionales de los titulares de los entes u órganos públicos¹⁰¹.

Esta noción de “carrera pública” es de claro corte republicano y está presente en nuestro ordenamiento jurídico desde nuestro nacimiento como Nación, a través de la primera Constitución Nacional de 1811. En ella, se dispuso el derecho de todo ciudadano a acceder a los empleos públicos, proscribiéndose el ingreso por designación arbitraria o por títulos hereditarios, y dándose primacía al mérito a través de “los servicios prestados”¹⁰². Se patentiza con las disposiciones de la carrera el interés general en evitar que las designaciones de los funcionarios, sus ascensos y permanencia en el cargo deriven de la sola voluntad de quienes ostenten circunstancialmente la dirección o administración de los entes públicos (muchas veces corrompidas por el nepotismo y clientelismo político), procurando que por el contrario, se atienda al empleo de los más aptos, capaces y responsables, dando valor al mérito y condicionando su ingreso y ascensos a exigencias objetivas a través de concursos públicos y evaluaciones. Por supuesto, la carrera implica también la protección contra el despido (retiro) sin causa justificada y la previsión de mecanismos que garanticen el debido proceso, así como recursos judiciales para controlar las decisiones que adopte la entidad pública empleadora.

Abstracción hecha de las normas sobre carrera, la mayoría de disposiciones que regulan la relación de empleo público, son de tipo laboral –indistintamente del cuerpo normativo donde se ubiquen– y deben ser interpretadas como tales, conforme a las reglas

101 "...En particular, deben considerarse taxativas las enumeraciones de casos en que la ley excluye derechos atribuidos en general, o limita el ejercicio de derechos atribuidos en general, especialmente si se trata de derechos constitucionalmente garantizados. Coherente con esta regla, deben también considerarse taxativas las enumeraciones de los límites a procedimientos de participación política garantizadas en general y las enumeraciones de las excepciones a las garantías de las posiciones individuales constitucionalmente establecidas. TARELLO, Giovanni. *Ob. Cit.* p. 138.

102 Artículos 147 y 148. Constitución Federal para los Estados Unidos de Venezuela de 1811. Véase en: BREWER CARIAS, Allan. *Las Constituciones de Venezuela*. 3era edición. Tomo I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.

y principios del Derecho del Trabajo. Diferenciadamente, las normas relativas a la carrera, por su carácter administrativo se rigen en principio por este Derecho, en especial, en relación a las normas y principios sobre competencia, requisitos de validez formal de los actos administrativos, y de los propios para la formación de la voluntad administrativa, entre ellos el deber de motivación, la previsión de procedimientos que garanticen el debido proceso, y la proscripción de arbitrariedades, poderes discrecionales, usurpación de funciones, o desviación de poder; en fin, respeto al principio de legalidad administrativa.

También por mandato constitucional tienen el referido carácter de estricta reserva legal, las normas sobre pensiones y jubilaciones, que ya desde la enmienda Constitucional de 1.983¹⁰³ se había reservado a la Ley Nacional, pero -en nuestro criterio- no para extraer estos aspectos del ámbito de las contrataciones colectivas como se ha sostenido en la jurisprudencia nacional, sino más bien para uniformar su tratamiento en los distintos niveles y manifestaciones de la administración pública y de los poderes públicos, precisamente para prevenir desigualdades en estos aspectos sociales que reclaman igualdad de tratamiento.

Tal es la finalidad de las previsiones constitucionales relativas al Estatuto: procurar la eficacia, eficiencia e imparcialidad en la designación, ingreso, ascensos, suspensión y retiros; guardar la carrera de los funcionarios públicos como mecanismo reforzado de estabilidad laboral y crecimiento profesional; y proscribir la arbitrariedad y discrecionalidad de los gobernantes de turno, en la designación de empleos, ascensos, y la distribución de beneficios salariales y sociales, así como la uniformidad de estos beneficios en los varios niveles o manifestaciones de la función pública, a través de la estandarización de "cargos" y estructuras organizativas y salariales.

103 Enmienda Constitucional No. 2, publicada en Gaceta Oficial No. 3.224 Extraordinaria de fecha 24 de julio de 1983.

No poseen tal carácter estatutario, las normas sobre estabilidad y régimen jurisdiccional, que por ahora han sido delegadas a la ley del Estatuto de la Función Pública por mandato del artículo 6º de LOTT. Por lo que bien en el futuro podría la legislación laboral atendiendo el mandato de la Disposición Transitoria 4ta de la Constitución, regular de manera distinta tales aspectos, en especial el concerniente a la Jurisdicción competente para dirimir las controversias, atribuyendo la competencia a los tribunales del trabajo, o cuando menos disponer con carácter obligatorio la creación de tribunales especializado (no de múltiple competencias como los Contencioso Administrativos), como pareciere disponerlo la LEFP al referirse a los tribunales con competencia en lo "*contencioso administrativo funcional*". En cuanto a la Estabilidad, consideramos que pudiera entenderse incluida en la noción de carrera administrativa y especialmente en las regulaciones pertinentes al "retiro", sin que ello implique el desconocimiento de la figura de inamovilidad laboral que en algunos casos también puede proteger a los funcionarios públicos.

III. Los derechos laborales de rango Constitucional en favor de los Funcionarios Públicos

Hasta ahora la pretendida distinción entre funcionarios y trabajadores, más allá de los específicos aspectos estatutarios que la Constitución prevé (régimen de carrera), ha dado lugar a gruesas discriminaciones y negación de derechos laborales de los funcionarios públicos, y en especial a los funcionarios "de carrera". Sin embargo, no podemos dejar de advertir que en algunos casos que pueden considerarse aislados, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha reconocido la condición laboral de los funcionarios, destacando el caso de los Bomberos del Distrito Metropolitano de Caracas (sentencia No. 1984, de fecha 03 de noviembre de 2004), en la que no sólo se reconoció el derecho a la contratación colectiva, sino que se dio aplicación al principio de progresividad de los derechos y el principio de ley más favorable,

protegiendo así a los funcionarios accionantes. Pasamos seguidamente a enunciar cinco (5) relevantes aspectos en que se verifica inaceptable discriminación.

1. Prestaciones Sociales. Indexación

Aun cuando el derecho a las prestaciones sociales fue uno de los primeros reconocidos a los funcionarios públicos; a pesar de que la Constitución Nacional ex artículo 92 elevó a categoría constitucional este derecho y lo define como "*deuda de valor*" lo que lleva a su indexación o ajuste por inflación¹⁰⁴; y aun cuando la Sala Constitucional en sentencia No. 2191 de fecha 06 de diciembre de 2006, ha interpretado de forma vinculante la referida norma disponiendo la obligatoriedad de indexar (ajustar por inflación) los montos adeudados por este concepto en caso de mora en el pago; hasta ahora, las Cortes de lo Contencioso Administrativo¹⁰⁵ y la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia¹⁰⁶, han negado la procedencia de las pretensiones funcionariales en ese sentido, creando una grosera discriminación en relación a los demás trabajadores a quienes los juzgados laborales de ordinario y aún de oficio¹⁰⁷, conceden tal beneficio indemnizatorio. No existe razón jurídica que justifique tal diferencia de tratamiento¹⁰⁸.

104 "Cuando se demanda el cumplimiento de una deuda de valor (caso típico de una demanda de daños y perjuicios, como el caso de un juicio de expropiación), existe un tiempo, normalmente largo, que transcurre entre el momento en que se define el valor de la deuda en dinero y el momento del pago. Este transcurso de tiempo obliga a buscar un mecanismo para ajustar la prestación, de manera que el valor representativo en dinero de la prestación corresponda aproximadamente al valor real de la prestación." (Subrayado nuestro). RODNER S., James-Otis. "El Dinero, La Inflación y Las Deudas de Valor", Caracas 1995.

105 Véase Sentencia No. 2008-402 de fecha 28 de marzo de 2008, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

106 Ver sentencia de fecha 26 de enero de 2010, Exp. No. 2005-1980, entre otras.

107 Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso Camillius Lamorell contra Machinery Care y otros, de fecha 17 de marzo de 1993. Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 10 de junio de 2003, caso Virna Pierluissi Romero de Contreras contra I.B.M. de Venezuela, S.A

108 Mientras se verificaba el proceso de edición e impresión de esta Revista, la Sala Constitucional del TSJ dictó sentencia No. 391 de fecha 14 de mayo de 2014, conforme a la cual acogió el criterio aquí expuesto por el autor.

2. Caducidad de las pretensiones de cobro de Prestaciones Sociales y otras de contenido patrimonial

Por mandato expreso de la Constitución Nacional (Disposición Transitoria 4ta), las prestaciones sociales están sometidas a un lapso de prescripción extintiva de diez (10) años y así lo recoge la norma del artículo 51 de la LOTT. Así mismo por disposición de la misma norma legal otros derechos de contenido patrimonial de los trabajadores están sujetos a lapsos de prescripción extintiva de cinco (5) años, al igual que las acciones para el cobro de indemnizaciones derivadas de infortunios laborales, conforme lo disponen los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica de Previsión, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo (LOPCYMAT).

Diferenciadamente en materia funcionarial, en aplicación exegética del artículo 94 de la LEFP, se somete a las pretensiones de cobro de estos derechos patrimoniales al brevísimo y fatal lapso de caducidad de tres (3) meses. Al respecto se ha pronunciado vacilantemente la Jurisprudencia de las Cortes Contencioso Administrativo, y al parecer definitivamente –por ahora– la Sala Constitucional del máximo tribunal¹⁰⁹. De nuestra parte, consideramos que el lapso a aplicarse es el de prescripción establecido en la Constitución y en la legislación laboral, conforme lo hemos expuesto circunstancialmente en el texto: “*Consideraciones sobre la caducidad de las pretensiones de cobro de prestaciones sociales y otros derechos patrimoniales de los funcionarios públicos*”¹¹⁰. Partiendo de la revisión de aspectos procesales y sustantivos, hemos concluido:

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 caduci-

109 Sentencia No. 1643 de fecha 03 de octubre de 2006 y No. 2325 del 14 de diciembre de 2006. Para el desenvolvimiento jurisprudencial véase: AGUILAR, Ramón Alfredo. *Consideraciones sobre la Caducidad de Cobro de Prestaciones Sociales y otros Derechos Patrimoniales de los Funcionarios Públicos*. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda). Caracas, 2012

110 AGUILAR, Ramón Alfredo. *Ob. Cit.*

dad 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 regula¹¹¹.

3. Jornada laboral. Pago de Horas extraordinarias

La Constitución prevé los términos de las jornadas máximas de trabajo diurno y nocturno (art.90), y como consecuencia de ello la legislación laboral regula el máximo de horas extraordinarias que pueden laborarse semanal y anualmente, así como el pago de un recargo por dichas horas laboradas de manera extraordinaria o en exceso de la jornada regular. Por su parte la LEFP dispone en su artículo 69 que “[c]uando los funcionarios o funcionarias públicos, previa solicitud de la autoridad correspondiente, presten servicios fuera de los

111 *Ibidem.*

horarios establecidos en los órganos o entes de la Administración Pública, ésta, por intermedio de sus órganos de gestión, establecerá incentivos como compensación por las horas extras trabajadas". (Subrayado nuestro).

Mientras la legislación laboral tasa de forma efectiva el valor de las horas extraordinarias de trabajo y dispone la obligatoriedad de su pago¹¹²; el Estatuto crea una suerte de expectativa, insuficientemente reglamentada y que además parece dejar a la discreción del empleador, el modo, oportunidad y quantum de la indemnización respectiva (incentivo). Hasta ahora no conocemos de sentencias de los Tribunales Funcionariales que hayan acordado este beneficio en favor de los funcionarios, salvo en los casos en que dicho beneficio está previsto en las convenciones colectivas.

Lo cierto es que estando regulada la jornada laboral por expresas disposiciones constitucionales, resulta perfectamente procedente el reclamo de pago por horas extraordinarias laboradas, para lo cual existe la tasación legal dispuesta en la LOTT (art. 118), que debe aplicarse preferentemente por sobre la norma de la LEFP (art. 69), que resulta vaga, imprecisa y perjudicial a los intereses de los funcionarios.

4. Inamovilidad Laboral

Como se ha dicho, el régimen de carrera implica un sistema de mayor estabilidad para los funcionarios que superan el ordinario previsto para los trabajadores en general. Sin embargo, la legislación laboral también prevé un régimen especial y extraordinario creado para prevenir la discriminación en determinadas circunstancias o posiciones que requieren especial protección, para lo cual se dispone un régimen más garantista constituido por el "fkuero sindical" y extendido a otras circunstancias de interés general como

112 Artículo 118 LOTT. Las horas extraordinarias serán pagadas con un cincuenta por ciento de recargo, por lo menos, sobre el salario convenido para la jornada ordinaria. Para el cálculo de lo que corresponda al trabajador o trabajadora por causa de horas extras, se tomará como base el salario normal devengado durante la jornada respectiva.

el fuero maternal, que dan lugar a la protección denominada "inamovilidad", también identificada generalmente como "Estabilidad Absoluta"¹¹³, siendo el primero de los mencionados (fuero sindical) de expresa previsión constitucional conforme artículo 95¹¹⁴. En relación al reconocimiento de estos fueros a los funcionarios públicos, hasta la fecha se han verificado contradictorias sentencias de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, admitiendo y rechazando la procedencia de la protección de inamovilidad en la función pública, lo que de suyo ha implicado tratamiento disímiles y genera obvia falta de certeza en cuanto al referido fuero y protección para los funcionarios públicos. Al respecto pueden revisarse contradictorias sentencias con votos salvados, Nos. 742 de fecha 05 de abril de 2006; No. 787 del 27 de abril de 2007, entre otras.

Consideramos que la protección derivada de la inamovilidad por fuero sindical y maternal, es distinta, más amplia y garantista que la protección de estabilidad propia de la carrera, en tanto protege no solo contra el retiro (despido), sino contra los traslados y desmejoras, al tiempo que resulta más garantista al disponerse un procedimiento "previo" a la destitución, cuya resolución o decisión se encomienda a un tercero¹¹⁵ y no al mismo órgano o ente empleador.

5. Tratamiento Procesal de las controversias

En el proceso judicial funcional regido por la LEFP no se aplican los principios procesales que por mandato constitucional

113 Parra Aranguren distingue la inamovilidad de la estabilidad absoluta, pues si bien ambas disponen como forma de protección la reincorporación efectiva del trabajador afectado, se diferencian en que la inamovilidad pertenece al derecho colectivo (protege intereses generales), mientras que la estabilidad pertenece al derecho individual, pues sólo protege el derecho de cada trabajador. PARRA ARANGUREN, Fernando. *La Estabilidad Laboral y su vigencia en una Economía Globalizada*. Ob. Cit.

114 "...Los promotores o promotoras y los o las integrantes de las directivas de las organizaciones sindicales gozarán de inamovilidad laboral durante el tiempo y en las condiciones que se requieran para el ejercicio de sus funciones."

115 A diferencia de lo sostenido por las sentencias antes citadas, consideramos que la calificación de faltas y autorización para despedir (desstituir) a los funcionarios investidos por fuero, no corresponde a los Inspectores del Trabajo, sino a los Tribunales Contencioso Funcionariales, por expresa disposición de los artículos 29 y 32 LEFP.

rigen los procesos judiciales del trabajo, específicamente, el principio de primacía de la realidad sobre las formas o apariencias; el principio pro operario y de la norma más favorable; o las reglas legales sobre contestación exhaustiva de la demanda y regulación de la carga probatoria.

En relación a esta última noción hemos sostenido¹¹⁶:

"...debe advertirse que la norma del artículo 102 de la LEFP, dispone que: "*Si la parte accionada no diere contestación a la querella dentro del plazo previsto, la misma se entenderá contradicha en todas sus partes en caso de que la parte accionada gozase de este privilegio*"; con lo cual, una interpretación gramatical conllevaría a concluir que en la mayoría de los procesos que versen sobre querellas funcionariales, en tanto se siguen contra entes públicos dotados de privilegios, bastaría a la parte querellada con no dar contestación a la querella, o rechazarla de forma pura y simple, para que se entienda contradicha la demanda en todas sus partes, incluyendo los alegatos de hecho, y por consecuencia, TODA la carga probatoria recaiga sobre el querellante. Frente a esto, impregnados de un elemental sentido de justicia y equidad, consideramos que en virtud de las nociones antes transcritas y en atención al carácter social que también corresponde al derecho funcionarial, no puede ser tal la solución que debe darse al tema de la carga probatoria. (...)

En el proceso laboral (ordinario), en atención a la necesaria consideración del trabajador como débil jurídico, se contempla un sistema de carga probatoria distinto al sistema civil, fundamentado también en el principio de lealtad y probidad procesal, conforme al cual, al dar contestación a la demanda el accionado debe determinar "*con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuales niega o rechaza y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar*", obligándose entonces a una contestación "exhaustiva", en la que no basta con negar genéricamente los hechos y las pretensiones,

116 AGUILAR, Ramón Alfredo. *La Prueba en el Contencioso Funcionario*. Contenido en: "Manual de Práctica Forense Contencioso Funcionario". Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012.

sino que es menester dar las explicaciones y razones de la negativa o rechazo, afirmando los hechos o fundamentos de la defensa, que luego deberán ser probados por el accionado, desplazando así la carga probatoria. Con esto, en el proceso laboral, se sincera y equilibra la carga probatoria, obligando al patrono accionado a actuar con lealtad al negar un hecho, pues salvo que se trate de negar circunstancias extraordinarias (como las labores en horas extras, pago de comisiones, etc.) deberá dar las explicaciones que justifiquen su rechazo.

En otras palabras, la prueba de las condiciones generales de prestación del servicio (jornada, funciones, remuneración), así como las causas del despido y la constancia de haber pagado los beneficios y derechos patrimoniales de los trabajadores, por general corresponde al patrono accionado.

De forma muy diferente, aún el proceso contencioso funcional no ha alcanzado a absorber estos principios procesales, que además entran en franco contraste con los privilegios de la República, en especial aquellos que la liberan de la confesión ficta y que ante la no contestación de la demanda, presuponen ésta como contradicha en todas sus partes, tal y como lo reafirma el citado artículo 102 LEFP. Y es que el referido privilegio, como se ha indicado conlleva en la práctica al total desplazamiento de la carga probatoria sobre la parte que se contrapone a la República o ente con privilegios, aun cuando, como ocurre en materia de relación empleador-funcionario, se conoce que los medios probatorios se encuentran generalmente en manos del empleador. Es por ello que, a pesar de la existencia legal de aquél privilegio, en la jurisdicción laboral, de alguna manera ha cedido terreno ante el derecho social, como lo sostiene la doctrina¹¹⁷ y ha sido reconocido por sentencias de la Sala Constitucional¹¹⁸.

Consideramos que los jueces que conozcan de cualquier pretensión en el ámbito funcional, deben aplicar en los respectivos procesos, los principios y garantías procesales previstas por el constituyente en la norma del artículo 89 Constitucional, que amparan a

117 García Vara, Juan. *Procedimiento Laboral en Venezuela*, Editorial Melvin, Caracas, 2004, pp. 48-50.

118 No. 3524/2005 de 14 de noviembre y No. 1116/2010 de 16 de noviembre.

todo trabajador. Al tiempo que en este tipo de juicios debe limitarse al máximo los privilegios de la República y otros entes, en tanto colidan con las normas procesales protectoras de los prestadores de servicios subordinados.

Conclusiones

En el análisis sistemático del ordenamiento jurídico Venezolano no encontramos normas que permitan sostener la diferenciación de tratamiento de las relaciones laborales en general y aquellas donde los entes públicos fungen como empleadores. La Constitución consagra por igual las garantías, derechos y principios que rigen a "todos" los trabajadores, y sólo prevé la regulación Estatutaria para puntuales aspectos relativos a la carrera administrativa, con la finalidad de garantizar la idoneidad, imparcialidad y eficacia de la prestación de la función pública y proscribir el ventajismo, clientelismo o arbitrariedad en el proveimiento de los cargos, y el establecimiento de los beneficios y condiciones de la relación de trabajo público.

Las normas laborales a nivel internacional y nacional, regulan fundamentales aspectos de la prestación de empleo público, incluyendo expresas regulaciones para los aspectos más sensibles o complejos de la laboralización de la función pública, como la sindicación, la negociación colectiva y la huelga, previendo los sujetos excluidos, así como las áreas o actividades donde en atención al interés colectivo pueden limitarse estos derechos.

