UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL TÁCHIRA
VICERRECTORADO ACADÉMICO
DECANATO DE INVESTIGACIÓN Y POSTGRADO

EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCION DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS MUNICIPALES

Proyecto de Grado
para optar al Título de Especialista en Derecho Administrativo

Autora: Nancy de Jesús Sayago Useche

Tutora: Francy C. Becerra Chacón

San Cristóbal, Septiembre de 2014

DEDICATORIA

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por protegerme durante todo mi camino, darme fuerzas para superar obstáculos y dificultades a lo largo de mi existencia y permitirme llegar a este momento tan importante de mi formación profesional.

A mi madre, por ser el pilar más importante en mi vida, por demostrarme siempre su cariño y apoyo incondicional, quien me ha ayudado a salir adelante en los momentos más difíciles.

A mi padre quien me dio la vida, el cual a pesar de haberlo perdido en el último cohorte de esta especialidad, ha estado siempre cuidándome y guiándome desde el cielo y sé que está orgulloso de la persona en la cual me he convertido.

A mis hermanos, sobrinos y seres queridos que siempre estuvieron listos para brindarme toda su ayuda, por ellos soy lo que soy.

Al grupo de compañeros de especialidad, quienes me brindaron su apoyo incondicional a lo largo de esta trayectoria, nombrándome incluso como su representante de la sexta cohorte.

A mis profesores, gracias a ellos por enseñarme, aconsejarme e instruirme en el camino que efectué para lograr esta nueva etapa profesional, ellos son parte de este logro, espero que su esfuerzo y empeño sea reflejado en esta tesis.

Con todo mi cariño está tesis se las dedico a ustedes:

NANCY DE JESÚS SAYAGO USECHE

"La dicha de la vida consiste en tener siempre algo que hacer, alguien a quien amar y alguna cosa que esperar".

AGRADECIMIENTO

Al Decanato de Postgrado de la Universidad Católica Táchira, porque a través de ellos logre esta meta, al recibir el conocimiento intelectual y humano de cada uno de sus integrantes.

A mi Tutora Francy Coromoto Becerra Chacón, por su confianza en aceptarme como su pupila en el desarrollo de esta tesis, por su valiosa guía y asesoramiento en la realización de la misma.

A los Doctores Fortunato González y Jaime Grimaldo de la Ilustre casa Mater Universidad de Los Andes-Mérida, por sus consejos y orientación en el desarrollo de los objetivos de mi tesis.

Al Dr. Julio Cesar Colmenares Hernández por su ayuda profesional en el tema y apoyo en el material documental para el desarrollo de mi tesis.

A mi hermana la Ing. Lilian Sayago Useche, por su valiosa guía, consejos y asesoramiento en la redacción de la misma.

A mis Sobrinos María José y Johan Manuel Álvarez Sayago por su apoyo en la impresión de la tesis.

APROBACION DE LA TUTORA

En mi carácter de Tutora del Trabajo de Grado presentado por la ciudadana Nancy de Jesús Sayago Useche**,** para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es "**EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCION DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS MUNICIPALES",** considero que dicho trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación correspondiente.

En San Cristóbal, a los 02 días del mes de Septiembre de 2014

Francy Coromoto Becerra Chacón
C.I. Nº V-5.656.538

INDICE GENERAL

DEDICATORIA II

AGRADECIMIENTO III

APROBACION DE LA TUTORA IV

RESUMEN X

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO I 31

MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCION 31

A la Luz de la Constitución de 1999 31

Garantías Constitucionales Procesales inherentes al Procedimiento Disciplinario de Destitución de Funcionarios Municipales 34

Vulneración del Derecho a la Presunción de Inocencia 37

Fases Procedimentales que Garantizan el Derecho de Presunción de Inocencia 37

¿Cuándo se cumple con la Garantía del Juez Natural? 42

Derecho a ser Sancionado por Faltas o Infracciones Previstas en la Ley . 43

Condiciones que Garantizan el Principio de Tipicidad 44

La Tipicidad en el Procedimiento Disciplinario de Destitución 44

Principio Non Bis in Idem 45

CAPÍTULO II 48

EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD FRENTE AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN 48

Efectividad 48

Componentes del Cargo Público 48
Estabilidad como Garantía 49
Procedencia de la Estabilidad 49
Modos de Adquisición de la Estabilidad 50
ÓRGANOS 51
ENTES PUBLICOS 51
El Atractivo de la Estabilidad 51
Ingreso Simulado o Encubierto 55
Defensa del Derecho a la Estabilidad 57
El Tema de los Derechos Adquiridos 58
Estabilidad Provisional 61
Estabilidad e Inamovilidad 62
Críticas Doctrinarias 65
Efectividad de la Estabilidad Funcionarial 68
CAPÍTULO III 69
PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN 69
Obligación de Sancionar 69
Prescripción de las Causales de Destitución 69
Carácter Instrumental 70
El Acto Disciplinario 71
Causales de Destitución 71
Órganos Instructores 73
Idoneidad del Instructor Disciplinario 73
Condiciones del Instructor 74