No se justifica en el contexto del Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia que dispone la Constitución Nacional, en la concepción del trabajo como hecho social, pretender discriminaciones infundadas, ni mucho menos consentir la existencia de un modelo de relación Estatutaria que implique una especial "relación de sujeción", la unilateralidad del establecimiento de las condiciones de empleo, ni que niegue la existencia de "derechos adquiridos".

BIBLIOGRAFÍA

- **AGUILAR, Ramón Alfredo.** "Consideraciones sobre la Caducidad de Cobro de Prestaciones Sociales y otros Derechos Patrimoniales de los Funcionarios Públicos". Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (Funeda). Caracas, 2012.
- _____ "La Prueba en el Contencioso Funcionario". Contenido en: "Manual de Práctica Forense Contencioso Funcionario". Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2012.
- **BREWER CARIAS, Allan.** "Debate Constituyente (Aporte a la Asamblea Nacional Constituyente)". Tomo III. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1999.
- _____ "El Estatuto del Funcionario Público en la ley de Carrera Administrativa". Comisión de Administración Pública. Caracas, 1971.
- _____ "Las Constituciones de Venezuela". 3era edición. Tomo I. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2008.
- **CABALLERO ORTIZ, Jesús.** "El derecho del trabajo en el régimen jurídico del funcionario público". Ediciones Paredes. Caracas, 2006.
- _____ "Incidencias del Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público". Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.
- _____ "Situación de los Empleados Contratados al Servicio de la Administración Pública." http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/65/rucv_1986_65_46-68.pdf.
- **CALDERA, Rafael.** "Derecho de Trabajo". 2^a Edición. Librería El Ateneo. Argentina, 1960.
- **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. Fudena, Caracas, 2.005
- **COPI, Irving y COHEN, Carl.** "Introducción a la Lógica" Segunda Edición. Limusa. México, 2011.

- **DE LA CUEVA, Mario.** "El humanismo jurídico de Mario de la Cueva (Antología)". Compilación y semblanza de Ana Luisa Izquierdo y De la Cueva. Universidad Nacional Autónoma de México. Fondo de Cultura Económica. México D.F, 1994.
- **DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio.** *Derecho de la Función Pública. La Experiencia Venezolana*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, Venezuela, 2004.
- "*Derecho internacional del trabajo y derecho interno. Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*". Organización Internacional del Trabajo. Centro Internacional de Formación. Turín, 2010.
- **GARCIA VARA, Juan.** "*Procedimiento Laboral en Venezuela*", Editorial Melvin, Caracas, 2004.
- **GERNIGON, Bernard y otros.** "*Principios de la OIT sobre el Derecho de Huelga.*" Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2000.
- **PARRA ARANGUREN, Fernando.** "*La Estabilidad Laboral y su vigencia en una Economía Globalizada.*" En "*I Congreso Latinoamericano sobre Gerencia Ley y Jurisprudencia Laborales su impacto en el desarrollo económico*". Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 2005.
- **RODNER S., James-Otis.** "*El Dinero, La Inflación y Las Deudas de Valor.*" Caracas 1995.
- **RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard.** "*El funcionario Público y la Ley Orgánica del Trabajo*". Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991.
- **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel.** "*Derecho de la Función Pública*". Sexta edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2011.
- **SANTA MARÍA, Pastor.** "*Principios de Derecho Administrativo*". Volumen I. Tercera edición. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, s.a. Madrid, 2001.
- **TARELLO, Giovanni.** . "*La Interpretación de la Ley*". Palestra editores. Lima, 2013.
- **TUGENDHAT, E.** "*Justicia y Derechos Humanos*". Universitat de Barcelona Publicaciones.
- **UROSA MAGGI, Daniela.** *Régimen Estatutario del Funcionario Público en la Constitución de 1999*. En: *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela*. Fudena, Caracas, 2.005.

- **VILLASMIL PRIETO, Humberto.** *Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del Artículo 8.* Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, No. 85. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1992.
- **VILLEGRAS ARBELÁEZ, Jairo.** "Derecho Administrativo Laboral". Tomo 1. Novena edición. Bogotá, 2010.
- **VI Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.** Caracas, noviembre de 1977. http://acienpol.msinfo.info/bases/biblio/texto/boletin/1978/BolACPS_1978_37_74_271-278.pdf
- **ZERPA, Levis Ignacio.** "La Argumentación Jurídica". En: Curso de capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2002.

LEYES NACIONALES

- Constitución de 1947 Gaceta Oficial No. 197 Extraordinaria de fecha 30 de julio de 1947.
- Constitución de 1961 Gaceta Oficial No. 662 Extraordinaria de fecha 23 de enero de 1961
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Publicada en Gaceta Oficial No. 36.860 Extraordinario del 30 de Diciembre de 1.999; reimresa en Gaceta Oficial No. 5.453 Extraordinario del 24 de marzo de 2000; y enmendada y publicada en Gaceta Oficial No. 5.098 del 19 de febrero de 2.009.
- Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores". Publicado Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 6.076 Extraordinario, de fecha 7 de mayo de 2012.
- Enmienda Constitucional No. 2, publicada en gaceta Oficial No. 3.224 Extraordinaria de fecha 24 de julio de 1983.
- Ley aprobatoria del Convenio No. 87 de la OIT promulgada en fecha 1º de septiembre de 1982, publicada en Gaceta Oficial No. 3.011, Extraordinaria del 3 de septiembre de 1.982.
- Ley aprobatoria del Convenio 98 OIT de fecha 6 de agosto de 1.969, publicada en Gaceta Oficial No. 28.709 del 22 de agosto de 1.969.

- Ley del Estatuto de la Función Pública Publicado en Gaceta Oficial No. 37.522 del 6 de septiembre de 2002.
- Ley de Alimentación para los TrabajadoresPublicada en Gaceta Oficial No. 39.666 de fecha 04 de mayo de 2011
- Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo Publicada en Gaceta Oficial N° 38.236 de fecha 26 de Julio del 2005.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo publicada en Gaceta Oficial No. 37.995 del 05 de agosto de 2004
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Decreto-ley No. 6.286, publicado en Gaceta Oficial No. 5.892 Extraordinario, del 31 de julio de 2008
- Ley Orgánica del Poder Electoral publicada en Gaceta Oficial No. 37.573 del 19 de noviembre de 2002
- Ley Orgánica del Ministerio Público publicada en Gaceta Oficial No. 38.647 del 19 de marzo de 2007.
- Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios Publicada en Gaceta Oficial No. 5.976 Extraordinaria de fecha 24 de mayo de 2010.
- Ley Contra la Corrupción Publicada en Gaceta Oficial No 5.637 Extraordinaria de fecha 07 de abril de 2003
- La Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional del Control Fiscal Publicada en gaceta Oficial No. 6.013 Extraordinaria de fecha 23 de diciembre de 2010.
- Ley de Carrera Administrativa publicada en Gaceta Oficial No. 1.428 Extraordinaria de fecha 03 de Septiembre de 1970
- Ley Orgánica del Trabajo de 1990 publicada en Gaceta oficial No. 4.240 Extraordinaria de fecha 20 de diciembre de 1990
- Ley que crea el Instituto Postal Telegráfico Publicada en Gaceta Oficial No. 2.146 Extraordinaria de fecha 28 de enero de 1978
- Ley Orgánica de Educación Publicada en gaceta Oficial No. 2.635 Extraordinaria de fecha 28 de julio de 1980

- Ley del Servicio Exterior de 2001 Publicada en Gaceta Oficial No. 37.254 e fecha 6 de agosto de 2001
- Ley Orgánica del Servicio exterior publicada en Gaceta Oficial No. 40.217 de fecha 30 de julio de 2013.
- Ley Orgánica de Educación publicada en Gaceta Oficial No. 5.929 Extraordinaria de fecha 15 de agosto de 2009
- Reforma de la Ley del Servicio Exterior Publicada en gaceta Oficial No. 38241 de fecha 2 de agosto de 2005.

PÁGINAS WEB

- www.ilo.org
- www.tsj.gov.ve
- http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDUCV/65/rucv_1986_65_46-68.pdf.
- http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/boletin/1978/BoIACPS_1978_37_74_271-278.pdf

JURISPRUDENCIA

**COMPILACIÓN JURISPRUDENCIAL
EN MATERIA DE
FUNCIÓN PÚBLICA
Enero – abril 2014**

Manuel Rojas Pérez

I.- LA FUNCIÓN PÚBLICA

1.- LO QUE DEFINE CUANDO SE ESTÁ EN FUNCIÓN PÚBLICA

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

9 de abril 2014

Número 000589

Caso: Hugo Romero vs. Banco Central de Venezuela

Ponente: Miriam Becerra

Tal y como fue señalado supra, el querellante denunció que el presente caso no es de naturaleza funcional, por lo cual, no debió aplicarse el lapso de caducidad previsto en el artículo 94 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, sino lo previsto en el artículo 1977 del Código Civil (prescripción de acciones personales), tal y como a su entender, fue establecido en las decisiones Nros. 3476/2003, 196/2004, 2630/2004 y 2958/2005, emanadas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Por su parte, la parte querellada expresó que lo pretendido por el actor sí es de naturaleza funcional, aunado a ello, indicó que es falso que los fallos supra señalados, hayan establecido un lapso de prescripción de diez (10) años, puesto que los mismos solo reconocieron su derecho de demandar la diferencia generada desde el 17 de agosto de 1998 hasta el 11 de diciembre de 2003.

Ahora bien, respecto al alegato del actor consistente en que el presente caso resulta aplicable el artículo 1.977 del Código Civil, debe esta Corte señalar que ya existe un criterio judicial en torno a la

naturaleza funcional de los derechos reclamados por el querellante, resultando por tanto procedente la aplicación de las normas contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública. En efecto, a través de la decisión Nº 2009-165 del 4 de febrero de 2009, Exp., Nº AW42-X-2008-000002, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, estableció lo que a continuación se transcribe:

“...los créditos reclamados por el ciudadano Hugo Romero Quintero (sic), se originan en razón de la existencia de una relación funcional entre este ciudadano y el Banco Central de Venezuela, cuya terminación hizo nacer el derecho a la pensión jubilatoria, en tal sentido, se observa que ya la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia evidenció esta situación en las sentencias *ut supra* mencionadas, señalando que ‘(...) [se faculta al] quejoso de autos a demandar, por vía ordinaria la diferencia que se produjo a su favor desde la oportunidad de su egreso y la decisión que ahora se amplía’ [Corchetes de esta Corte].

Así las cosas, siendo que no existe una previsión que remita el conocimiento jurisdiccional de la presente causa a una Instancia específica, ni a un procedimiento especial, por remisión expresa del artículo 28 de la Ley del Banco Central de Venezuela, encuentra esta Corte que la vía ordinaria para el reclamo de este tipo de créditos es el recurso contencioso administrativo funcional, el cual se encuentra regulado en la Ley del Estatuto de la Función Pública, por lo que cuando la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia señala que el ‘quejoso’ debe acudir a la vía ordinaria, hace referencia al procedimiento ordinario que rige situaciones como la presente, en consecuencia, independientemente la calificación jurídica que el ciudadano Hugo Romero Quintero haya dado al presente recurso, visto el principio iuranovit curia consagrado en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, esta Instancia encuentra que el presente recurso, al estar referido a un ajuste de pensión jubilatoria se regirá por las disposiciones inherentes al recurso contencioso administrativo funcional. Así se declara.

En consecuencia, de conformidad a la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Estatuto de la Función Pública, la primera ins-

tancia llamada a conocer del recurso contencioso administrativo funcionarial son los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital. Por lo tanto, esta Corte ordena la remisión del presente expediente al Juzgado Superior Contencioso Administrativo de la Región Capital que, previa distribución, corresponda. Así se declara..."

Ello así, evidencia esta Corte que la controversia sobre la "vía ordinaria" por la cual ha de tramitarse la presente causa ha sido resuelta por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en la decisión parcialmente trascrita, en virtud de lo cual, debe desecharse el alegato sostenido por el actor, en torno a que en el presente caso, debía aplicarse el artículo 1.977 del Código Civil. Así se decide.

3.- La Diferencia del Derecho Funcionarial del Derecho Laboral
II.- La Ley del Estatuto de la Función Pública 1.-Aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública 2.- Exclusiones de la Ley del Estatuto de la Función Pública A.- Asamblea Nacional B.- Servicio Exterior C.- Poder Judicial D.- Poder Ciudadano E.- Poder Electoral F.- Obreros al servicio de la Administración Pública G.-Seniat H.- Miembros Docentes y Administrativos de las Universidades Nacionales 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.- EL RETIRO Y LA REMOCIÓN

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

31 de enero 2014

Número 000151

Caso: Iris López vs. Fiscalía General de la República

Ponente: María Eugenia Mata

Ahora bien, esta Corte observa que la parte actora alegó en el recurso de apelación, que en la sentencia apelada respecto a la supuesta

inmotivación del acto administrativo cuya nulidad se solicita, el A quo señaló que se desprende del acto impugnado que el Fiscal General de la República en uso de sus atribuciones y facultades para designar los Fiscales del Ministerio Público e igualmente para removerlos, designó a otro profesional del derecho para que ejerza interinamente el cargo de Fiscal Auxiliar en sustitución de la querellante, y es por ello que el iudex A quo estimó que no se configuró el vicio de inmotivación invocado por la actora, ya que del acto se desprenden los razonamientos de hecho y de derecho que tuvo el Fiscal General de la República para dictarlo, no existiendo el vicio de inmotivación aducido, así como tampoco las violaciones invocadas del derecho a la defensa y al debido proceso.

En este sentido, esta Corte observa la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 14 de diciembre de 2001, (caso: Nuria Esperanza Villasmil vs Fiscalía General de la República) en la cual, respecto a la condición de los Fiscales del Ministerio Público con carácter interino, señaló lo siguiente:

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

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

De lo anterior, se desprende la cualidad que ostenta el cargo de Fiscal Auxiliar Interino, esto es, que no goza de la estabilidad de la carrera fiscal, así como también la facultad que tiene el Fiscal General de la República para designar a otra persona distinta de la que viene ejerciendo la suplencia o encargaduría en el cargo determinado, cuando así lo considere conveniente.

Asimismo, observa esta Corte que riel a folio treinta y cinco (35) del expediente judicial, manifestación de voluntad de la querellante a participar en “Concurso de credenciales para la provisión de cargos de Fiscales Auxiliares Interinos”. Adicional a ello, al folio setenta y siete (77) del expediente judicial, riel oficio de notificación N° DSG. 18397 de fecha 23 de mayo de 2000, mediante el cual, de conformidad con lo previsto en el artículo 35 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, se designó a la querellante, como Fiscal Auxiliar de la Fiscalía Quincuagésima Novena del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. En ese sentido, es necesario citar el contenido de la norma supra aludida que es del tenor siguiente:

"En caso de falta absoluta de un determinado Representante del Ministerio Público, que no sean de los señalados en los artículos precedentes, el Fiscal General de la República convocará al suplente respectivo, según el orden de su designación, quien permanecerá en el cargo hasta tanto se provea la vacante, para lo cual deberá abrirse el concurso correspondiente, dentro de los quince (15) días continuos siguientes a aquél en que se produzca la falta absoluta. En el caso de creación de nuevos cargos de ese nivel, el Fiscal General de la República designará a un Fiscal Interino, hasta que se produzca el concurso respectivo".

Así, queda claro que la querellante ingresó al cargo de Fiscal Auxiliar en la Fiscalía Quincuagésima Novena del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, mediante concurso de credenciales convocado por el Fiscal General de la República, para ejercer ese cargo de manera interina, no habiendo para ello realizado el concurso de oposición previsto en la ley, para hacerse de esta forma acreedora del derecho a la estabilidad en el desempeño de ese cargo, motivo por el cual, no resultaba necesario, a los fines de separarla de éste último, incoar previamente un procedimiento administrativo.

Aunado a ello, respecto a la supuesta inmotivación del acto administrativo contenido en la notificación signada con el Nro. DSG-42.740 de fecha 7 de julio de 2004, considera necesario esta Corte señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han establecido que la motivación del acto administrativo consiste en la expresión o señalamientos de las razones de hecho y de derecho que haya tenido el autor del acto para producir el mismo. Así pues, el artículo 9 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece que: "...Los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple trámite, o salvo disposición expresa de la Ley. A tal efecto, deberán hacer referencia a los hechos y a los fundamentos legales del acto...".

De lo anterior se deriva que la motivación de los actos administrativos consiste en la expresión de la circunstancias de hecho y de derecho que justifican la emisión del acto. En este sentido, toda resolu-

ción administrativa resulta motivada cuando contiene los principales elementos de hecho y de derecho, es decir, cuando contemple el asunto debatido y su principal fundamentación legal, de modo tal que el interesado pueda conocer el razonamiento de la Administración para tomar la decisión.

En cuanto a las formalidades del requisito de la motivación del acto, debe señalarse que el hecho de que el mismo no contenga una exposición detallada y analítica de todo cuanto concierne al mismo, no implica la ausencia de los hechos y los fundamentos de derecho del mismo, aún en forma sucinta, conforme al artículo 18, numeral 5, ejusdem.

En abundamiento a lo anterior, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 00420 de fecha 18 de marzo de 2003, (caso: Inspectoría General de Tribunales vs Comisión de funcionamiento del sistema Judicial) estableció lo siguiente: "...Por otra parte, señala la parte recurrente que la decisión en cuestión incurrió en el vicio de inmotivación, al no pronunciarse sobre todos y cada uno de los hechos denunciados por la Inspectoría en su escrito de acusación.

Ahora bien, sobre este vicio se ha pronunciado reiteradamente esta Sala; así en sentencia N° 1.021 del 03 de mayo de 2000, se señaló que: 'En cuanto al vicio de inmotivación alegado por la parte actora, observa esta Sala que ya en anteriores oportunidades ha precisado su criterio sobre los extremos que deben existir para la procedencia de tal denuncia, el cual estima pertinente transcribir a continuación: '...la motivación del acto administrativo no tiene por qué ser extensa, puede ser sucinta, siempre que sea informativa e ilustrativa, y en ocasiones cuando la norma en la cual se apoya el acto sea suficientemente comprensiva y cuando sus supuestos de hecho se correspondan entera y exclusivamente con el caso subjudice, la simple cita de la disposición aplicada puede equivaler a motivación.' (Sentencia N° 344 del 24 de mayo de 1994).

De lo antes expuesto se desprende que lo sucinto no significa la inexistencia de motivación del acto administrativo, pues aun cuando ésta pueda no ser muy extensa, puede ser suficiente para que los

destinatarios del acto conozcan las razones que causaron la actuación de la Administración...”.

Asimismo, la referida Sala, en sentencia de fecha 5 de marzo de 2013, (caso: Fisco Nacional vs Central San Tomé IV, C.A.) sostuvo lo siguiente:

“...La motivación que supone toda resolución administrativa no es necesariamente el hecho de contener dentro del texto que la concreta una exposición analítica o de expresar los datos o razonamientos en que se funda de manera discriminada; pues un acto administrativo puede considerarse motivado cuando ha sido expedido con base en hechos, datos o cifras concretas y cuando estos (sic) consten efectivamente y de manera explícita en el expediente...”.

En este orden de ideas, es menester señalar que si bien es cierto que la motivación del acto administrativo consiste en la ordenada exposición de las razones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a las decisiones administrativas, no es menos cierto, que para que el acto administrativo sea considerado como motivado, no es necesaria la determinación detallada de los elementos fácticos y jurídicos que fundamentan su decisión, ya que basta una indicación breve de la base legal o circunstancias que originan la manifestación de voluntad.

Ahora bien, se desprende de la notificación del acto administrativo cuya nulidad se solicita, lo siguiente: “...Me dirijo a usted, a fin de informarle que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y en ejercicio de los deberes y atribuciones conferidos en el artículo 21 numerales 1 y 3 ejusdem, por Resolución N° 451 de fecha 7 -07-2004 (sic), designé a la Abog. (sic) MONICA (sic) KATIUSKA YÁNEZ PARRA, para que ejerza el cargo de Fiscal Auxiliar en la Fiscalía Primera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, a partir del 18-10-2004(sic). En consecuencia, procedo a sustituirla, en el cargo que por Resolución N° 511 de fecha 18-08-2003 (sic), fue designada...” (Mayúsculas y negrillas de la cita).

En atención a lo anterior, se desprende que el razonamiento que sustenta la decisión administrativa notificada según oficio N° DSG-

42.740 de fecha 7 de julio de 2004 y objeto de impugnación, se encuentra suficientemente explicado en la Resolución N° 451 de la misma fecha, razón por la cual aprecia esta Alzada que dicho acto se encuentra motivado.

Por tanto, considera esta Corte que el A quo desechó acertada y correctamente la inmotivación imputada al acto administrativo recurrido, ya que expresó las razones por las cuales apreció la inexistencia del vicio de inmotivación aducido por la querellante, por lo que esta Corte considera que en el presente caso no existe violación alguna al ordinal 4º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide

Ahora bien, con respecto al vicio de incongruencia, señala esta Corte que conforme a lo previsto en el ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, toda sentencia debe contener "... decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas...". Así, la Doctrina ha definido que: expresa, significa que la sentencia no debe contener implícitos ni sobreentendidos; positiva, que sea cierta, efectiva y verdadera sin dejar cuestiones pendientes; y precisa, sin lugar a dudas, incertidumbres, insuficiencias, oscuridades ni ambigüedades. La omisión del aludido requisito constituye el denominado vicio de incongruencia de la sentencia, cuya congruencia se verifica por el cumplimiento de dos reglas básicas para el sentenciador, a saber: 1) decidir sólo sobre lo alegado y 2) decidir sobre todo lo alegado. Este requisito deviene de la aplicación del principio dispositivo contemplado en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, conforme al cual el juez debe decidir ateniéndose a lo alegado y probado en autos. De esta manera, si el juez en su fallo resuelve sobre un asunto que no forma parte del debate judicial, se incurre en incongruencia positiva; y si por el contrario, deja de resolver algún asunto que conforma el problema judicial debatido, se incurre en incongruencia negativa.

Sobre este particular, la doctrina procesal y la jurisprudencia patria han dejado asentado que, esta regla del ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, contentiva del principio de la

congruencia, contiene implícito el principio de exhaustividad, que se refiere al deber que tienen los jueces de resolver todas y cada una de las alegaciones que constan en las actas del expediente, siempre y cuando, estén ligadas al problema judicial discutido, o a la materia propia de la controversia.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° 01996 de fecha 25 de septiembre de 2001, (caso: Contraloría General de la República vs. Inversiones Branfema, S.A.), se pronunció en este sentido, estableciendo que:

“...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 presencia 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...”. En este mismo sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 1177 de fecha 1 de octubre de 2002, (caso: PDVSA Petróleo y Gas, S.A. vs Consejo Directivo del IVSS) señaló:

“...A tenor de lo dispuesto en el ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, toda sentencia debe contener una ‘decisión expresa, positiva y precisa con arreglo a la pretensión deducida y a las excepciones o defensas opuestas, sin que en ningún caso pueda absolverse la instancia’; consiguientemente y para cumplir con el anterior requisito de forma, toda declaración judicial debe ser dictada de manera tal que resulte de fácil comprensión de manera cierta y efectiva la controversia ventilada, en el entendido que se baste a sí misma, o dicho en otros términos, que resulte exhaustiva respecto a todos los pedimentos hechos valer por las partes en el proceso, logrando así la solución efectiva del asunto objeto de contención.

...Omissis...

...respecto al señalado requisito establecido en el ordinal 5º del artículo 243, debe indicarse que si el Juzgador en la sentencia no resuelve de manera clara y precisa, todos aquellos puntos que forman parte del debate, vulnera con su decisión el principio de exhaustividad, incurriendo en el denominado vicio de incongruencia, el cual surge cuando dicho juzgador altera o modifica el problema judicial debatido entre las partes, bien porque no resuelve sólo lo alegado por éstas, o bien porque no resuelve sobre todo lo alegado por los sujetos del litigio...”.

Con fundamento en el contenido de las mencionadas sentencias y del estudio del expediente esta Corte constata, que en la decisión apelada, el A quo se pronunció respecto al alegato de estabilidad esgrimido por el querellante con fundamento en lo previsto en la Ley Orgánica del Ministerio Público, razón por la cual a criterio de esta Corte, el Tribunal de instancia no incurrió en el vicio de incongruencia. Así se decide.

III.- DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.- DERECHO A LA PRESTACIÓN DE ANTIGÜEDAD

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

22 de enero 2014

Número 000034

Caso: Irene Marcano vs. Alcaldía del municipio Sucre del estado Miranda

Ponente: Marisol Marín Rodríguez

En este mismo sentido, la Ley del Estatuto de la Función Pública consagra en su artículo 28, lo 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”.

La remisión del sistema estatutario a la Ley Orgánica del Trabajo, debe realizarse atendiendo a la interpretación, como se indicó anteriormente, que mejor convenga y que mejor desarrolle los derechos que están consagrados constitucionalmente, entre ellos, el derecho al trabajo y el derecho a percibir una prestación de antigüedad con ocasión de los servicios prestados (Vid. sentencia dictada por esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en el Expediente Nº AP42-R-2012-000734 (caso: Ivonne Antonia Antillano Suárez Vs. Alcaldía del Municipio Autónomo de Sucre del estado Bolivariano de Miranda).

En razón a las consideraciones precedentemente expuestas, debe traerse a colación que la derogada Ley Orgánica del Trabajo entró en vigencia el 19 de junio de 1997 y la misma establecía en su artículo 133 lo siguiente:

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

A tal efecto, es importante señalar que la noción de salario integral es un término que aparece recogido en el artículo 133 de la hoy derogada Ley Orgánica del Trabajo de 1997, el cual ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de la Sala de Casación Social de la Máxima Instancia, y a diferencia del salario normal, este último se encuentra “...conformado por cualquiera de las prestaciones establecidas que reciba el trabajador en forma regular y permanentemente con ocasión a la prestación del servicio –‘salario normal’-, mas las derivadas de la prestación de antigüedad, y con la inclusión de las alícuotas de bono vacacional y utilidades...” (Vid. Sentencia Nº 1.901, de fecha 16 de noviembre de 2006, caso: Antonio Testa Domí-

nicancela, Vs. Sociedad Mercantil Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A.).

Ahora bien, mediante sentencia Nº 147 de fecha 17 de febrero de 2009 (caso: Compañía Anónima Nacional de Teléfonos de Venezuela, C.A. -CANTV-), la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia reafirmó su criterio pacífico y reiterado relativo a que la prestación de antigüedad en el nuevo régimen laboral, a que alude el artículo 108 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo (1997), debe ser cancelada sobre la base del salario integral, señalando al efecto que:

“En atención a los criterios jurídicos precedentemente expuestos, advierte la Sala que el ‘salario integral’, está conformado por cualquiera de las prestaciones establecidas que reciba el trabajador en forma regular y permanente con ocasión a la prestación del servicio -‘salario normal’-, mas las derivadas de la prestación de antigüedad, y con la inclusión de las alícuotas de bono vacacional y utilidades; tal como lo asentó esta Sala, en sentencia Nº 1901 de fecha 16 de noviembre de 2006 (caso: Antonio Testa Dominicancela, contra la sociedad mercantil Coca-Cola Femsa de Venezuela, S.A).

(...) todo lo que perciba el trabajador de manera habitual con motivo de los servicios prestados, en su respectiva jornada personal, no sujeta a una calificación especial prevista en la Ley que permita afirmar lo contrario, debe entenderse que corresponde a retribución de su trabajo ordinario, y en tal sentido, formará parte tanto del salario integral como del salario normal. Conceptualizados los términos de ‘salario normal’ y ‘salario integral’, debe esta Sala precisar sus efectos prácticos. Así, constituye criterio reiterado que los conceptos de vacaciones, bono vacacional y utilidades, en aplicación de los artículos 145 y 174 de la Ley Orgánica del Trabajo, deben ser calculados con base al ‘salario normal’; mientras que la prestación de antiguedad y las indemnizaciones derivadas de la terminación del vínculo laboral, en sujeción a los artículos 108 y 146 eiusdem, deben ser pagadas con base al ‘salario integral’...”.

De manera pues, que tanto el concepto de salario integral como la definición de salario normal, son dos términos que deben manejarse

de forma distinta a los efectos del pago de la prestación de antigüedad que tenga acreditado todo funcionario público con ocasión al tiempo en la prestación efectiva de sus servicios (por remisión expresa del artículo 28 de la Ley del estatuto de la Función Pública), puesto que la noción de salario integral a emplearse para la cancelación de la prestación de antigüedad que tenga un determinado empleado público, sólo es aplicable al nuevo régimen prestacional, es decir, en atención a lo previsto en el artículo 108 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo (1997), mientras que el concepto de salario normal es el que debe ser utilizado para el finiquito de la prestación de antigüedad generada en el régimen anterior, es decir, con ocasión a la ley laboral de 1990, la cual se encuentra expresamente establecida en cuanto a su forma de pago en el literal a) del artículo 666 ejusdem (Vid. Sentencia N° 2012-1339, de fecha 11 de julio de 2012, dictada por la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo caso: Jarry Antonio Montilla Salina Vs Gobernación del estado Apure).

2.- DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

7 de abril 2014

Número 000548

Caso: Ingrid Rangel vs. Superintendencia Municipal de Administración Tributaria

Ponente: Efrén Navarro Cedeño

Efectivamente, si la trabajadora se encontraba amparada por el fuero maternal, el acto de su remoción resulta viciado y, por ende, mal podría tener una eficacia diferida hasta un año después, cuando hubiere cesado la inamovilidad por fuero maternal; y ello es así, por cuanto el acto por el cual se remueve de su cargo a una funcionaria protegida por fuero maternal, contraría normas constitucionales (artículos 75 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y legales (artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo

entonces vigente), y por tanto está viciado de nulidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, y de ser anulado por la jurisdicción contencioso-administrativa, retrotrae la situación del administrado al momento previo de la emisión de dicho acto írrito, que en este caso sería la reincorporación de la funcionaria al cargo del cual fue removida y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir hasta la fecha de su efectiva reincorporación.

Así las cosas, no le era dable a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el sustituirse en la Administración y hacer una consideración en cuanto al fenecimiento temporal o no del fuero maternal, pues su competencia estaba limitada a conocer del recurso de apelación interpuesto por la representación de la Procuraduría General de la República y verificar la ilegalidad o no del acto de remoción de la actora, pero no excederse en sus facultades de juzgar, extralimitándose en sus funciones, al punto de relativizar la protección del fuero maternal, a la posibilidad de permitir al patrono despedir a la trabajadora indemnizándola con el pago del equivalente a las remuneraciones debidas durante un año de trabajo.

En efecto, para toda remoción de cualquier cargo o puesto de trabajo se debe esperar que culmine el estado de gravidez y se hayan extinguido los correspondientes permisos pre y post-natal. En otras palabras, la desvinculación del servicio debe posponerse por el lapso que falte del embarazo y una vez verificado el agotamiento de los permisos que la legislación especial prevé, caso contrario la remoción es ilegal y se estaría atentando contra el postulado de los artículos 75 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; lo cual ocurrió en el caso de marras, ya que en el presente caso se evidencia que la recurrente se encontraba en período de inamovilidad para el momento en que la Administración dictó el acto de remoción, pues si bien el cargo que desempeñaba era de libre nombramiento y remoción (Secretaría del Tribunal) gozaba de la protección que establecen los artículos supra mencionados de la Carta Magna, pues aún estaba en vigencia el año de inamovilidad

que establecía el entonces aplicable artículo 384 de la Ley Orgánica del Trabajo.

3.- PRESTACIONES SOCIALES

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

28 de enero 2014

Número 000055

Caso: Yamileth Palomo vs. Instituto de Vivienda y Habitad del estado Miranda

Ponente: Alexis Crespo Daza

En este sentido, esta Corte mediante decisión Nro. 2010-1065 de fecha 14 de febrero de 2011, (caso: Zoila Erina Arévalo Vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación) estableció lo siguiente:

“(...) Siendo evidente para esta Corte, que existió un retardo en el pago de las prestaciones sociales, en razón de lo cual resulta necesario para esta Alzada acotar que 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-, 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.

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 pago de los intereses moratorios generados por la suma no pagada oportunamente al querellante (...) por lo tanto, el Ministerio del Poder Popular para la Educación deberá pagar los intereses de mora por el retardo en el pago de las prestaciones sociales a la querellante (...). Así se decide”.

Por las razones antes expuestas, este Órgano Jurisdiccional, comparte el criterio sostenido por el iudex a quo en el fallo objeto de consulta, dictado el 31 de enero de 2013, donde se condena al Instituto de Vivienda y Hábitat del estado Miranda (INVIHAM) al pago

de los intereses moratorios generados por el retardo en el pago de las prestaciones sociales a la querellante, a calcularse desde el 17 de febrero de 2010 (fecha de retiro por reducción de personal de la ciudadana Yamileth Palomo), hasta el efectivo pago de las prestaciones sociales, esto es, en fecha 7 de abril de 2010, (tal como se desprende del folio 250 del expediente administrativo), por tanto, el Instituto querellado deberá sufragar los intereses de mora por el retardo en el pago de las prestaciones sociales a la recurrente, con base a la tasa promedio entre la activa y la pasiva fijada por el Banco Central de Venezuela, tomando como referencia los seis principales bancos del país conforme a lo previsto en el literal "C" del artículo 108 de la derogada Ley Orgánica del Trabajo de 1997, aplicable rationae temporis...

4.- INDEXACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

22 de enero 2014

Número 000033

Caso: Magdalena de Rodríguez vs. Ministerio del Poder Popular para la Educación

Ponente: Marisol Marín Rodríguez

Respecto a la indexación, se hace necesario indicar 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 susceptible de ser indexados por 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

5 de febrero 2014

Número 000128

Caso: Alejandro Armas vs. Alcaldía del municipio Sucre del estado Miranda

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Con relación a la indexación de lo solicitado por el recurrente, resulta oportuno para esta Corte destacar que mediante sentencia Nro. 636 de fecha 10 de junio de 2004, [caso: "David Antonio Castillo contra el Ministerio de Relaciones Interiores" -hoy Ministerio del Interior y Justicia-], emanada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, la precitada Sala estimó que:

"Ciertamente, el incumplimiento voluntario de las obligaciones laborales genera, en cabeza del deudor, la obligación de reparar los daños y perjuicios por la falta de pago; esta reparación consiste en todo caso, en el pago de intereses.

En razón de lo expuesto, juzga la Sala procedente ordenar el pago de los intereses calculados al 12% anual, respecto de los montos adeudados tanto de la diferencia dejada de percibir por concepto de pensión de jubilación, así como por concepto de las prestaciones sociales, por cuanto se trata de deudas de valor que deben ser canceladas tal como se contrajeron y no desvalorizadas por efecto de la inflación. Así se decide.

En lo que atañe a la corrección o indexación monetaria, esta Sala niega tal pedimento por considerar que una vez acordados los intereses derivados del incumplimiento, su procedencia implicaría una doble reparación por daños y perjuicios, tal como lo ha señalado en ocasiones similares a la de autos. (Vid. sentencia N° 00457 de fecha 25 de marzo de 2003). [Resaltado de esta Corte].

Asimismo, tal criterio fue reiterado por dicha Sala en sentencia N° 202 del 7 de febrero de 2007, la cual a su vez fue ratificada en sentencia Nro. 078 de fecha 27 de enero de 2010, [caso: "Víctor Manuel Zuloaga contra el Ministro del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda"] por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, donde se estableció que:

Precisada como ha sido la nulidad del ajuste de la pensión de jubilación determinada por el entonces Ministro de Infraestructura, y al

apreciarse que el petitorio recursivo contiene pretensiones pecuniarias relativas a las diferencias por concepto de pensión de jubilación y pasivos laborales que, precisamente, da lugar la errónea aplicación del Decreto N° 1.786; esta Sala, de conformidad con los poderes que le otorga el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como el aparte 17 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela; ordena, previa la verificación del cargo desempeñado por cada recurrente y el cumplimiento de los requisitos de ley, lo siguiente:

[...Omissis...]

Finalmente, con relación a la solicitud de indexación del capital adeudado a la parte actora, al haber sido acordado el pago de los intereses moratorios no resulta procedente esa petición, por cuanto ordenar simultáneamente la corrección monetaria y el pago de los intereses moratorios generados implicaría, en criterio de esta Sala, una doble indemnización (Vid., entre otras, sentencia de esta Sala N° 202 del 7 de febrero de 2007). Por esta razón, tal petición debe ser desechada. Así se declara. [Resaltado de esta Corte].

En atención al criterio jurisprudencial parcialmente transcrita, cuando se habla de intereses moratorios por retardo en el pago de prestaciones sociales de funcionarios públicos, acordar la indexación o corrección monetaria sobre las cantidades adeudadas, implicaría un pago doble de tal concepto por ser susceptibles de generar intereses de mora ante el evidente incumplimiento oportuno en su otorgamiento, tal y como lo establece el reiterado criterio jurisprudencia antes esbozado.

Así pues, en el caso que nos ocupa, mal podría esta Corte acordar la indexación o corrección monetaria sobre el monto total que le corresponde por prestaciones sociales al demandante, cuando en principio dichos pasivos laborales son susceptibles de generar intereses moratorios en caso de un incumplimiento, lo cual implicaría un pago doble de ese concepto. Por tal motivo esta Alzada desestima la presente denuncia. Así se decide.

IV.- EL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE PERSONAL

1.- EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

17 de febrero 2014

Número 000228

Caso: Carlos Enrique Torres vs. Fiscalía General de la República

Ponente: Gustavo Valero Rodríguez

Primeramente, sobre el período de prueba este resulta equiparable con la evaluación de desempeño prevista en los artículos 62 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en consecuencia debemos dirigirnos al significado de evaluación, consultando el Diccionario de la Real Academia Española respecto de lo que debe entenderse por ella, siendo posible encontrar equivalencias en torno al contexto de valor, ya que se aceptan los verbos evaluar y valorar para “calcular o fijar el valor de”, “asignar a algo un valor correspondiente a una estimación” lo cual puede dar a entender la idea de “calificar”, “cuantificar”, “ponderar”, “apreciar”, “estimar”, “tasar”, términos que en cierto sentido son sinónimos, dependiendo de la materia o forma que se apliquen. (Vid. Sentencia de esta Corte número 2009-1442 de fecha 12 de agosto de 2009, caso: Gilberto Bustamante Marín Vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria).

No obstante, para poder apreciar, estimar o tasar el desempeño de un funcionario en período de prueba, cada funcionario debe conocer con antelación los objetivos que deben alcanzar, el sistema de evaluación y los resultados periódicos del seguimiento de su trabajo en el referido período, es decir, debe realizarse una evaluación del desempeño en el puesto de trabajo, y esta evaluación debe servir para determinar la capacidad individual de productividad, para comprobar su afinidad con el entorno laboral y con el propio cargo a desempeñar, así como para estipular sus necesidades de formación complementaria, y finalmente su capacidad de ejecución de las

tareas asignadas de un modo satisfactorio con respecto a las necesidades del órgano evaluador. (Vid. Sentencia de esta Corte número 2009-1442 de fecha 12 de agosto de 2009, caso: Gilberto Bustamante Marín Vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria).

Ahora bien, como todo acto administrativo, la evaluación a la cual es sometido un funcionario público en período de prueba está sueditada al cumplimiento de los requisitos constitucionales y legales establecidos, dentro de los que se destaca, el derecho a la defensa, el cual condiciona la validez del acto administrativo (Vid. Sentencia de esta Corte número 2008-1560 de fecha 12 de agosto de 2008, caso: Banco Exterior Vs. Instituto para la Defensa y Educación al Consumidor y al Usuario).

Ello así, resulta oportuno traer a colación la Sentencia número 01348, del 29 de octubre del año 2008, dictada por la Sala Político Administrativa (Accidental) del Tribunal Supremo de Justicia, que analizando un caso de evaluación de ingreso a la Administración Pública señaló que:

“Respecto a la violación al debido proceso, ha sido pacífico y reiterado el criterio de esta Sala en cuanto a que los derechos a la defensa y al debido proceso comprenden: el derecho a ser oído, puesto que no podría hablarse de defensa alguna, si el administrado no cuenta con esta posibilidad; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa, a los efectos de que le sea posible al particular presentar los alegatos que en su defensa pueda aportar al procedimiento, más aún si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; el derecho a tener acceso al expediente, con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento las actas que lo componen; el derecho que tiene el administrado a presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración; el derecho que tiene toda persona a ser informada de los recursos y medios de defensa y, finalmente, el derecho a recibir oportuna respuesta a sus solicitudes (vid., entre otras, sentencias de esta Sala Nros. 4.904 del 13 de julio de 2005 y 00827 del 31 de mayo de 2007)” [Resaltado de esta Corte].