Inicio del Procedimiento Disciplinario de Destitución 74
Actuaciones Previas 76
España 76
Colombia 77
Instrucción del Expediente Administrativo 77
Naturaleza y Valor Probatorio del Expediente Administrativo 78
Notificación del Investigado 79
Formas de Notificación 79
Datos Actualizados de los Funcionarios 79
Medidas Cautelares Administrativas 80
Suspensión del Cargo Con Goce de Sueldo 80
Suspensión del Cargo Sin Goce de Sueldo: 80
Requisitos de Procedencia de la Medida 81
Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia Sobre Medidas Cautelares Administrativas 81
Acceso al Expediente Administrativo 82
Limitación de Acceso al Expediente Disciplinario 83
Formulación de Cargos 83
Escrito de Descargos 86
Principio de Libertad de la Prueba en el Procedimiento Disciplinario 86
Enfoque Jurisprudencial 87
Base Legal del Principio 87
Medios de Prueba 87
Control y Contradictorio de la Prueba 88

Motivos de Oposición 89
Dictamen Jurídico 89
Omisión de Dictamen Jurídico 90
Decisión del Alcalde 90
CAPÍTULO IV 92
EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCION PREVALECE SOBRE EL BENEFICIO A LA JUBILACIÓN 92
Noción Preliminar 92
Conceptos de Jubilación 93
Enfoque Jurisprudencial del Concepto 94
Justificación de la Institución 95
Régimen Legal de Jubilaciones en la Función Pública Municipal 95
Excepciones de Ley 96
Naturaleza del Derecho 97
Computo de la Antigüedad 97
Obligatoriedad de la Jubilación 98
Petición del Beneficio 98
Retiro 99
Dispensa del Beneficio 99
Prescripción del Derecho a Reclamar Jubilación 100
Antecedentes 101
Motivación de la Sentencia en Estudio 101
Funcionarios Municipales Débiles Jurídicos 102
Críticas a la Decisión 103

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 108

UNIVERSIDAD CATOLICA DEL TACHIRA

VICERECTORADO ACADEMICO
DIRECCION GENERAL DE ESTUDIOS DE POST GRADO

"EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCION DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS MUNICIPALES"

Autora: Sayago, Nancy

Asesora: Becerra, Francy

Año: 2014

RESUMEN

El presente trabajo se inscribe en la modalidad de investigación descriptiva y factible, permitiendo hacer una completa observación y análisis respecto del Procedimiento Disciplinario de Destitución de Funcionarios Públicos Municipales, dado que esta Potestad, se contempla en nuestro ordenamiento jurídico como una garantía para asegurar deberes y obligaciones en cada órgano o ente administrativo. En tal sentido, este trabajo de grado, describirá el iter procedimental que se debe seguir en esos casos y las garantías necesarias para llegar a decisiones justas. La importancia del mismo, radica en que gracias a la detallada especificación de las distintas particularidades a ser tomadas en consideración para su ejecución por la Administración Pública y en especial por las oficinas de recursos humanos al momento de instruir expedientes, se previenen lesiones a la estabilidad y el derecho social a la jubilación, entre otros, no obstante ser circunstancias advertidas desde la derogada Ley de Carrera Administrativa. Las fuentes secundarias utilizadas en la investigación permitieron ir desarrollando progresiva y coherentemente cada uno de los objetivos específicos propuestos, por ser de naturaleza documental. Comprendió la misma, dos (2) fases: la primera, tendente a la realización de un diagnóstico de la situación legal y reglamentaria existente en la realidad objeto de la investigación y la segunda estuvo dirigida a agrupar componentes doctrinarios, jurisprudenciales y legales relacionados al objeto de la investigación.

DESCRIPTORES: Procedimiento Disciplinario Destitución, Funcionarios Públicos Municipales y Oficinas de Recursos Humanos.

INTRODUCCIÓN

La investigación para optar al título de especialista en Derecho Administrativo, tiene por objeto examinar y analizar el Procedimiento Disciplinario de Destitución establecido en el ordenamiento jurídico nacional, con base en sus fuentes y en algunas opiniones críticas respecto de las garantías que lo conforman tanto en la Constitución de 1999, como en la Ley del Estatuto de la Función Pública, sin dejar en ningún momento de referir las injustificadas omisiones que presenta este último cuerpo legal, en relación a las exigencias de la instrucción.