En tal sentido, ha señalado la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia mediante Sentencia número 01541 de fecha 4 de julio de 2000, expediente número 11317, que:

“[...] la violación del derecho a la defensa se produce cuando los interesados no conocen el procedimiento que pueda afectarles, se les impide su participación en él o el ejercicio de sus derechos, o se les prohíbe realizar actividades probatorias, o no se les notifican los actos que les afectan lesionándoles o limitándoles el debido proceso que garantizan las relaciones de los particulares con la Administración Pública” [Negrillas de esta Corte].

En colorario de lo anterior, debe señalar esta Corte que toda evaluación debe estar diseñada: i) para conocer el nivel, calidad y eficiencia del funcionario en el ejercicio de sus funciones; ii) Como acto que eventualmente pueda afectar la esfera jurídica del funcionario, dicha evaluación debe respetar el derecho a la defensa de los funcionarios evaluados, pues de lo contrario se estaría atentando contra el derecho a la tutela judicial efectiva que todo ciudadano tiene según el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, razón por la cual cuando la Administración Pública emprende períodos de evaluación debe garantizar al evaluado, que éste pueda ejercer los recursos legalmente preconstituidos, a fin de garantizar la transparencia de tales procedimientos, ya que de estas evaluaciones surgen actos administrativos que sin duda deben ser objeto de tutela para garantizar así la defensa del Funcionario evaluado en período de prueba. Así mismo, debe indicarse que la Administración antes de revocar el nombramiento como consecuencia de un resultado negativo de la evaluación a un funcionario sometido a período de prueba, debe notificarle los resultados obtenidos por este, y permitirle ejercer su derecho a la defensa. (Vid. Sentencia de esta Corte número 2009-1442 de fecha 12 de agosto de 2009, caso: Gilberto Bustamante Marín Vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria).

En esta perspectiva y concatenado con lo anterior, debe esta Corte indicar, que el Estatuto del Personal del Ministerio Público aprobado mediante Resolución número 60 por el Fiscal General de la

República el 4 de marzo de 1999, establece en su artículo 8, lo siguiente:

“Artículo 8: Todo aspirante a ingresar al Ministerio Público, quedará sometido a un período de prueba de dos (2) años, durante el cual será evaluado por su superior jerárquico inmediato. De no aprobar esa evaluación, se procederá a su retiro de la institución. El supervisor inmediato evaluará al funcionario en periodo de prueba, con fundamento en la calificación continua y documentada de su desempeño”.

Del artículo anterior, se desprende que en efecto, aquel aspirante a ingresar al Ministerio Público, debe hacerlo como consecuencia de la realización de la evaluación y aprobación satisfactoria del período de prueba de dos (2) años.

Ello así, resulta pertinente traer a colación lo contemplado en la Ley del Estatuto de la Función Pública aplicable supletoriamente, que en su artículo 62 establece:

“Artículo 62: Para que los resultados de la evaluación sean validos, los instrumentos respectivos deberán ser suscritos por el supervisor o supervisora inmediata o inmediato o funcionario o funcionaria evaluador y por el funcionario o funcionaria evaluado. Este último podrá hacer las observaciones escritas que considere pertinente.

Los resultados de la evaluación deberán ser notificados al funcionario evaluado, quien podrá solicitar por escrito la reconsideración de los mismos dentro de los cinco días hábiles siguientes a su notificación. La decisión sobre el recurso ejercido deberá notificarse por escrito al evaluado. En caso de esta decisión incida económica mente en el ejercicio fiscal respectivo, el organismo correspondiente deberá notificarlo al Ministerio de Planificación y Desarrollo”. [Resaltado de esta Corte].

De lo anterior, se desprende que en efecto existen unos parámetros mínimos, que determinan el procedimiento para evaluar al funcionario nombrado en período de prueba, entre los cuales se destaca la obligación de la Administración, de evaluar al ciudadano, asimismo, resulta relevante destacar que el supervisor inmediato evaluará de manera continua e instrumentada, refiriéndose esto último, a

que deberá dejarse constancia escrita del tipo de evaluación, y sus resultados expresados en el sistema que se haya diseñado para ello, que demuestren el desempeño del funcionario durante este período.

Igualmente, se aprecia del contenido de los artículos previamente citados, que una vez realizada la evaluación el supervisor inmediato, o el evaluador, informará de la misma por escrito, al funcionario sometido a período de prueba, es decir, deberá dejarse constancia escrita de que el funcionario bajo condición de evaluación o período de prueba fue informado plenamente de los resultados de su evaluación debiendo este último, en todo caso firmar como constancia de recibo en la “planilla formato” que exista para tal fin o en su defecto, en comunicación que contenga los resultados del período evaluado con la especificación necesaria que permita al funcionario bajo régimen de período de prueba, apreciar en detalle los resultados, métodos y parámetros empleados para evaluarlo.

Dentro de este marco de ideas, se desprende que todo Funcionario Público tiene derecho a ser evaluado y a participar del conocimiento de los resultados que su evaluación arroje, especialmente respecto de aquellos resultados que generen un gravamen en sus derechos, caso en el cual se requiere que dicha notificación sea realizada de un modo formal, siendo que en este caso, la Ley del Estatuto de la Función Pública en su artículo 62 contempla un recurso de reconsideración que puede ejercer dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de los resultados de la valoración, para que éste (el evaluado) pueda refutarlos en caso de no estar de acuerdo con los mismos, garantizándole de esta manera su derecho a la defensa, el cual está consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Determinado lo anterior, resulta pertinente corroborar si durante el período de evaluación se cumplió con los anteriores parámetros, a tal efecto se aprecia:

Riel a los folios treinta y dos (32) al treinta y tres (33) del expediente administrativo, copias simples de las planillas de “EVALUACIÓN DE DESEMPEÑO PERSONAL PROFESIONAL, TÉCNICO Y

EMPLEADO PERÍODO DE PRUEBA”, cuyos períodos de evaluación correspondían a los días 01 de julio de 2010 al 20 de septiembre de 2010, asimismo se desprende el nombre del evaluador “González Ramírez Yohny José”; cuyo cargo era Fiscal Principal 104º; igualmente, se observa que la persona evaluada fue el ciudadano Torres Carlos, cuyo cargo era el de Asistente Administrativo I, adscrito a la Fiscalía 104º del Ministerio Público; de dicha planilla se desprende que el evaluado se negó a firmar, no obstante el evaluador firmó la misma en el renglón ubicado en la parte inferior izquierda de la planilla, en fecha 21 de septiembre de 2010.

Cursa al folio veintisiete (27) del expediente administrativo, copia certificada del comunicado DRH-DRL-557-2010 de fecha 30 de septiembre de 2010, mediante el cual la Directora de Recursos Humanos de ese Organismo le informó al ciudadano Carlos Enrique Torres Rojas, que “encontrándose usted en período de prueba, obtuvo resultado de evaluación negativo, de conformidad con lo previsto en el Parágrafo Segundo del Artículo 8 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, por lo que la Máxima Autoridad del Organismo, mediante la Resolución No. 1429 de fecha 27 de septiembre de 2010, resolvió revocar el nombramiento provisional de Asistente Administrativo I, que venía desempeñando en la Fiscalía 104 del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, desde el 02 de febrero de 2009 [...]. [Negrillas y subrayado de esta Corte].

Habida cuenta de esto, se procede a verificar el cumplimiento de los requisitos antes desarrollados sobre las evaluaciones:

Siendo que, en primer lugar se verifica en el instrumento evaluador la disagregación de las competencias a evaluar mediante varios ítems, los cuales a su vez poseen para cada uno un espacio que indica la calificación del evaluado en el cumplimiento de ellos por parte del evaluador por lo cual se cumple plenamente con la correcta apreciación del desempeño del funcionario en período de prueba, siendo que acá el funcionario conoce con antelación los objetivos que debe alcanzar, y el sistema de evaluación del seguimiento de su trabajo en el referido período, permitiéndose con este instrumen-

to la realización de la evaluación del desempeño en el puesto de trabajo, siendo capaz de determinarse la capacidad individual de productividad, para comprobar su afinidad con el entorno laboral y con el propio cargo a desempeñar.

Dentro de este orden de ideas, esta Corte considera importante señalar lo que se desprende de la planilla de evaluación (Vid. folios 32 al 33 del expediente administrativo), con respecto a las competencias a evaluar, lo cual es del tenor siguiente:

“[...] COMPETENCIAS A EVALUAR

COMPROMISO INSTITUCIONAL: Conducta ajustada a las normas, procedimientos y principios de la organización (puntualidad, asistencia, imparcialidad, independencia, idoneidad, transparencia, excelencia y celeridad).

CANTIDAD DE TRABAJO: Volumen de trabajo producido efectivamente, en relación a los requerimientos del cargo, tiempo, normas, criterios establecidos y recursos disponibles.

CALIDAD DE TRABAJO: Trabajo producido con exactitud y confiabilidad de acuerdo con los objetivos-metas, tiempo establecido y recursos disponibles.

COMUNICACIÓN EFECTIVA: Habilidad para trasmitir, recibir y comprender información, instrucciones e ideas en forma verbal y/o escrita de manera clara, precisa y oportuna.

RELACIONES INTERPERSONALES: Habilidad para establecer y mantener relaciones armónicas y productivas en función del trabajo dentro y fuera del Organismo.

ACTUALIZACIÓN PROFESIONAL: Interés demostrado en mantenerse al día en los conocimientos relacionados con su actividad profesional, fortaleciendo de ese modo el desempeño de sus funciones.

PROACTIVIDAD: Capacidad y actitud para desarrollar actividades por cuenta propia al anticiparse a situaciones o circunstancias laborales en forma efectiva, con un mínimo de instrucciones y sin necesidad de supervisión continua.

TRABAJO EN EQUIPO: Disposición para trabajar con superiores, subalternos y compañeros de manera armónica e integral con el fin de asegurar el logro de objetivos.

RESPONSABILIDAD: Cumplimiento efectivo de las funciones inherentes al cargo. Disposición para asumir de manera responsable y comunicar oportunamente a su supervisor inmediato, cualquier circunstancia u obstáculo presentado para el logro de objetivos.

COOPERACIÓN: Disposición para colaborar voluntariamente con sus compañeros en la ejecución de actividades relacionadas directa o indirectamente con el área de trabajo. [Negrillas del original].

De lo antes transrito, se observa que cada una de las competencias al momento de ser evaluadas por el evaluador se encontraban plenamente delimitadas en las planillas de evaluación, las cuales contenían cuadros cuantificadores para cada competencia respecto al cumplimiento de las mismas (las cuales contemplaban desde deficiente, regular, bueno, muy bueno hasta excelente) a través de una evaluación cualitativa (mediante las competencias a evaluar).

Finalmente, con respecto al criterio señalado por esta Corte en sentencia número 2009-1442, de fecha 12 de agosto de 2009, se evidencia el relleno de todos los campos necesarios del instrumento, al igual que la indicación de calificación obtenida, así como el período a ser evaluado, permitiendo corroborar la legalidad de la decisión contenida en el acto administrativo cumpliéndose con el requisito de una evaluación instrumentada.

De lo antes expuesto, no se verificó que al ciudadano Carlos Torres se le impidiera ejercer el recurso de reconsideración respecto de los resultados de la evaluación previo a la revocatoria de su nombramiento, siendo que de sus dichos los cuales rielan al folio cuatro (4) del expediente judicial, expresó que “[...] en fecha 17 de septiembre del año 2010, el ciudadano Fiscal 104 [...] abogado Yohhny González [...] [le] presentó el formato identificado ‘Evaluación de Desempeño’ que es el instrumento utilizado para evaluar el desempeño laboral del personal del Ministerio Público, -inclusive para evaluar al personal en período de prueba”, es decir se encontraba en pleno conocimiento del instrumento por medio del cual iba a ser evaluado, y en todo caso de encontrarse en desacuerdo con la decisión de la Administración, estaba dentro de su proceder ejercer el Recurso

Administrativo conforme a lo establecido en el artículo 94 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

De lo anterior, determina esta Corte, que no se verificó que se encuentre presente la violación de la garantía al debido proceso y el derecho a la defensa, siendo que la sola falta de notificación previa de los resultados, a la revocatoria de nombramiento no es suficiente ya que como quedó claro anteriormente en caso de encontrarse en desacuerdo con la evaluación ejercer el recurso de reconsideración respecto de los resultados de la misma, siendo esto así, en consecuencia debe ser declarado improcedente el vicio alegado por cuanto resulta evidente que en efecto la Administración Pública no incumplió con su obligación de notificar previamente al funcionario bajo período de prueba del resultado de su evaluación. Así se decide.

V.- LAS SITUACIONES ACTIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.- EL TRASLADO

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

10 de febrero 2014

Número 000142

Caso: América de Los Angeles Lucena vs. Ministerio del Poder Popular para el Servicio Penitenciario

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

En este sentido, esta Corte considera oportuno emprender unas breves consideraciones con respecto a la figura del traslado de un funcionario público, esta tiene la característica de permanencia ya que puede realizarse dentro de la misma localidad o en una distinta. Estableciéndose expresamente, que se considerará que el traslado es de una a otra localidad cuando sea necesario que el funcionario cambie su lugar de residencia, en cuyo caso, deberá mediar la voluntad del funcionario como regla general, salvo las excepciones.

nes previstas en el artículo 80 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, en cuyo caso, el organismo está en la obligación de cancelar los gastos que se originen por los conceptos expresamente previstos en el artículo 82 ejusdem.

Visto lo anterior, es menester señalar que el artículo 52 de la extinta Ley de Carrera Administrativa y los artículos 78 al 82 del Reglamento de dicha ley, publicado en la Gaceta Oficial N° 2.905 Extraordinario de fecha 18 de enero de 1982, tratan el tema, en igualdad de términos que la hoy vigente Ley del Estatuto de la Función Pública, los cuales rezan así:

“Artículo 52.- Por razones del servicio, los funcionarios de carrera podrán ser trasladados dentro de la misma localidad de un cargo a otro de la misma clase, siempre que no se disminuya su sueldo básico y los complementos que puedan corresponderle. Cuando se trate de traslado de una localidad a otra, éste deberá realizarse de mutuo acuerdo con las excepciones que por necesidades del servicio determine el Reglamento. Todo traslado deberá ser participado a la Oficina Central de Personal”.

“Artículo 78. Los funcionarios públicos podrán ser trasladados por razones de servicio, dentro de la Administración Pública Nacional, de un cargo a otro de igual o similar clase y remuneración.

La aceptación del funcionario debe constar por escrito si se trata de una clase de cargo distinta de la del funcionario trasladado.

Los traslados podrán realizarse dentro de la misma localidad o a una distinta. Se considerará que el traslado es de una localidad a otra cuando se haga necesario el cambio del domicilio del funcionario.

Las zonas metropolitanas se considerarán como una sola localidad.

Artículo 79. Si la localidad no coincide con una ciudad o población, la máxima autoridad del organismo, previo informe de la Oficina de Personal, señalará en el movimiento de personal el área de ejercicio del cargo.

Artículo 80. El traslado de una localidad a otra debe hacerse de mutuo acuerdo entre el funcionario y el organismo respectivo, salvo fuesen medien las siguientes razones de servicio:

1. Urgencia de cubrir vacantes que comprometan el funcionamiento del servicio.
2. Experiencia y especiales condiciones profesionales del funcionario que hagan necesaria la prestación de sus servicios en determinada localidad o región.
3. Traslado de dependencias administrativas.
4. Inexistencia del personal calificado necesario en la localidad respectiva.

Artículo 81. Cuando sea posible escoger entre varios funcionarios, la autoridad administrativa tomará en cuenta las condiciones familiares y circunstancias personales de cada uno de ellos.

Artículo 82. Si el traslado se produce de una localidad a otra, el organismo sufragará al funcionario los gastos que se originan por concepto de:

1. Pasajes del funcionario, de su cónyuge, de los ascendientes y descendientes bajo su inmediata dependencia que deban trasladarse con él.
2. Flete por servicio de transporte terrestre de los efectos personales, enseres y demás artículos del hogar hasta por cinco mil kilogramos de carga.
3. Una bonificación equivalente a un mes de sueldo.

El organismo de origen hará el pago salvo que el traslado se hubiese producido a solicitud del organismo de destino.

Artículo 83. Los miembros de la Junta Directiva del Sindicato, dentro de los tres días laborables siguientes a su elección, durante el ejercicio de sus cargos y de los tres meses siguientes a la pérdida de su carácter de miembro, no podrán ser trasladados ni enviados en comisión de servicio”.

Del contenido de los referidos preceptos se infiere que el “Traslado” es la designación de un funcionario de carrera para que desempeñe, en forma permanente y por razones de servicio, en su mismo organismo o en otro de la Administración Pública Nacional, bien sea en la misma localidad o en otra diferente, un cargo de igual clase al que viene desempeñando sin que se le disminuya el sueldo básico y las compensaciones que tuviere asignadas.

Sobre el particular, esta Corte ha señalado que el traslado puede ser acordado por la Administración Pública de forma unilateral, siempre y cuando se realice dentro de la misma localidad, ello es; que no implique cambio de domicilio, y conserve o mejore las condiciones en las que se encontraba para el momento del referido traslado [Vid. sentencia de esta Corte N° 2007-1812 del 24 de octubre de 2007].

De lo anterior, conviene destacar que se concibe el traslado como el cambio de un funcionario por razones de servicio de un cargo del cual es titular a otro de la misma clase o similar clase y remuneración, sin que se disminuya su condición. El cual se puede dar bien sea en la misma localidad o de una localidad a otra.

- Cuando se trate del primer supuesto, esto es, dentro de la misma localidad la condición para efectuarlo es que existan razones de servicio, que el cargo sea de la misma clase y que no se disminuya la remuneración devengada por el afectado;

- Cuando el traslado deba verificarse de una localidad a otra; se requiere el consentimiento del traslado, aceptación ésta que debe constar por escrito, salvo que se trate por razones de servicio, entiéndase; asimismo, por cambio de localidad como aquel que haga necesario el cambio de domicilio del funcionario, de allí que no se verifique el cambio de localidad dentro de las zonas metropolitanas. Así pues, visto que en el caso de autos a la querellante se le manifestó en el acto que por esta vía impugna -Memorándum N° MPPSP/DGAPAESRP/2012/0076 de fecha 9 de julio de 2012, suscrito por el Director General de Asistencia Pospenitenciaria y al Adolescente Egresado del Sistema de Responsabilidad Penal, firmado como recibido por la recurrente el 10 de julio de 2012- lo siguiente:

"Reciba un Cordial saludo Bolivariano y Revolucionario. La presente tiene como finalidad notificarle que a partir de la presente fecha, Lunes 09 de Julio de 2012, por necesidades de servicio y requerimiento de Delegado de Prueba, pasará a cumplir funciones inherentes a su cargo, en la Unidad Técnica de Supervisión y Orientación N° 02 Maracay Estado Aragua.

Sin más que hacer referencia y en espera de que su experiencia profesional redunde en beneficio esencial de su cargo, se despide".

Del texto del propio acto impugnado se desprende claramente que la voluntad de la Administración en este caso fue la de trasladar a la hoy recurrente ciudadana América de los Ángeles Lucena Ramírez, de una localidad a otra, entiéndase bien, a la ciudad de Maracay, Estado Aragua, con la finalidad de desempeñar funciones inherentes a su cargo en la Unidad Técnica de Supervisión y Orientación Nº 02, por motivo de necesidad de servicio y requerimiento del Delegado de Prueba.

Así las cosas, resulta oportuno para este Juzgado traer a colación lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el cual establece lo siguiente:

“Artículo 73. Por razones de servicio, los funcionarios o funcionarias públicos de carrera podrán ser trasladados dentro de la misma localidad de un cargo a otro de la misma clase, siempre que no se disminuya su sueldo básico y los complementos que le puedan corresponder. Cuando se trate de traslado de una localidad a otra, éste deberá realizarse de mutuo acuerdo, con las excepciones que por necesidades de servicio determinen los reglamentos”. [Resaltado de esta Corte].

De la disposición transcrita, se aprecia con toda claridad que, para la procedencia del traslado de un funcionario público de una localidad a otra, debe existir el acuerdo o consentimiento formal del funcionario a trasladar. Sin embargo, del contenido de la misma norma, se observa que el legislador previó la posibilidad de que existan excepciones a la regla bajo análisis, fundamentándolas específicamente en “necesidades de servicio” a ser determinadas en los reglamentos, lo cual conduce al análisis de la figura que sobre el particular se encuentra desarrollada en el artículo 80 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa *ut supra* transcrita, el cual señala expresamente lo siguiente:

“Artículo 80. El traslado de una localidad a otra debe hacerse de mutuo acuerdo entre el funcionario y el organismo respectivo, salvo que medien las siguientes razones de servicio:
1. Urgencia de cubrir vacantes que comprometan el funcionamiento del servicio.

2. Experiencia y especiales condiciones profesionales del funcionario que hagan necesaria la prestación de sus servicios en determinada localidad o región.
 3. Traslado de dependencias administrativas.
 4. Inexistencia del personal calificado necesario en la localidad respectiva.”
- (...)

De la revisión exhaustiva de las actas procesales cursantes en autos, y visto el ordenamiento jurídico aplicable para los traslados cuando sean de una localidad a otra, este Órgano Jurisdiccional observa la remisión expresa que hizo el legislador en el artículo 73 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, en torno a las excepciones posibles para la procedencia del traslado de una localidad a otra sin el consentimiento del funcionario público a ser trasladado, fundamentadas en necesidades o razones de servicio, las cuales se encuentran desarrolladas de manera taxativa en los cuatro (4) numerales previstos en el artículo 80 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, que se pueden resumir en a) la urgencia de cubrir vacantes, b) en la pericia profesional, c) en el traslado de dependencias administrativas y d) en la inexistencia de personal calificado en la localidad.

Ahora bien, en el caso bajo análisis, sólo se observa del acto administrativo impugnado la mención a que “[...] a partir de la presente fecha, Lunes 09 de Julio de 2012, por necesidades de servicio y requerimiento de Delegado de Prueba, pasará a cumplir funciones inherentes a su cargo, en la Unidad Técnica de Supervisión y Orientación N° 02 Maracay Estado Aragua [...]”, es decir, se indicó que el traslado obedece a necesidades de servicio, sin que se señalara en cuál disposición de los cuatro (4) numerales del artículo 80 antes citado, se fundamenta el traslado en cuestión, y siendo que todos los actos administrativos deben contar con los fundamentos legales pertinentes, ello conlleva a que el acto en cuestión se encuentre viciado de nulidad absoluta.

Por otra parte, debe precisar esta Órgano Colegiado que de los cuatro (4) supuestos a los que alude el artículo 80 del Reglamento Ge-

neral de la Ley de Carrera Administrativa, suficientemente señalados, salvo el caso del traslado de dependencias administrativas, los tres (3) restantes requieren de una solicitud del órgano en el cual se tiene la necesidad de, cubrir vacantes que comprometan el funcionamiento del servicio, o la experiencia profesional del funcionario a ser trasladado, o la inexistencia de personal calificado necesario en la localidad respectiva, todo cual no se evidencia del análisis de los expedientes judicial y administrativo, sólo se hace la mención a la frase “[...] por necesidades de servicios y requerimiento de Delegado de Prueba [...]”, sin que conste en autos tal requerimiento.

Ello así, de la revisión exhaustiva de las actas que conforman el presente expediente, se observa que el traslado del cual fue objeto la ciudadana recurrente no obedeció a ninguna de las cuatro (4) causales previstas en el artículo 80 ejusdem, ya que no se circunscribió a la urgencia de cubrir vacantes, ni en la pericia profesional, tampoco en el traslado de dependencias administrativas y menos en la inexistencia de personal calificado en la localidad a la cual fue trasladada.

Por otra parte, no puede dejar de observar esta Corte que el acto administrativo de traslado no tomó en cuenta las circunstancias personales de la ciudadana recurrente, violándose con ello el contenido del artículo 81 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, el cual señala que cuando haya posibilidad de escoger entre varios funcionarios, la autoridad administrativa -en este caso el Director General de Asistencia Pospenitenciaria y al Adolescente Egresado del Sistema de Responsabilidad Penal del Ministerio del Poder Popular el Servicio Penitenciario-, tomará en cuenta las condiciones familiares y circunstancias personales de cada funcionario. En el presente caso, se dejaron de apreciar de manera clara y fehaciente las circunstancias personales de la recurrente, siendo que en primer lugar, se encuentra residenciada en la ciudad de Guarenas, Estado Miranda; en segundo orden, su núcleo familiar primario se encuentra asentado en la región capital, al igual que su grupo familiar segundo conformado por su cónyuge e hijo menor de 4 años de edad -tal como se evidencia de la partida de nacimiento

del menor, la cual riel a folio 17 del presente expediente-, el cual se vería directamente afectado indiscutiblemente por tal medida; constatándose así efectivamente la violación de la disposición antes transcrita.

VI.- LAS SITUACIONES PASIVAS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.- LA JUBILACIÓN

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

31 de marzo 2014

Número 000521

Caso: Mercedes Lena vs. Instituto Venezolano de los Seguros Sociales

Ponente: Gustavo Valero Rodríguez

Alegó la representación judicial del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales que la decisión recurrida incurrió en un error al ordenar el pago de la pensión de jubilación de la querellante, ya que para la fecha de su egreso mediante renuncia voluntaria aceptada en el marco del proceso de reestructuración del instituto, no había sido dictada la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, en la cual se fundamenta la querellante al sostener que le fueron conculcados derechos de carácter constitucional, por lo tanto estaría dando efectos retroactivos a la Carta Magna de 1999 regulando un hecho suscitado en 1994, es decir antes de su entrada en vigencia.

Sobre el particular, la decisión recurrida estableció que se evidencia del expediente judicial que dentro del proceso de reestructuración, los empleados que llenaran los requisitos para disfrutar del beneficio de jubilación no podían renunciar, toda vez que la jubilación tiene carácter irrenunciable, por tanto debía otorgárseles el referido beneficio de jubilación en lugar de retirarlos de la administración. Al respecto, esta Corte observa que la jubilación es un derecho deri-

vado del sistema de seguridad social, la cual se encontraba tutelado en la Constitución de la República de Venezuela publicada en Gaceta Oficial de la República número 662 de fecha 23 de enero de 1961 a tenor de lo siguiente:

"Artículo 94.- En forma progresiva se desarrollará un sistema de seguridad social tendiente a proteger a todos los habitantes de la república contra infortunios del trabajo, enfermedad, invalidez, vejez, muerte, desempleo y cuales quiera otros riesgos que puedan ser objeto de previsión social, así como contra las cargas derivadas de la vida familiar.

Quienes carezcan de medios económicos y no estén en condiciones de procurárselos tendrán derecho a la asistencia social mientras sean incorporados al sistema de seguridad social"

De la citada norma se desprende que el sistema de seguridad social a la luz de la Constitución de 1961 tenía como fin proteger la calidad de vida de los ciudadanos, especialmente la de los trabajadores frente a las distintas situaciones que les impidan continuar en el ejercicio de sus funciones.

En términos similares, en el artículo 80 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela publicada en Gaceta Oficial Extraordinaria número 5.453 quedó plasmado propósito de proteger la ancianidad mediante el disfrute de beneficios que eleven la calidad de vida de los ciudadanos, tales como pensiones de jubilación otorgadas por el sistema de seguridad social en retribución al trabajo y servicio prestados.

Entonces, la pensión de jubilación representa un derecho social de rango constitucional y constituye una garantía para los trabajadores y empleados públicos de gozar de una vida digna en retribución de los años de servicio prestados en una determinada empresa o institución, la cual consiste en el pago de una prestación dineraria que facilite el sustento de esta especial categoría de ciudadanos, luego de cumplidos los requisitos de edad y años de servicio legales y reglamentarios.

Ahora bien, es cierto que es a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que el

régimen de la seguridad social es materia exclusiva de la reserva legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 156 Constitucional, y en consecuencia es a la Asamblea Nacional en representación del Poder Nacional, a quien le corresponde la potestad de legislar en materia de previsión y seguridad social, incluyendo dentro de tal potestad, el régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos. (Vid: sentencia de esta Corte, número 2012-0660 de fecha 18 de abril de 2012, caso: Erwin Soto Cristalino contra la Gobernación del estado Zulia).

Pero, no resulta menos cierto que para el 1 de marzo de 1994 ya se encontraba vigente la Ley del Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela del 18 de julio de 1986, y su Reglamento, (hoy Ley de Reforma Parcial de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias o Empleados o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios).

En tal sentido, se entiende, que en materia de jubilación de funcionarios públicos, la norma aplicable es la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional de los Estados y de los Municipios, la cual fue dictada atendiendo a las disposiciones en materia de seguridad social del artículo 94 de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 antes citado, por tanto, carecen de validez las disposiciones contenidas en cualquier instrumento normativo que contravengan la misma, sin que pueda considerarse que su aplicación al caso de marras hubiera representado otorgarle algún tipo de efecto retroactivo a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, durante la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y con posterioridad a la interposición del presente Recurso Contencioso Administrativo Funcionarial, en fecha 7 de julio de 2004, el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales dictó Resolución número 629, mediante la cual otorgó el

beneficio de jubilación a la ciudadana Mercedes Leticia Mena de Wilson, atendiendo al carácter de irrenunciabilidad que revisten los derechos laborales especialmente la jubilación, en el marco de los valores de justicia, igualdad y solidaridad que rigen la actividad del Estado Social Democrático de Derecho y Justicia de conformidad con el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en concordancia con el artículo 80 eiusdem antes mencionado.

No obstante, aun cuando el referido acto goza de legitimidad y ejecutoriedad no se desprende del expediente judicial que la parte esté percibiendo beneficios relacionados con la pensión de jubilación otorgada, razón por la cual este órgano jurisdiccional encuentra ajustada a derecho la decisión del Juzgado a quo, de ordenar el cumplimiento inmediato del acto administrativo que acordó la jubilación a la ciudadana querellante, razón por la cual se desecha el alegato respecto a la improcedencia del beneficio de jubilación reclamado. Así se decide.

2.- LA JUBILACIÓN ESPECIAL

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

13 de marzo 2014

Número 000392

Caso: Yaqueline Gil vs. Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

No obstante, observa esta Instancia Jurisdiccional que el beneficio de jubilación especial de acuerdo con el artículo 6 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, publicada en la Gaceta Oficial N° 5.976 Extraordinario del 24 de mayo de 2010, debe ser otorgado por el Presidente de la República, así:

“Artículo 6. El Presidente o Presidenta de la República podrá acor-

dar jubilaciones especiales a funcionarios, funcionarias, empleados o empleadas con más de quince años de servicio, que no reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicio establecidos en el artículo anterior, cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen. Estas jubilaciones se calcularán en la forma indicada en el artículo 9 de esta Ley y se otorgarán mediante Resolución motivada que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela". (Resaltado y subrayado de esta Corte).

Del artículo trascrito se colige que efectivamente la jubilación especial será acordada por el Presidente de la República, o quien actúe por delegación del Presidente de la República como ocurrió en el presente caso, a funcionarios, funcionarias, empleados o empleadas con más de quince (15) años de servicio, que no reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicio establecidos en el artículo 5 eiusdem, cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen.

Ahora bien, la Resolución N° 158 de fecha 11 de enero de 2012, dictada por la Viceministra de Planificación Social e Institucional del Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, aquí impugnada, estableció que:

"RESOLUCIÓN

La Viceministra de Planificación Social e Institucional del Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, (...) en ejercicio de la delegación conferida por el ciudadano Ministro del Poder Popular de Planificación y Finanzas, mediante Resolución N° 2.756, de fecha 24 de Septiembre de 2010, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.517, de fecha 24 de septiembre de 2010, en concordancia con lo dispuesto en el del (sic) artículo 10 del Decreto N° 4.107, de fecha 28 de noviembre de 2005, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.323, de 28 de noviembre de 2005, del Instructivo que establece las Normas que regulan la Tramitación de las Jubilaciones Especiales para los Funcionarios y Empleados que prestan Servicio en la Administración Pública Nacional, Estadal, Municipal y para los Obreros Dependientes del Poder Público Nacional. Visto que en fecha 28/03/2011 mediante planilla FP-026 el ciudadano Vicepre-

sidente Ejecutivo de la República Bolivariana de Venezuela, ELIAS (sic) JAUA MILANO (...) actuando en ejercicio de la delegación conferida por el ciudadano Presidente de la República Bolivariana de Venezuela mediante Decreto N° 7.218, de fecha 03 de febrero de 2010, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.365, de fecha 10 de febrero de 2010, artículo 1 numeral primero y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, en concordancia con el artículo 14 de su Reglamento, aprobó la Jubilación Especial de la ciudadana GIL BALZA YAQUELINE DEL VALLE (...) con fundamento al Plan de Reestructuración y Reorganización Administrativa y Funcional del Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas.

RESUELVE

Otorgar la JUBILACION (sic) ESPECIAL, a la ciudadana GIL BALZA YAQUELINE DEL VALLE (...) de 47 años de edad, con 23 años, 03 meses y 10 días de servicio prestados en la Administración Pública Nacional, siendo su último cargo desempeñado PROFESIONAL III, en la Oficina Nacional de Presupuesto con un sueldo promedio de SEIS MIL NOVENTA Y DOS BOLIVARES (sic) CON SESENTA CENTIMOS (sic) (Bs. 6.092,60). Siendo el monto de su JUBILACION ESPECIAL la cantidad de TRES MIL QUINIENTOS TRES BOLIVARES (sic) CON VEINTICUATRO CENTIMOS (sic) la cual es efectiva desde la fecha de su notificación". (Resaltado y mayúsculas del texto).

De la cita parcial de la Resolución N° 158 del 11 de enero de 2012, emanada del Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas, aquí impugnada, se deduce que fue dictada con fundamento en el artículo 10 del Decreto N° 4.107, de fecha 28 de noviembre de 2005, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.323, de 28 de noviembre de 2005, contentivo del Instructivo que establece las Normas que regulan la Tramitación de las Jubilaciones Especiales para los Funcionarios y Empleados

que prestan Servicio en la Administración Pública Nacional, Estadal, Municipal y para los Obreros Dependientes del Poder Público Nacional y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, en concordancia con el artículo 14 de su Reglamento.

Ello así, esta Corte verifica del Instructivo que Establece las Normas que Regulan la Tramitación de las Jubilaciones Especiales para los Funcionarios y Empleados que Prestan Servicio en la Administración Pública Nacional, Estadal, Municipal y Para los Obreros Dependientes del Poder Público Nacional, dictado por el Presidente de la República mediante el Decreto N° 4.107 publicado en la Gaceta Oficial N° 38.323 del 28 de noviembre de 2005, que su artículo 4º establece, que:

“Artículo 4º.- Para que proceda el otorgamiento de jubilaciones especiales, deben concurrir los siguientes requisitos:

1.- Que no se hayan verificado los requisitos de edad y tiempo de servicio exigidos para la jubilación ordinaria.

2.- Que se haya prestado más de 15 años de servicio en la Administración Pública, requisito que se tomará como límite mínimo para el caso de los obreros.

3.- Que existan circunstancias o razones excepcionales que justifiquen su otorgamiento”. (Negrillas agregadas).

De la trascipción realizada se desprende, que para que procediera la jubilación especial solicitada a la Vicepresidencia de la República, quien actuaba por delegación del Presidente de la República, por el Órgano administrativo que pretendía concederla, era necesario que se especificara en tal solicitud, regulada por el artículo 6 del señalado Instructivo, la circunstancia excepcional que padecía el beneficiario.

Sin embargo cabe señalar, que el artículo 7 eiusdem establece, que: “Artículo 7.- Los órganos y entes de la Administración Pública en los cuales se verifiquen procesos de supresión, liquidación, reorganización o reestructuración, podrán solicitar jubilaciones especiales

a través de la presentación del respectivo plan, en el cual se establezca que los funcionarios o trabajadores que vayan a ser beneficiarios de esta modalidad de jubilación, cumplen con los requisitos para optar a la misma.

Dichos órganos y entes deben sustanciar y remitir los respectivos expedientes y cumplir con los trámites administrativos previstos en este Instructivo". (Resaltado y subrayado de esta Corte).

De lo antes trascrito, se desprende que los Órganos y entes de la Administración Pública objeto de reestructuración podrán solicitar jubilaciones especiales.

Asimismo, se pudo constatar que el Juez a quo en el fallo recurrido argumentó, que el incumplimiento del procedimiento legalmente establecido, a los fines de conceder el beneficio del caso, al omitir realizar el estudio comparativo bajo criterios cualitativos y cuantitativos del personal y del requerido en la estructura organizativa del Ministerio, resultaba suficiente para declarar la nulidad de la jubilación especial, por haber violentado según su criterio, el derecho al debido proceso; por cuanto, no se constataba de los documentos cursantes en autos, que se hubiere cumplido con las obligaciones impuestas para proceder a la ejecución de la reorganización administrativa; todo lo cual consideró conllevaba, a declarar que el acto administrativo de jubilación no estaba ajustado a derecho, al no cumplir el procedimiento previsto para tales fines; por lo que, resultaba forzoso declarar la nulidad del acto mediante el cual se le otorgó la jubilación especial a la recurrente, por violentar el derecho al debido proceso y a la estabilidad de la querellante, de conformidad con lo establecido en el numeral 4 del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Así las cosas, esta Corte observa que en el caso de autos el acto impugnado lo constituye la aludida Resolución N° 158 del 11 de enero de 2012, a través del cual se le otorgó la jubilación especial a la querellante y que tuvo lugar con fundamento al "Plan de Reestructuración y Reorganización Administrativa y Funcional del Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas"; asimismo, se desprende del examen de la sentencia recurrida que el Juez a quo reali-

zó consideraciones en torno al proceso de reestructuración como si el retiro de la recurrente hubiese sido debido a la reestructuración como causa de remoción y retiro y no por jubilación especial conforme a lo previsto en el artículo 7 del Instructivo in commento .

Resulta oportuno así referir, que esta Corte considera frente a los alegatos del recurrente según los cuales “la Administración en este caso no cumplió, con acreditar la circunstancia excepcional, que justificaba la Jubilación Especial” que la decisión de la Presidencia de la República de otorgarle el beneficio de jubilación especial a la recurrente, guarda absoluta congruencia con lo establecido en el artículo 6 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, en lo relativo a las circunstancias excepcionales que deben rodear tal concesión; ya que, la ponderación de las “circunstancias excepcionales” es discrecional del Presidente de la República o su delegatario y éstas se encuentran constituidas en este caso por el proceso de restructuración y reorganización administrativa que se sucedía en el Ministerio del Poder Popular de Planificación y Finanzas.

En refuerzo de lo anterior esta Corte estima pertinente mencionar que este Órgano Jurisdiccional mediante decisión N° 2013-0875 del 21 de mayo de 2013, caso: Liliana Marilym Gazzotti González contra la Gobernación del estado Aragua, expresó:

“En relación a los citados artículos, se desprende que para que tenga lugar el beneficio de la jubilación especial se establecen dos (2) requisitos a cumplir por parte del aspirante, uno de naturaleza objetiva, cual es el de haber cumplido quince (15) años de servicio públicos y, el otro de carácter subjetivo, cual es, el de encontrarse el solicitante en ‘circunstancias excepcionales’, así pues que, es de apreciación discrecional del Presidente de la República o del Funcionario a quien éste delegare, estimar cumplido este requisito, discrecionalidad que es bueno dejar por sentado, sólo es revisable cuando se exceda los límites de proporcionalidad”. (Resaltado y subrayado agregado).

Finalmente, debe esta Corte subrayar que la Resolución impugnada se fundamentó para otorgar el beneficio de jubilación especial en los hechos de que el Vicepresidente de la República en vista de la reestructuración administrativa que experimentaba el Organismo recurrido, aprobó por delegación que le hiciera el Presidente de la República, el beneficio de jubilación especial a la ciudadana recurrente; siendo, que ésta contaba con cuarenta y siete (47) años de edad, con veintitrés (23) años, tres (3) meses y diez (10) días de servicio prestado en la Administración Pública al momento de concedérsele tal beneficio; ello así, y siendo que en criterio de este Órgano Colegiado las circunstancias excepcionales son “(...) de apreciación discrecional del Presidente de la República o del Funcionario a quien éste delegare, estimar cumplido este requisito, (...)”, esta Corte considera que la jubilación especial sub examine otorgada a la ciudadana Yaqueline Gil Balza, se encuentra ajustada a derecho; razón por la cual, se declara Con Lugar la apelación interpuesta por el Órgano recurrido y se Revoca la sentencia apelada. Así se decide.

VII.- RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.- LAS CAUSALES DE DESTITUCIÓN

A.- FALTA DE PROBIDAD

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

29 de enero 2014

Número 000102

Caso: Marhjoris Freites vs. Servicio Autónomo de Registros y Notarías

Ponente: Miriam Becerra

Respecto a ello, esta Corte aprecia que efectivamente consta al folio diez (10) de la pieza principal del expediente la copia simple del ya mencionado título universitario, presuntamente consignado por la

querellante, emanado de la Universidad Alejandro de Humboldt, presuntamente otorgado a la ciudadana Marjhjorys Trinidad Freites Rengel con la mención de “Licenciado en Administración de Empresas”, de fecha 14 de junio de 2005, aunado a ello, corre inserto a los folios tres (03) y cuatro (04) de la pieza principal del expediente las comunicaciones signadas con los números MPPES-VDA-DGS-SIES-CRA-0169-10 y UAH-009-2010, respectivamente, emanadas del Ministerio del Poder Popular para la Educación Universitaria y de la Secretaría General de la Universidad Alejandro de Humboldt, respectivamente, en tales comunicaciones se expresa que la mencionada ciudadana no cursó estudios de pregrado en la nombrada universidad y por ende no es egresada de la misma.

Sin embargo, esta Alzada observa que la ciudadana querellante en su escrito de descargos, el cual corre inserto al folio ciento noventa y siete (197) del expediente administrativo, señaló que, "...jamás he invocado ningún tipo de formación universitaria...", asimismo expresó que, "...en mi expediente jamás ha sido acreditado por mi persona, copia del Título Universitario que da origen a la presente; y en similares condiciones, en el expediente cursante ante la Notaría Pública Primera del Municipio Libertador del Distrito Capital, tampoco se encuentra dicha copia, de allí; que sea plena la prueba que demuestra que jamás he pretendido valerme de Título Universitario alguno”:

Como se observa, la ciudadana querellante, sostuvo expresamente que la copia del referido título no fue consignada por su persona, siendo ello el principal hecho controvertido en el presente caso, pues, antes de verificar la autenticidad del mencionado documento, primordial es la verificación de una entrega válida de dicho título a la Administración por parte de la querellante, a los fines de establecer la relación causal en la incursión de la infracción administrativa y su consecuente responsabilidad.

Igualmente, vale acotar que en el expediente administrativo relacionado con la presente causa no están consignados todos los documentos relacionados con la ciudadana querellante desde el momento de su ingreso a la Administración Pública, por lo que este

Órgano Jurisdiccional no puede verificar los alegatos hechos por la Administración recurrida en lo referente al ingreso de la querellante, pues, sólo constan los consignados por la referida ciudadana en el lapso probatorio, los cuales no fueron impugnados por la Administración.

En ese sentido, de la copia del aludido título universitario que corre inserta en el expediente, se refleja que no hubo una consignación formal de dicho documento ante la Administración por parte de la ciudadana querellante, al no constar una fecha cierta en la que la Administración haya recibido dicha copia.

Ello así, de una revisión exhaustiva del expediente administrativo relacionado con la presente causa, advierte esta Corte que si bien corren insertas a las actas las respuestas por parte de la autoridades correspondientes, respecto a la verificación del título universitario, también es cierto, como se señaló con anterioridad, que no hay una consignación formal del mencionado título, por lo que en opinión de esta Corte, era responsabilidad de la Administración recurrida traer las pruebas necesarias para demostrar la falta de probidad en la que presuntamente incurrió la ciudadana querellante, visto que desde un principio la misma negó el hecho de poseer una carrera universitaria, específicamente la de licenciada en administración de empresas, así como también el hecho de consignar un título que la validara, con el fin de ingresar en la Administración Pública, no constando en las actas que conforman el expediente una fecha cierta de entrega o recibido de tal título.

Igualmente, aprecia este Órgano Jurisdiccional que por no ser lo primordial la demostración de la falsedad o no del título universitario, sino su consignación ante la Administración, las referidas comunicaciones no inciden en la decisión del sentenciador, pues, como se dijo con anterioridad, no es la misma el hecho principal controvertido en el caso de autos, puesto que aun cuando se demostrara tal falsedad de dicho documento, lo determinante para incurrir en la falta de probidad es la consignación del mismo por parte del funcionario, de lo cual en el presente caso no se evidencia prueba alguna que establezca la relación causal y de igual forma,

por estar ocupando la ciudadana querellante el cargo de escribiente en la referida notaría, es de poca relevancia el hecho de que la misma posea presuntamente el título universitario de Licenciada e Administración de Empresas, razón por la cual esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no verifica el vicio de silencio de pruebas alegado. Así se decide.

(...)

Ahora bien, observa esta Alzada que la parte apelante alegó en la fundamentación de la apelación que, "Se evidencia que la recurrente en ninguna de las fases fundamentales de la instrucción del procedimiento administrativo llegó a desvirtuar con medio probatorio alguno la procedencia del referido título ni tampoco rebatió la información acreditada por las autoridades universitarias, en demostración de la falsedad e ilegitimidad de la misma, lo cual determinó su responsabilidad disciplinaria en la causal de destitución del numeral 6 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública". Al respecto, cabe destacar que el Juzgado A quo realizó un análisis de la situación jurídica presentada, haciendo referencia en primer lugar a que la Administración al momento de fundamentar el acto administrativo sancionatorio objeto de nulidad, se basó en que la querellante incurrió en falta de probidad por consignar al momento de su ingreso a la institución un título presuntamente falso, y en consecuencia procedió a delimitar las circunstancias de hecho y las pruebas aportadas a los autos, así como a analizar los argumentos expuestos por las partes, tal como, la negativa efectuada por la parte querellante sobre la presunta consignación por su persona ante la Administración querellada, del presunto título (sic) falso, por lo cual y ante tal circunstancia, no aprecia esta Corte materialización alguna del vicio de incongruencia denunciado. Así se decide.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

24 de febrero 2014

Número 000296

Caso: Juan David Bergolla vs. Instituto Autónomo de Seguridad Ciudadana y Transporte

Ponente: Alejandro Soto Villasmil

Ello así, se reitera, que el punto medular de la presente denuncia, se circumscribe en el hecho de que -a decir del actor-, el Juzgador de instancia excedió los límites planteados por las partes, “al considerar que con la sola opinión técnica de la Consultoría era necesaria para la motivación del acto administrativo”, lo cual conlleva a este Tribunal Colegiado, a verificar lo siguiente:

En el marco de la decisión impugnada, se evidencia que el Juzgador de Instancia, incluyó en su valoración en varias oportunidades, la información relacionada con las actas que conforman el expediente administrativo, arribando a la conclusión de que “[...] la parte actora fue notificada del inicio de la averiguación disciplinaria llevada en su contra, además de ello que ejerció su derecho en toda y cada una de las fases del proceso, no evidenciándose violación del derecho a la defensa y al debido proceso en la fase procedural”.

Aunado a tal conclusión, se desprende de la decisión impugnada, el análisis que emprendió el iudex a quo de la Providencia Administrativa Nº 917 de fecha 29 de mayo de 2012, que fuese proferida por el Director General del Servicio Autónomo de Registros y Notarías, providencia ésta cuyos efectos pretende la parte actora enervar, concertándose como el punto medular del presente proceso judicial.

En el mencionado análisis, el Juzgado Superior Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, observó que se expresaron “[...] las razones de hecho y de derecho por las cuales la Administración inició una averiguación disciplinaria a la ciudadana Yelitza Mercedes Ochoa Hernández, ya identificada y en consecuencia, resolvió destituirla del cargo de Abogado I, adscrita al Registro Público del Municipio Chacao del estado Miranda”.

Ello así, verificados como han sido los principales puntos analizados por el Juzgador de Instancia, los cuales llevarían a dicho administrador de justicia a generar la convicción intrínseca, necesaria

para proferir la decisión hoy impugnada, se evidencia, en contraposición a lo expuesto por la representación judicial de la parte actora, que no existió el exceso en los límites por parte del iudex a quo delatados por el actor en el marco de la fundamentación de la apelación, toda vez que, de los acápitres transcritos anteriormente, se puede observar que la sentencia cuya nulidad buscan subrayar, tomó en consideración todos y cada uno de los elementos que existen en el expediente administrativo, así como también, emprendió el análisis relacionado con el acto administrativo impugnado.

La situación expuesta anteriormente, hace concluir a esta Alzada, que el Juzgado Superior Décimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital no solo consideró que "con la sola opinión técnica de la Consultoría era necesaria para la motivación del acto administrativo", al contrario, analizó el expediente administrativo, así como el consecuente acto, hoy impugnado, arribando a la consecuencia de que el mismo indicaba suficientemente las razones de hecho y de derecho por las cuales resultaba procedente la destitución de la ciudadana Yelitza Ochoa, todo conforme a lo alegado y probado en autos, lo cual, en forma alguna, puede ser considerado como un exceso en los límites del Juzgador, razón por la cual, debe necesariamente esta Corte desechar el mencionado alegato. Así se declara.

Ahora bien, en aras de continuar con el análisis respectivo en la presente causa, debe indicar esta Alzada, que lo vicios faltantes por analizar, se enmarcan igualmente en la delatada infección de incongruencia, razón por la cual, se pasa a realizar el estudio correspondiente, en los siguientes términos:

- Del vicio de incongruencia omisiva.

Se desprende de las actas que conforman el expediente, que la representación judicial de la parte actora, indicó en su escrito de fundamentación de la apelación, que el Juzgador de instancia incurrió en el vicio de incongruencia omisiva "[...] por cuanto no se pronunció en cuanto a los vicios alegados en el escrito libelar en relación a que la único testigo dice que fue otra funcionaria la que entregó el documento [...]".

En torno a este punto, se observa que el iudex a quo, indicó que con las “[...] respuestas dadas por la ciudadana Maribel Rodríguez, ya identificada, se desprende con claridad la actuación de la ciudadana Yelitza Ochoa en la entrega del Dictamen de la Consultoría Jurídica a una Persona ajena a la misma, por cuanto la involucra directamente con los hechos investigados”, dándole así, pleno valor probatorio a la declaración realizada por la mencionada ciudadana Maribel Rodríguez.

Aunado a lo anterior, el Juzgador de instancia, indicó la apreciación de los medios probatorios que cursan en el expediente administrativo, los cuales, pasará a verificar esta Alzada, a los fines de ratificar que en efecto el procedimiento administrativo seguido a la recurrente se encontraba apegado a derecho, en los términos siguientes:

- Corre inserto de los folios uno (1) al tres (3), el Memorándum N° 2735, proferido el 14 de noviembre de 2011 por el Director General (E) de la Oficina de Recursos Humanos del Ministerio del Poder Popular de las Relaciones Interiores y Justicia, por medio del cual explana una serie de acontecimientos irregulares, en los que presuntamente se encontraba involucrada la ciudadana recurrente.
- Riela al folio cinco (5) del expediente, el oficio Nro. 2585 de fecha 18 de noviembre de 2011, dirigido al Director del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (S.A.R.E.N.), por medio del cual, la Directora General (E) de la Oficina de Consultoría Jurídica del Ministerio del Poder Popular de las Relaciones Interiores y Justicia, le explicó los hechos en los que presuntamente se vio incursa la funcionaria Yelitza Ochoa, así como la decisión de colocar a la citada ciudadana a orden del aludido Servicio Autónomo, toda vez, que no se había autorizado la renovación de la comisión de servicios.
- Se desprende de los folios siete (7) y ocho (8), escritos dirigidos al Vice Ministro de Política Interior y Seguridad del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia, en los que solicitan un pronunciamiento en torno al destino de los bienes muebles que se encontraban resguardados en la Torre Platinum de la Urbanización El Rosal, situación ésta sobre la que se desarrolla el documento que presuntamente entregó la mencionada ciudadana.

- Riel a folio veintinueve (29) del expediente administrativo, el “AUTO DE APERTURA DE PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN”, proferido por la Dirección de la Oficina de Recursos Humanos del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (S.A.R.E.N.), de fecha 18 de enero de 2012, en el cual dejan constancia del inicio del procedimiento administrativo de destitución en contra de la ciudadana Yelitza Ochoa, a los fines de determinar la participación de la misma en los hechos narrados en acápite anteriores.
- Se evidencia del folio treinta (30) del expediente administrativo, el “AUTO DE FORMULACIÓN DE CARGOS”, proferido por la Dirección de la Oficina de Recursos Humanos del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (S.A.R.E.N.) de fecha 18 de enero de 2012, en el cual ordenan notificar a la ciudadana Yelitza Ochoa, de la investigación que emprendería dicho Servicio Autónomo, por presuntamente incurrir en las causales de destitución establecidas en el artículo 33 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.
- Igualmente, se observa de los folios treinta y ocho (38) al cuarenta (40), el acceso al expediente por parte de la funcionaria recurrente, lo cual se concluye de las solicitudes y constancias de entrega de copias certificadas del expediente administrativo iniciado para investigar a la funcionaria Yelita Ochoa.
- Corre inserto de los folios sesenta y cinco (65) al setenta y tres (73), el escrito de descargos que presentara la funcionaria recurrente, el cual fue recibido el día 1 de febrero de 2012.
- Se desprende de los folios setenta y cuatro (74) y setenta y cinco (75), la comunicación de fecha 3 de febrero de 2012, en el cual, la Dirección de la Oficina de Recursos Humanos del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (S.A.R.E.N.), fijó el día 8 de febrero de 2012, la oportunidad para que las ciudadanas Maribel Rodríguez y María Belinda Mora, asistieran a la sede de la aludida Dirección, a los fines de que ratificaran el contenido del testimonio rendido ante el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia, ordenándose en la misma oportunidad, la notificación de

la ciudadana Yelitza Ochoa, a los fines de garantizar su derecho a la defensa y al debido proceso.

- Se observa del folio setenta y ocho (78) al ochenta (80), el escrito de promoción de pruebas presentado por la representación judicial de la ciudadana Yelitza Ochoa, consignado el día 7 de febrero de 2012.
- Riela a los folios ochenta y dos (82) al ochenta y seis (86), el auto por medio del cual la Directora de la Oficina de Recursos Humanos del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (S.A.R.E.N.), admitió las pruebas promovidas por la parte recurrente.
- Se desprende de los folios ochenta y siete (87) al noventa y seis (96), las declaraciones que realizaran las ciudadanas Maribel Rodríguez y María Belinda Mora, en las que relatan los hechos en los que presuntamente se encontraba incursa la ciudadana actora.
- Riela de los folios ciento cinco (105) al ciento veintiuno (121), la recomendación emanada de la Consultoría Jurídica del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (S.A.R.E.N.), de fecha 25 de mayo de 2012, en el que dicha Consultoría, consideró procedente la destitución de la ciudadana Yelitza Ochoa.
- Finalmente, se desprende del folio veintidós (22) del expediente judicial, la providencia administrativa Nº 917 de fecha 29 de mayo de 2012, por medio de la cual, el Director General del Servicio Autónomo de Registros y Notarías (S.A.R.E.N.), acordó destituir a la ciudadana Yelitza Ochoa del cargo de Abogada I que desempeñaba en el mencionado Servicio Autónomo, por demostrarse su participación en los hechos investigados.

Así las cosas, de las actas anteriormente mencionadas, las cuales fueron tomadas en consideración en similares términos por el iudex a quo, se desprende efectivamente, el respeto del derecho a la defensa y al debido proceso de la actora, durante todas las fases del procedimiento en sede administrativa, toda vez que, se observó que la ciudadana Yelitza Mercedes Ochoa se mantuvo notificada en todo momento de los hechos que se le imputaban, tuvo acceso al expediente administrativo, consignó escrito de descargos y promovió las pruebas que consideró pertinentes.

Igualmente, observa esta Alzada, que en efecto, durante el procedimiento seguido en sede administrativa, el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (S.A.R.E.N.), logró demostrar que la ciudadana recurrente, encontrándose de comisión de servicios en el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia, divulgó una información emanada de la Consultoría Jurídica del aludido Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia, la cual, evidentemente debía mantenerse reservada, toda vez que, como pudo evidenciarse de las pruebas enunciadas en acápite anteriores, se trataba de la custodia que mantenía el Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia de unos bienes muebles.

Continuando con la línea argumentativa, se evidencia de las actas que conforman el expediente, que la funcionaria recurrente, acentúa su participación, solicitándole autorización para la entrega del aludido documento a un funcionario que ya no se encontraba siendo el titular del cargo de Asesor Jurídico del Ministerio del Poder Popular para las Relaciones Interiores y Justicia, es decir, nada tenía que ver en las decisiones que debían emanar de dicha oficina, verificándose a todas luces, la falta de probidad de la ciudadana Yelitza Ochoa, al no guardar la debida confidencialidad con un acto interno del Ministerio in commento, así como no mantener la necesaria atención y conciencia al solicitar la correspondiente autorización al funcionario que efectivamente se encargara del departamento en cuestión, evidenciándose de esta manera, a criterio de este Tribunal Colegiado elementos suficientes para determinar que en efecto la mencionada ciudadana incurrió en la causal de destitución antes esbozada.

Dilucidado lo anterior, se observa de las actas que conforman el expediente, que la denuncia del actor en este caso, se circumscribe en que el iudex a quo, incurrió en incongruencia omisiva al no pronunciarse "[...] en cuanto a los vicios alegados en el escrito libelar en relación a que la único testigo dice que fue otra funcionaria la que entregó el documento", se observa que no existió un solo testigo de la situación que le imputara la Administración, sólo

que, el Servicio Autónomo de Registros y Notarías (S.A.R.E.N.), precisamente en aras de garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso de la propia recurrente, no valoró el testimonio de la segunda testigo ya que “[...] la ciudadana María Belinda Mora [...] quien en la oportunidad de ratificar su testimonio inicial en fecha 8 de febrero de 2012, afirmó tener interés en las resultas de la investigación, de lo cual se evidencia que la Administración tomó en consideración esta circunstancia que inhabilita a la testigo, garantizando con ello el derecho a la defensa y al debido proceso de la querellante”.

No obstante lo anterior, se evidencia que si bien el Juzgador de Instancia no indicó expresamente la razón por la cual valoraba el testimonio de la ciudadana Maribel Rodríguez, toda vez que a decir del actor, existía una relación de “COMPADRAZGO”, así como una enemistad manifiesta en razón de un presunto “problema personal”, situaciones éstas que no constan en las actas que conforman el presente expediente, lo cual, al no existir elemento probatorio alguno que haga nacer en el Juzgador la certeza de que dicho instrumento probatorio no debía ser valorado, la lógica consecuencia, deriva en la inexistencia de obstáculo alguno para tomar en consideración la testimonial *in commento*.

En razón de lo antes expuesto, reitera esta Alzada, que si bien el Juzgador de Instancia no indicó expresamente los fundamentos para la valoración del instrumento probatorio descrito en el párrafo anterior, se evidencia que no existía motivo alguno para no tomar en cuenta dicha testimonial, toda vez que, -como ya se indicó- la parte recurrente no consignó elemento probatorio alguno que fundamentaran sus denuncias, razón por la cual, considera este Órgano Jurisdiccional, que la denuncia relativa a la incongruencia omisiva, resulta improcedente. Así se declara.

VIII.- EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL

1.- PRUEBAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FUNCIONARIAL

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

24 de abril 2014

Número 000643

Caso: José Gregorio Aguilera vs. Alcaldía del municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital

Ponente: Miriam Becerra

La presente causa versa sobre la nulidad del oficio N° 02324 de fecha 8 de agosto de 2011, dictado por la Consultoría Jurídica de la referida Alcaldía, mediante la cual se recomendó la destitución del recurrente, así como también la nulidad de la Resolución N° 927 de fecha 7 de noviembre de 2011, dictada por el Director de Ejecutivo de la Alcaldía del Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital, mediante la cual se destituyó al ciudadano José Gregorio Aguilera, del cargo de Inspector de Construcción VII, en virtud de haberse encontrado incursa en la causal de destitución consagrada en el numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En tal sentido, es menester para esta Corte señalar que el referido numeral 4 del artículo 86 que prevé lo siguiente "...la desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor inmediato, emitidas por éste en el ejercicio de sus competencias, referidas a tareas del funcionario o funcionaria público...". Observándose de dicha causal que el funcionario público tiene el deber de cumplir a cabalidad con las órdenes, instrucciones o directrices emanadas de sus superiores jerárquicos referidas a las tareas encomendadas.

Siendo ello así, se observa de las actas procesales que el supuesto incumplimiento en el que incurrió el recurrente, fue la inejecución en su debida oportunidad de las inspecciones R-2057/10 y DCU-2957, asignadas por su supervisor inmediato el 25 de agosto de 2010, sin una justificación real para su desobediencia.

En atención a ello, el Iudex A quo en su sentencia determinó que “En el caso de autos tal y como se indicó supra al actor se le asignó la realización de dos inspección (sic) en fecha veinticinco (25) de agosto de 2010, instrucción que fue de su conocimiento, tal y como evidencia en el Informe consignado el ocho (8) del mismo mes y año en sede administrativa, concluyo el cinco (5) de noviembre de 2010, siendo ello así, probado quedó que no ejecuto las inspecciones en la oportunidades en las que le fue asignada, sino con posterioridad a tal instrucción, razón por la que a juicio de esta Juzgadora, los hechos en los que fundamenta la Administración la sanción fueron efectivamente demostrados, en consecuencia se configuró el supuesto de falta que le fue imputado y por el que finalmente fue sancionado”, declarando así, entre otros aspectos, el Juez de la causa Sin Lugar la presente querella.

Por lo que en razón de lo anteriormente expuesto la parte recurrente apeló de la decisión dictada por el A quo y en tal sentido, denunció entre otras cosas el vicio de silencio de pruebas, en que había incurrido la Consultoría Jurídica de la Alcaldía del Municipio Bolivariano Libertador del Distrito Capital, “...omisión valorativa de pruebas que resultó determinante para que se emitiese la Resolución N° 927...”, mediante la cual se resolvió la destitución del recurrente, promoviendo las pruebas que hoy denuncia como silenciadas igualmente por el Juzgado A quo.

Siendo ello así, pasa esta Corte a revisar las siguientes pruebas en el siguiente orden: De la primera prueba promovida por el recurrente contentiva de la Copia del oficio S/N, de fecha 11 de agosto de 2010, mediante el cual la Oficina de Personal de la Alcaldía de Caracas, le informa al recurrente, que se le otorgaron quince (15) días de vacaciones, las cuales disfrutaría desde el 27 de septiembre de 2010 hasta el 15 de octubre de 2010 (Ver folio 49 del expediente judicial), observa esta Corte que la misma es irrelevante al caso de autos, por cuanto sólo demuestra el otorgamiento para el disfrute del período vacacional correspondiente a la fecha, siendo estas concedidas un mes posterior a la fecha de asignación de las inspecciones ordena-

das (objeto de incumplimiento de la presente causa), es decir, en fecha 25 de agosto de 2010.

Ahora bien, respecto a las pruebas correspondientes a la Copia de Informe de Inspección R-2057/10 de fecha 29 de octubre de 2010 y la Copia de Informe de Inspección DCU-2957 de fecha 8 de noviembre de 2010 (Ver folios del 50 al 51 y del 52 al 68, respectivamente del expediente judicial), se observa que aun cuando las mismas corresponden a la entrega de los informes asignados por el ente recurrido en fecha 25 de agosto de 2010, estos informes fueron entregados no solo con una fecha muy posterior a su asignación sino que de ellas, no se evidencia las razones ni los motivos por los cuales no fueron ejecutadas al momento de su designación, ya que se evidencia que las mismas fueron realizadas posteriormente al levantamiento del Acta mediante el cual la Coordinadora del Área de la Dirección de Control Urbano, deja constancia que el ciudadano José Gregorio Aguilera, a la fecha del Acta, esto es, el 21 de octubre de 2010, no había realizado las inspecciones asignadas el 25 de agosto de 2010, identificadas con las siglas R-2057 y DCU-2957, excusándose el referido ciudadano de su inejecución por "...la falta de vehículo para trasladarse, por lo que se negó a realizarlas alegando además que se iba de vacaciones y no le daba tiempo de cumplir con dicha asignación" (Ver folio 11 del expediente judicial).

Por otro lado, se observa de las copias de los Cronogramas de Inspecciones realizadas por el recurrente durante los períodos comprendidos desde el 18 de octubre de 2010 hasta el 22 de octubre de 2010; desde el 25 de octubre de 2010 hasta el 29 de octubre de 2010 y desde el 1º de noviembre de 2010 al 5 de noviembre de 2010 (Ver folio 69 al 71 del expediente judicial), que el ciudadano José Gregorio Aguilera en los días 20, 21, 25, 26, 27 de octubre y desde el 1º hasta el 5 de noviembre de 2010, realizó las inspecciones asignadas en fecha 25 de agosto de 2010.

De lo anteriormente expuesto, considera esta Corte que las pruebas señaladas por la parte recurrente como silenciadas por el Juzgado A quo, en nada afectan el resultado de la sentencia hoy impugnada, toda vez que las mismas, sólo afirman el incumplimiento o la

desobediencia del recurrente sin justa causa, ni en su debida oportunidad de las órdenes asignadas en fecha 25 de agosto de 2010, con ocasión a la ejecución de las inspecciones identificadas con las siglas R-2057 y DCU-2957, incurriendo así en la causal de destitución consagrada en el numeral 4 del artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública.

En razón de lo anterior, y al evidenciarse de las actas procesales el desacato del recurrente de las órdenes encomendadas en su debida oportunidad, es decir el incumplimiento de las inspecciones identificadas con las siglas R-2057 y DCU-2957, el ciudadano José Gregorio Aguilera incurrió en la falta de "...desobediencia a las órdenes e instrucciones del supervisor inmediato...", hecho este contrario a las funciones inherentes de todo funcionario público. En consecuencia, esta Corte considera que la razón no le asiste a la apelante por cuanto las pruebas señaladas por la parte recurrente, no demostraron que tal desobediencia habían sido por una causa justificable, por lo que su apreciación en nada afectaría el resultado de la sentencia hoy impugnada. En razón de lo anteriormente establecido, se desestima el alegato del recurrente en cuanto al vicio de inmotivación por silencio de pruebas. Así se decide.

2.- LA CADUCIDAD

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo

22 de enero 2014

Número 000046

Caso: Ramón Portillo vs. Comisión Liquidadora del Instituto Autónomo de Policía del estado Yaracuy

Ponente: Miriam Becerra

Expuesto lo anterior, se observa que la Ley del Estatuto de la Función Pública, establece en su artículo 94 un lapso de caducidad de tres (3) meses para el ejercicio hábil del recurso contencioso administrativo funcional, el cual es del tenor siguiente:

"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”.

De conformidad con lo dispuesto en la norma transcrita, el lapso de caducidad, debe contarse a partir del hecho que da lugar a la interposición del recurso contencioso administrativo funcionarial, o desde la notificación del acto impugnado, el cual transcurre fatalmente, no admitiendo por tanto paralización, detención, interrupción ni suspensión, y cuyo vencimiento ocasiona la extinción de la acción por el reclamo del derecho que se pretende hacer valer.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia Nº 727 de fecha 8 de abril de 2003 (caso: Osmar Enrique Gómez Denis), sostuvo lo siguiente:

“De lo anterior, se desprende, claramente, que lo que está sometido a la revisión constitucional de esta Sala para su final pronunciamiento unificador guarda relación con el lapso de caducidad.

Dicho lapso, sin duda alguna, es un aspecto de gran importancia dentro del proceso, dado su contenido ordenador y su vinculación con la seguridad jurídica que tiene que garantizar todo sistema democrático.

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...”.

En razón de lo anterior, cabe destacar que la caducidad constituye

un presupuesto procesal de orden público que puede ser revisado incluso de oficio por el Juez en cualquier estado y grado de la causa, a los fines de la admisibilidad de cualquier acción o reclamación ante los órganos jurisdiccionales.

3- MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTENCIOSO FUNCIONARIAL

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo

25 de marzo 2014

Número 000466

Caso: Ricardo Guerrero vs. Instituto nacional de Estadística

Ponente: Gustavo Valero Rodríguez

En atención a lo expuesto, pasa la Sala a analizar las solicitudes cautelares formuladas en el escrito recursivo, específicamente en cuanto a la solicitud de suspensión de efectos [...]" . (Resaltado de esta Corte).

De lo anterior, se colige el deber que tienen los Jueces de entrar a conocer las solicitudes de medida cautelar realizada con ocasión a un procedimiento judicial y; que el hecho de pronunciarse de manera preliminar sobre los alegatos efectuados por el recurrente, no implica prejuzgar sobre el fondo en el caso en concreto, toda vez que no es un análisis definitivo sino es la verificación de la existencia de apariencia de buen derecho o un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante. (Vid. Sentencia emanada de esta Corte número 2012-1896 de fecha 1 de octubre de 2012, caso: José Alfredo Ortega Guillén y Luis Eduardo Pérez Flores, contra la Dirección General de la Policía del estado Barinas).

Ahora bien, como se ha señalado previamente, el requisito del fumusboni iuris impone al juez una doble comprobación: i) primero sobre la apariencia de buen derecho, en el sentido que el recurrente sea titular de un derecho o interés legítimo que necesita tutela, y ii) segundo, sobre la apariencia de la ilegalidad de la actuación admi-

nistrativa, de manera que, aparte del fumus de buen derecho debe precisarse la existencia de un fumus de actuación administrativa ilegal o contraria a derecho. (Vid. Chinchilla Marín, Carmen. "La Tutela Cautelar en la Nueva Justicia Administrativa" Madrid: Civitas, 1991. p. 46 y ss.; y Sentencia emanada de esta Corte número 2007-372 de fecha 14 de marzo de 2007, caso: Telemulti, C.A.).

Asimismo, aun en el caso en que la acción de Amparo Constitucional sea interpuesta en su modalidad cautelar, debe el juez preservar su carácter excepcional y sólo podrá acordarla cuando exista esa presunción grave de violación "directa" de garantías y derechos constitucionales, sin que sea necesario analizar previamente el cumplimiento de normas de rango legal o sub-legal para su procedencia.

Por el contrario, cuando la violación o amenaza de violación de derechos o garantías fundamentales se produzca no en forma "inmediata" sino de manera "mediata" como consecuencia de infracciones a disposiciones legales o sublegales, el ordenamiento jurídico venezolano también ha previsto una herramienta de protección ante las actuaciones que afecten tales derechos (Vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia número 805 de fecha 3 de junio de 2003, caso: Freddy Humberto Bogadí, contra el Tribunal Disciplinario del Colegio de Abogados del estado Apure).

Siendo esto así, debe entonces comprobarse si en el presente caso existe algún elemento, más allá de la sola argumentación que haga presumir a este Órgano Jurisdiccional, la violación o amenaza de violación de los derechos y garantías constitucionales denunciados como conculcados, lo que de ser así conllevaría necesariamente a esta Corte a declarar la existencia en autos de la presunción de buen derecho y otorgar la cautelar solicitada.

Expuesto lo anterior, debe indicarse que esta Alzada no puede pronunciarse respecto al fondo de la controversia en este estado del proceso, por cuanto los alegatos esgrimidos por la parte recurrente, deben ser atendidos en la sentencia de mérito, salvo que de la revisión de las actas que conforman el presente expediente, se eviden-

ciare efectivamente la violación del Derecho a la Salud, a la Seguridad Social y al Debido Proceso, ya que dichas violaciones requerirían una protección inmediata, más sin embargo, en el presente expediente, no se evidencia prima facie ninguna de las situaciones expuestas.

Además de esto, de los documentos acompañados al libelo, no se evidencia prima facie prueba o elemento probatorio alguno que permita a esta Corte, en un análisis preliminar de la causa, comprobar la existencia del fumusboni iuris, por cuanto la misma no consignó prueba, en este estado de la causa, que establezca la violación del Derecho a la Salud, a la Seguridad Social y al Debido Proceso, así como también debe esta Alzada señalar que, realizar un análisis a los elementos cursantes en autos, implicaría necesariamente un adelanto o prejuzgamiento sobre el fondo, lo cual excedería los límites concedidos a este Órgano Jurisdiccional en esta etapa procesal. A corolario de lo anterior, esta Corte debe insistir en que la parte solicitante del Amparo Cautelar no logró demostrar en esta fase la violación de los derechos constitucionales mencionados, por cuanto sólo se avocó a establecer consideraciones generales sobre el presunto derecho violado con dicha decisión, lo cual no cumple con el requisito cautelar del fumusboni iuris, el cual está referido a la apariencia del buen derecho, es decir, la convicción que el solicitante tiene una posición jurídicamente aceptable.

Ahora bien, respecto al periculum in mora, debe esta Corte señalar que ha sido criterio reiterado de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que, cuando se interpone un Amparo Constitucional de manera cautelar debe analizarse el fumusboni iuris, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenaza de violación del derecho o derechos constitucionales alegados por la parte quejosa, para lo cual es necesario no un simple alegato de perjuicio, sino la argumentación y la acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de violación a los derechos constitucionales del accionante.

En cuanto al periculum in mora, se reitera que en estos casos es determinable generalmente por la sola verificación del extremo an-

terior, pues la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional o su limitación fuera de los parámetros permitidos en el Texto Fundamental, conduce a la convicción de que por la naturaleza de los intereses debatidos debe preservarse *in limine* su ejercicio pleno, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación (Vid. Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia número 782 de fecha 3 de junio de 2009, caso: Compactadora de Tierra, C.A. CODETICA).

Igualmente, es pertinente reiterar que todos los razonamientos señalados precedentemente son realizados de manera preliminar, ya que en esta decisión se pasó a conocer *prima facie* la solicitud de Amparo Cautelar y, en ningún caso se pasó a resolver el mérito del asunto controvertido, por cuanto se está examinando una pretensión instrumental; por lo que las partes en el juicio principal demostrarán sus afirmaciones de hecho, presentarán sus defensas y elementos probatorios a los fines de hacer valer sus derechos e intereses, cuya decisiva solución se determinará es en la etapa de dictar la sentencia definitiva. Así se declara.

NORMATIVA

**Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones
de los Funcionarios, Funcionarias, Empleados y Empleadas de
la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los
Municipios.**

Gaceta Oficial N° 5.976 Extraordinario del 24 de mayo de 2010

**LA ASAMBLEA NACIONAL
DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
Decreta
La siguiente,**

**LEY DE REFORMA PARCIAL DE LA LEY DEL ESTATUTO
SOBRE EL RÉGIMEN DE
JUBILACIONES Y PENSIONES DE LOS FUNCIONARIOS O
FUNCIONARIAS, EMPLEADOS O
EMPLEADAS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
NACIONAL, DE LOS ESTADOS Y DE LOS MUNICIPIOS**

PRIMERO. Se modifica el Artículo 17, en la forma siguiente:

Artículo 17

El monto de la pensión de sobreviviente será igual al setenta y cinco por ciento (75%) de la jubilación correspondiente y se distribuirá por partes iguales entre los beneficiarios y beneficiarias. En ningún caso el monto total de la pensión de sobreviviente podrá ser inferior al salario mínimo nacional.

El hijo póstumo o hija póstuma concurrirá como beneficiario o beneficiaria de la pensión a partir del primer día de su nacimiento.

SEGUNDO. Se modifica el Artículo 18, en la forma siguiente:

Artículo 18

Los derechos de los hijos o hijas a la cuota correspondiente de pensión de sobreviviente cesarán cuando hubieren cumplido catorce años, o dieciocho años si fueren estudiantes, o cuando se emancipen o se recuperen de su incapacidad.

El viudo o viuda, concubino o concubina, beneficiario o beneficiaria de la pensión de sobreviviente, no perderá este derecho en caso de contraer nupcias o establecer una relación concubinaria. No se podrá recibir más de una pensión por este concepto.

TERCERO. De conformidad con lo establecido en el artículo 5 de la Ley de Publicaciones Oficiales, imprímase en un solo texto la Ley del Estatuto Sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional; de los Estados y de los Municipios, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 38.501, de fecha 16 de agosto de 2006, con las reformas aquí sancionadas y en el correspondiente texto íntegro, corrijase e incorpórese donde sea necesario, el lenguaje de género, los nombres de los Ministerios por "Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de", sustitúyase la numeración del articulado correspondiente a las disposiciones transitorias, derogatorias y finales por ordinales; de igual forma las firmas, fechas y demás datos de sanción y promulgación.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los veintidós días del mes de abril de dos mil diez. Años 200º de la Independencia y 151º de la Federación.

CILIA FLORES

Presidenta de la Asamblea Nacional

DARÍO VÍVAS VELASCO

Primer Vicepresidente

JOSÉ ALBORNOZ URBANO
Segundo Vicepresidente

IVÁN ZERPA GUERRERO
Secretario

VÍCTOR CLARK BOSCÁN
Subsecretario

Promulgación de la Ley de Reforma Parcial de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, de conformidad con lo previsto en el artículo 213 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los veintidós días del mes de mayo de dos mil diez. Año 200º de la Independencia, 151º de la Federación y 11º de la Revolución Bolivariana.

Cúmplase,
(L.S.)

HUGO CHÁVEZ FRÍAS

Refrendado

El Vicepresidente Ejecutivo, **ELÍAS JAUA MILANO**

La Ministra del Poder Popular del Despacho de la Presidencia, **ISIS OCHOA**

El Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, **TARECK EL AISSAMI**

El Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores, **NICOLÁS MADURO MOROS**

El Ministro del Poder Popular de Planificación y Finanzas, **JORGE GIORDANI**

El Ministro del Poder Popular para la Defensa, **CARLOS JOSÉ MATA FIGUEROA**

El Ministro del Poder Popular para el Comercio, **RICHARD SAMUEL CANAN**

El Ministro del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería,
JOSÉ SALAMAT KHAN

FERNÁNDEZ

El Ministro del Poder Popular para el Turismo, ALEJANDRO ANTONIO FLEMING CABRERA

El Ministro Encargado del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, ELÍAS JAUA MILANO

El Ministro del Poder Popular para la Educación Universitaria, EDGARDO RAMÍREZ

El Ministro del Poder Popular para la Educación, HÉCTOR NAVARRO

El Ministro del Poder Popular para la Salud, LUIS RAMÓN REYES REYES

La Ministra del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, MARÍA CRISTINA IGLESIAS

El Ministro del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, DIOSDADO CABELLO RONDÓN

El Ministro del Poder Popular para la Energía y Petróleo, RAFAEL DARÍO RAMÍREZ CARREÑO

El Ministro del Poder Popular para el Ambiente, ALEJANDRO HITCHER MARVALDI

El Ministro del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias, RICARDO JOSÉ MENÉNDEZ PRIETO

La Ministra del Poder Popular para la Comunicación y la Información, TANIA VALENTINA DÍAZ GONZÁLEZ

La Ministra del Poder Popular para las Comunas y Protección Social, ÉRIKA DEL VALLE FARÍAS PEÑA

El Ministro del Poder Popular para la Alimentación, FÉLIX RAMÓN OSORIO GUZMÁN

El Ministro del Poder Popular para la Cultura, FRANCISCO DE ASIS SESTO NOVAS

La Ministra del Poder Popular para el Deporte, VICTORIA MERCEDES MATA GARCÍA

La Ministra del Poder Popular para los Pueblos Indígenas, NICIA MALDONADO MALDONADO

La Ministra del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género, MARÍA LEÓN

El Ministro del Poder Popular para Energía Eléctrica, ALÍ RODRÍGUEZ ARAQUE

El Ministro de Estado para la Banca Pública, HUMBERTO RAFAEL ORTEGA DÍAZ.

**LA ASAMBLEA NACIONAL
DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
DECRETA**

La siguiente,

**LEY DEL ESTATUTO SOBRE EL RÉGIMEN DE
JUBILACIONES Y PENSIONES DE LOS FUNCIONARIOS
O FUNCIONARIAS O EMPLEADOS O EMPLEADAS DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL, DE LOS
ESTADOS Y DE LOS MUNICIPIOS**

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1

La presente Ley regula el derecho a la jubilación y pensión de los funcionarios, funcionarias, empleados y empleadas o empleadas de los organismos a que se refiere el artículo 2.

Artículo 2

Quedan sometidos a la presente Ley los siguientes órganos y entes:

1. Los Ministerios del Poder Popular y demás organismos de la Administración Central de la República.
2. La Procuraduría General de la República.
3. Los estados y sus entes descentralizados.

4. Los municipios y sus entes descentralizados.
5. Los institutos autónomos y las empresas en las cuales alguno de los organismos del sector público tenga por lo menos el cincuenta por ciento (50%) de su capital.
6. Las fundaciones del Estado.
7. Las personas jurídicas de derecho público con forma de sociedades anónimas.
8. Los demás entes descentralizados de la Administración Pública Nacional, de los estados y de los municipios.

Artículo 3

El derecho a la jubilación se adquiere mediante el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Cuando el funcionario, funcionaria, empleado o empleada haya alcanzado la edad de sesenta (60) años si es hombre, o de cincuenta y cinco (55) años si es mujer, siempre que hubiere cumplido, por lo menos, veinticinco (25) años de servicios; o,
2. Cuando el funcionario, funcionaria, empleado o empleada haya cumplido treinta y cinco (35) años de servicio, independientemente de la edad.

Parágrafo Primero: Para que nazca el derecho a la jubilación será necesario en todo caso que el funcionario, funcionaria, empleado o empleada haya efectuado no menos de sesenta (60) cotizaciones mensuales. De no reunir este requisito, la persona que desee gozar de la jubilación deberá contribuir con la suma única necesaria para completar el número mínimo de cotizaciones, la cual será deducible de las prestaciones sociales que reciba al término de su relación de trabajo, o deducible mensualmente de la pensión o jubilación que reciba en las condiciones que establezca el Reglamento de esta Ley.

Parágrafo Segundo: Los años de servicio en exceso de veinticinco (25) serán tomados en cuenta como si fueran años de edad, a los fines del cumplimiento del requisito establecido en el numeral 1 de este artículo, pero no para determinar el monto de la jubilación.

Artículo 4

Quedan exceptuados de la aplicación de la presente Ley, los organismos o categorías de funcionarios, funcionarias, empleados o empleadas cuyo régimen de jubilación o pensión esté consagrado en leyes nacionales y las empresas del Estado y demás personas de derecho público con forma de sociedades anónimas que hayan establecido sistemas de jubilación o de pensión en ejecución de dichas leyes. En ambos casos, deberán hacerse contributivos en forma gradual y progresiva de acuerdo con las respectivas leyes y en caso de que los beneficios sean inferiores a lo dispuesto en esta Ley, se equipararán a los aquí establecidos. La contribución en los supuestos a que se refiere este artículo podrá ser hecha en forma mensual o al final de la relación laboral.

Artículo 5

El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros podrá establecer requisitos de edad y tiempo de servicio distintos a los previstos en la presente Ley para aquellos organismos o categorías de funcionarios, funcionarias, empleados o empleadas que por razones excepcionales, derivadas de las características del servicio o riesgos para la salud, así lo justifiquen. El régimen que se adopte deberá ser publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 6

El Presidente o Presidenta de la República podrá acordar jubilaciones especiales a funcionarios, funcionarias, empleados o empleadas con más de quince años de servicio, que no reúnan los requisitos de edad y tiempo de servicio establecidos en el artículo anterior, cuando circunstancias excepcionales así lo justifiquen. Estas jubilaciones se calcularán en la forma indicada en el artículo 9 de esta Ley y se otorgarán mediante Resolución motivada que se publicará en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 7

A los efectos de la presente Ley, se entiende por sueldo mensual del funcionario, funcionaria, empleado o empleada, el integrado por el sueldo básico y las compensaciones por antigüedad y servicio eficiente. En el Reglamento de esta Ley se podrán establecer otros elementos de sueldo, según las características del organismo o del empleo.

Artículo 8

El sueldo base para el cálculo de la jubilación se obtendrá dividiendo entre veinticuatro (24) la suma de los sueldos mensuales devengados por el funcionario, funcionaria, empleado o empleada durante los dos últimos años de servicio activo.

Artículo 9

El monto de la jubilación que corresponda al funcionario, funcionaria, empleado o empleada será el resultado de aplicar al sueldo base, el porcentaje que resulte de multiplicar los años de servicio por un coeficiente de 2.5. La jubilación no podrá exceder del ochenta por ciento (80%) del sueldo base.

Artículo 10

La antigüedad en el servicio a ser tomada en cuenta para el otorgamiento del beneficio de la jubilación será la que resulte de computar los años de servicios prestados en forma ininterrumpida o no, en órganos y entes de la Administración Pública. La fracción mayor de ocho (8) meses se computará como un (1) año de servicio. A los efectos de este artículo, se tomará en cuenta todo el tiempo de servicio prestado en la Administración Pública como funcionario o funcionaria, obrero u obrera, contratado o contratada, siempre que el número de horas de trabajo diario sea al menos igual a la mitad de la jornada ordinaria del órgano o ente en el cual se prestó el servicio. Cuando por la naturaleza misma del servicio rija un horario especial, el órgano o ente que otorgará el beneficio deberá pronunciarse sobre los extremos exigidos en este artículo. En el caso que al

funcionario o funcionaria se le compute el tiempo laborado como obrero u obrera para el otorgamiento del beneficio de jubilación, el mismo deberá cumplir con el número mínimo de cotizaciones previstas en el Parágrafo Primero del artículo 3 de esta Ley.

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 funcionaria, empleado o empleada no podrá continuar en el servicio activo una vez superado el límite máximo de edad establecido en el artículo 3, salvo que se trate de los cargos de libre nombramiento y remoción previstos en los artículos 20 y 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública 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 o jubilada no podrá reingresar al servicio de ninguno de los órganos y entes a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, salvo cuando se trate de los cargos mencionados en el artículo anterior.

Artículo 13

El monto de la jubilación podrá ser revisado periódicamente, tomando en cuenta el nivel de remuneración que para el momento de la revisión tenga el último cargo que desempeñó el jubilado o jubilada. Los ajustes que resulten de esta revisión se publicarán en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela.

Artículo 14

Los funcionarios, funcionarias, empleados o empleadas sin derecho a jubilación recibirán una pensión en caso de invalidez permanente, siempre que hayan prestado servicios por un período no menor de tres (3) años. El monto de esta pensión no podrá ser mayor del setenta por ciento (70%) ni menor del cincuenta por ciento (50%) de su último sueldo. Esta pensión la otorgará la máxima autoridad del

organismo al cual preste sus servicios. A los efectos de este artículo la invalidez se determinará conforme al criterio establecido en el artículo 13 de la Ley del Seguro Social.

Artículo 15

La pensión de sobreviviente se causará por el fallecimiento de un beneficiario o beneficiaria de jubilación o de un empleado o empleada que a la fecha de su muerte llenare los requisitos para tener derecho a la jubilación. No se otorgará más de una pensión por mérito de un sólo causante.

Artículo 16

Tendrán derecho por partes iguales a la pensión de sobrevivientes los hijos o hijas y el cónyuge o la cónyuge del o la causante, que a la fecha de la muerte de éste o ésta, cumplan las condiciones que a continuación se especifican:

1. Los hijos o hijas de edad inferior a catorce años en todo caso, o inferior a dieciocho años si cursaren estudios regulares, o de cualquier edad si se encuentran totalmente incapacitados.
2. El cónyuge, si fuere totalmente incapacitado o mayor de sesenta (60) años de edad.
3. La cónyuge cualquiera que sea su edad. Iguales derechos y obligaciones tendrá el concubino o concubina del o la causante.

Artículo 17

El monto de la pensión de sobreviviente será igual al setenta y cinco por ciento (75%) de la jubilación correspondiente y se distribuirá por partes iguales entre los beneficiarios y beneficiarias.

En ningún caso el monto total de la pensión de sobreviviente podrá ser inferior al salario mínimo nacional.

El hijo póstumo o hija póstuma concurrirá como beneficiario o beneficiaria de la pensión a partir del primer día de su nacimiento.

Artículo 18

Los derechos de los hijos o hijas a la cuota correspondiente de pensión de sobreviviente cesarán cuando hubieren cumplido catorce

años, o dieciocho años si fueren estudiantes, o cuando se emancipen o se recuperen de su incapacidad.

El viudo o viuda, concubino o concubina, beneficiario o beneficiaria de la pensión de sobreviviente, no perderá este derecho en caso de contraer nupcias o establecer una relación concubinaria. No se podrá recibir más de una pensión por este concepto.

Artículo 19

A medida que cada beneficiario o beneficiaria cese en el derecho de su cuota de pensión de sobreviviente, dicha cuota se reducirá del monto total de la pensión.

Artículo 20

El Ministerio del Poder Popular con Competencia en materia de planificación elaborará y mantendrá actualizado el Registro Nacional de Jubilados, de conformidad con las normas que al efecto establezca el Reglamento de esta Ley.

TÍTULO II DE LAS COTIZACIONES Y APORTES

Artículo 21

Los funcionarios, funcionarias, empleados o empleadas deberán cotizar mensualmente. El monto de las cotizaciones no será menor del uno por ciento (1%) ni mayor del diez por ciento (10%) de la remuneración mensual; y lo fijará el Reglamento de la presente Ley, sobre una base gradual y progresiva, en relación al monto de dicha remuneración.

Artículo 22

Los organismos a los cuales se aplica esta Ley están obligados a aportar una cotización por un monto no inferior del que pague por igual concepto el funcionario o funcionaria, empleado o empleada; además de una suma única e igual al aporte del funcionario o fun-

cionaria, empleado o empleada, en el supuesto previsto en el Parágrafo Primero del artículo 3 de esta Ley.

Artículo 23

Cada organismo retendrá mensualmente la cotización que debe cubrir el empleado o empleada y la depositará, con el aporte del organismo dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles a partir de la fecha de la retención, en el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, el cual establecerá para los efectos de esta Ley, un Fondo Especial de Jubilaciones, separado de los ya existentes. De igual modo retendrá, cuando sea el caso, de las prestaciones sociales, la parte faltante para completar el número de cotizaciones y la depositará inmediatamente, junto con su aporte, en dicho fondo, de acuerdo con el parágrafo primero del artículo 3 de esta Ley. Los recursos así obtenidos no podrán ser utilizados para fines distintos al pago de las jubilaciones y pensiones a que se refiere la presente Ley. Estos recursos podrán ser colocados en fideicomiso en el Banco Central de Venezuela y su funcionamiento y administración estarán a cargo de una Comisión ad-hoc, con representación de los funcionarios o funcionarias y los empleados o empleadas, cuya composición y atribuciones serán establecidas en el Reglamento de esta Ley.

Disposiciones Transitorias

Primera

Las cotizaciones y contribuciones retenidas desde el 1º de enero de 1986 hasta la fecha de la entrada en vigencia de esta Ley, así como los correspondientes aportes de los organismos, serán transferidos por éstos, en un plazo no mayor de noventa días, contados a partir de la fecha de entrada en vigencia de esta Ley, al Fondo Especial de Jubilaciones del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, establecida en el artículo 23 de esta Ley.

Segunda

Las contribuciones realizadas por los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas que para la fecha de entrada en vigencia

de la presente Ley estén al servicio de los órganos y entes de la Administración Pública a que se refiere el artículo 2 de esta Ley, en fondos distintos al previsto en esta Ley para el otorgamiento del beneficio de jubilación, en virtud de acuerdos o convenciones colectivas de trabajo durante el tiempo que hayan laborado en condición de obreros u obreras al servicio de éstos, les serán computadas a todos los efectos y serán transferidas en un plazo no mayor de tres meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente Ley en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, al Fondo Especial de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional de los Estados y Municipios, a fin de que éste continúe en la administración de los mismos.

Tercera

El Ministerio del Poder Popular con competencia en materia de planificación actualizará el Registro Nacional de Jubilados con la información obtenida a través del censo previsto en el artículo 139 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social.

Disposición Derogatoria Única

Se deroga la Ley de Pensiones del 20 de junio de 1928.

Disposiciones Finales

Primera

Es incompatible el disfrute de la pensión de jubilación con el sueldo proveniente del ejercicio de un cargo en alguno de los órganos y entes a que se refiere el artículo 2 de esta Ley.

Segunda

Los jubilados y jubiladas recibirán anualmente una bonificación de fin de año calculada en la misma forma en que se haga para los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas, activos o ac-

tivas, la cual será pagada en la oportunidad en que lo determine el Ejecutivo Nacional.

Tercera

Quedan en vigor las jubilaciones o pensiones acordadas con anterioridad a la presente Ley. Se entenderán renunciadas de pleno derecho las pensiones acordadas con anterioridad si los sobrevivientes no concurrieran, en el término de seis (6) meses después de dictada la presente Ley, a comprobar su supervivencia y el cumplimiento de los requisitos necesarios.

Cuarta

Los regímenes de jubilaciones y pensiones establecidos a través de convenios o contratos colectivos seguirán en plena vigencia y en caso de que sus beneficios sean inferiores a los establecidos en esta Ley, se equipararán a la misma. Estos regímenes se harán contributivos en forma gradual y progresiva en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley, en la oportunidad en que se discutan los convenios o contratos colectivos. La ampliación futura de esos beneficios deberá ser autorizada por el Ejecutivo Nacional. Las jubilaciones y pensiones a que se refiere este artículo, seguirán siendo pagadas por los respectivos organismos. Los beneficios salariales obtenidos a través de la contratación colectiva para los trabajadores activos y trabajadoras activas, se harán extensivos a los pensionados o pensionadas, jubilados o jubiladas de los respectivos organismos.

Quinta

Los organismos cancelarán las jubilaciones y pensiones en la forma en que lo han venido haciendo hasta que estén en capacidad de realizarlo con los ingresos provenientes de las cotizaciones de los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas y de los aportes previstos en los artículos

21 y 22 de esta Ley.

Sexta

La presente Ley no afecta el régimen de contingencias y prestaciones contemplado en el artículo 4 de la Ley del Seguro Social.

Séptima

A los efectos de esta Ley, se reconoce todo el tiempo de servicio prestado a los órganos y entes mencionados en el artículo 2 de esta Ley, como funcionario o funcionaria, obrero u obrera, contratado o contratada. Los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas en servicio activo que para la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley reúnan los requisitos de edad y años de servicio para ser jubilados o jubiladas y no tengan las cotizaciones respectivas, podrán autorizar a la Administración de los órganos y entes mencionados en el artículo 2 de esta Ley, que descuento de sus prestaciones sociales, una suma única necesaria para completar el número mínimo de cotizaciones.

Octava

La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Las jubilaciones y pensiones se comenzarán a pagar con cargo al fondo de jubilaciones a partir del 1º de enero de 1989. Hasta esa fecha, su pago seguirá a cargo del respectivo organismo de sus propios recursos.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los veintidós días del mes de abril de dos mil diez. Años 200º de la Independencia y 151º de la Federación.

CILIA FLORES
Presidenta de la Asamblea Nacional

DARÍO VÍVAS VELASCO
Primer Vicepresidente

tivas, la cual será pagada en la oportunidad en que lo determine el Ejecutivo Nacional.

Tercera

Quedan en vigor las jubilaciones o pensiones acordadas con anterioridad a la presente Ley. Se entenderán renunciadas de pleno derecho las pensiones acordadas con anterioridad si los sobrevivientes no concurrieran, en el término de seis (6) meses después de dictada la presente Ley, a comprobar su supervivencia y el cumplimiento de los requisitos necesarios.

Cuarta

Los regímenes de jubilaciones y pensiones establecidos a través de convenios o contratos colectivos seguirán en plena vigencia y en caso de que sus beneficios sean inferiores a los establecidos en esta Ley, se equipararán a la misma. Estos regímenes se harán contributivos en forma gradual y progresiva en los términos que establezca el Reglamento de esta Ley, en la oportunidad en que se discutan los convenios o contratos colectivos. La ampliación futura de esos beneficios deberá ser autorizada por el Ejecutivo Nacional. Las jubilaciones y pensiones a que se refiere este artículo, seguirán siendo pagadas por los respectivos organismos. Los beneficios salariales obtenidos a través de la contratación colectiva para los trabajadores activos y trabajadoras activas, se harán extensivos a los pensionados o pensionadas, jubilados o jubiladas de los respectivos organismos.

Quinta

Los organismos cancelarán las jubilaciones y pensiones en la forma en que lo han venido haciendo hasta que estén en capacidad de realizarlo con los ingresos provenientes de las cotizaciones de los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas y de los aportes previstos en los artículos 21 y 22 de esta Ley.

Sexta

La presente Ley no afecta el régimen de contingencias y prestaciones contemplado en el artículo 4 de la Ley del Seguro Social.

Séptima

A los efectos de esta Ley, se reconoce todo el tiempo de servicio prestado a los órganos y entes mencionados en el artículo 2 de esta Ley, como funcionario o funcionaria, obrero u obrera, contratado o contratada. Los funcionarios o funcionarias, empleados o empleadas en servicio activo que para la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley reúnan los requisitos de edad y años de servicio para ser jubilados o jubiladas y no tengan las cotizaciones respectivas, podrán autorizar a la Administración de los órganos y entes mencionados en el artículo 2 de esta Ley, que descuento de sus prestaciones sociales, una suma única necesaria para completar el número mínimo de cotizaciones.

Octava

La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela. Las jubilaciones y pensiones se comenzarán a pagar con cargo al fondo de jubilaciones a partir del 1º de enero de 1989. Hasta esa fecha, su pago seguirá a cargo del respectivo organismo de sus propios recursos.

Dada, firmada y sellada en el Palacio Federal Legislativo, sede de la Asamblea Nacional, en Caracas, a los veintidós días del mes de abril de dos mil diez. Años 200º de la Independencia y 151º de la Federación.

CILIA FLORES
Presidenta de la Asamblea Nacional

DARÍO VÍVAS VELASCO
Primer Vicepresidente

JOSÉ ALBORNOZ URBANO
Segundo Vicepresidente

IVÁN ZERPA GUERRERO
Secretario

VÍCTOR CLARK BOSCÁN
Subsecretario

Promulgación de la Ley de Reforma Parcial de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Funcionarias, Empleados o Empleadas de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, de conformidad con lo previsto en el artículo 213 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Palacio de Miraflores, en Caracas, a los veintidós días del mes de mayo de dos mil diez. Año 200º de la Independencia, 151º de la Federación y 11º de la Revolución Bolivariana.

Cúmplase,
(L.S.)

HUGO CHÁVEZ FRÍAS

Refrendado

El Vicepresidente Ejecutivo, ELÍAS JAUA MILANO
La Ministra del Poder Popular del Despacho de la Presidencia, ISIS OCHOA

El Ministro del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia, TARECK EL AISSAMI

El Ministro del Poder Popular para Relaciones Exteriores, NICOLÁS MADURO MOROS

El Ministro del Poder Popular de Planificación y Finanzas, JORGE GIORDANI

El Ministro del Poder Popular para la Defensa, CARLOS JOSÉ MATA FIGUEROA

El Ministro del Poder Popular para el Comercio, RICHARD SAMUEL CANAN

El Ministro del Poder Popular para las Industrias Básicas y Minería, JOSÉ SALAMAT KHAN FERNÁNDEZ

El Ministro del Poder Popular para el Turismo, ALEJANDRO ANTONIO FLEMING CABRERA

El Ministro Encargado del Ministerio del Poder Popular para la Agricultura y Tierras, ELÍAS JAUA MILANO

El Ministro del Poder Popular para la Educación Universitaria, EDGARDO RAMÍREZ

El Ministro del Poder Popular para la Educación, HÉCTOR NAVARRO

El Ministro del Poder Popular para la Salud, LUIS RAMÓN REYES REYES

La Ministra del Poder Popular para el Trabajo y Seguridad Social, MARÍA CRISTINA IGLESIAS

El Ministro del Poder Popular para las Obras Públicas y Vivienda, DIOSDADO CABELLO RONDÓN

El Ministro del Poder Popular para la Energía y Petróleo, RAFAEL DARÍO RAMÍREZ CARREÑO

El Ministro del Poder Popular para el Ambiente, ALEJANDRO HITCHER MARVALDI

El Ministro del Poder Popular para Ciencia, Tecnología e Industrias Intermedias, RICARDO JOSÉ MENÉNDEZ PRIETO

La Ministra del Poder Popular para la Comunicación y la Información, TANIA VALENTINA DÍAZ GONZÁLEZ

La Ministra del Poder Popular para las Comunas y Protección Social, ÉRIKA DEL VALLE FARÍAS PEÑA

El Ministro del Poder Popular para la Alimentación, FÉLIX RAMÓN OSORIO GUZMÁN

El Ministro del Poder Popular para la Cultura, FRANCISCO DE ASIS SESTO NOVAS

La Ministra del Poder Popular para el Deporte, VICTORIA MERCEDES MATA GARCÍA

La Ministra del Poder Popular para los Pueblos Indígenas, NICIA MALDONADO MALDONADO

La Ministra del Poder Popular para la Mujer y la Igualdad de Género, MARÍA LEÓN

El Ministro del Poder Popular para Energía Eléctrica, ALÍ RODRÍGUEZ ARAQUE

El Ministro de Estado para la Banca Pública, HUMBERTO RAFAEL ORTEGA DÍAZ