Al desenvolver el Procedimiento Disciplinario de Destitución de funcionarios públicos a nivel Municipal, nos encontramos que el Municipio en el país, es la "entidad local básica de la organización territorial del Estado y cauce inmediato de participación en los asuntos públicos"[1]. De esta manera quedó definida también dicha organización territorial y política por el Artículo 168 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela vigente[2]:

> "Los Municipios constituyen la unidad político primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la Ley. La autonomía municipal comprende:
> 1.- la elección de sus autoridades
> 2.- La gestión de las materias de su competencia.
> 3.- La creación, recaudación e inversión de sus ingresos.
> Las actuaciones del Municipio en el ámbito de sus competencias se cumplirán incorporando la participación ciudadana al proceso de definición y ejecución de la gestión pública y al control y evaluación de sus resultados en forma efectiva, suficiente y oportuna conforme a la Ley.
> Los actos de los municipios no podrán ser impugnados sino ante los Tribunales competentes, de conformidad con esta Constitución y la Ley".

Persigue entonces esta disposición constitucional renovar el municipalismo nacional, para hacer de la Democracia un régimen más representativo y participativo, es decir una forma de vida cotidiana del

[1] Miguel, Sánchez M: *Derecho Administrativo. Parte General*. Novena Edición. Madrid: Editorial Tecnos. 2013. p- 366.
[2] Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Nº 5.453 extraordinario. Fecha 24 de Marzo de 2000. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.

ciudadano, acercando el poder a las comunidades. En opinión de Brewer[3] sólo se puede participar efectivamente en los asuntos públicos en una democracia a nivel local y ello se logra ubicando el Gobierno local cerca del ciudadano.

Sobre la entidad municipal, el autor Villegas[4], citando a Posada relata que este último lo concibió desde tres puntos de vista: sociológico, político y jurídico. Así desde el punto de vista sociológico entiende al municipio como el núcleo social de vida humana total, definido naturalmente por las necesidades de la vecindad. En sentido político entiende el municipio como el organismo con su sistema de funciones para los servicios que se concretan y especifican intensa y distintamente en una estructura: Gobierno y Administración municipales propios desarrollados en un régimen jurídico y político, regional o nacional. En sentido jurídico concibe al municipio como una expresión de valor estrictamente histórico, aplicada a un fenómeno que se ha producido en los países de manera distinta, planteándose y resolviéndose su problema de modo muy diverso.

En atención a las anteriores visiones, cabe decir que los vecinos tienen derecho a utilizar los servicios públicos municipales y acceder a los aprovechamientos de bienes comunales o en su defecto a solicitar la activación de otras prestaciones públicas a cargo del municipio, lo que le confiere a cualquier vecino legitimación para reclamar en la vía judicial contencioso administrativo el cumplimiento de la obligación que la ley impone a los municipios de establecer y prestar servicios mínimos, mediante la utilización del personal idóneo a tal fin, el que queda en el deber de prestarlo con la eficacia y eficiencia debida.

---

[3] Allan, Brewer C: *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999*. Cuadernos de la cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Público. Universidad Católica del Táchira- No. 7. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 2001. p-18.

[4] José L, Villegas M: Derecho Administrativo Municipal. San Cristóbal: Librería y Galería Sin Límite. 2007. p-51.

Se tiene entonces que en la República el territorio nacional está organizado en municipios[5] de una gran diversidad cultural y social, respecto de los cuales la legislación que se dicte para desarrollar los principios constitucionales inherentes a su organización política, deberá tomar en cuenta diferentes regímenes para su Gobierno y Administración[6]. En particular, la legislación especializada deberá establecer las opciones para la delineación de esos regímenes de acuerdo a las características de cada Municipio.

De esta manera el Municipio en nuestro país, es partícipe del Poder Público dentro un sistema de distribución vertical del poder, junto con la República y los estados, que trae el texto constitucional. No se trata de una simple demarcación administrativa dentro de la estructura del Estado. No es sólo una administración más dentro de una Administración Pública unitaria; sino que es un nivel político-territorial con una Administración Pública municipal propia[7], respecto de la cual no hay injerencia de los otros niveles, en virtud de la autonomía de que están provistos.

Como Poder Público que es, el municipal se ejerce a través de cuatro funciones[8]: a) la función ejecutiva, desarrollada por el Alcalde o Alcaldesa a quien corresponde el Gobierno y la Administración; b) la función deliberante que corresponde al Concejo Municipal integrado por concejales y concejalas; c) la función de control fiscal que corresponde a la Contraloría Municipal en los términos establecidos en la ley y en la Ordenanza y d) la función de planificación que será ejercida en corresponsabilidad con el Consejo Local de Planificación Pública.

---

[5] *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Artículo 16.
[6] Ob. Cit. Artículo 169.
[7] Allan, Brewer C: *El Régimen Municipal en Venezuela*. Colección Estudios Administrativos No. 2. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1984. p-23.
[8] Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinaria de fecha 28 de diciembre de 2010. *Ley Orgánica del Poder Público Municipal.* Artículo 75.

De manera particular el Gobierno y Administración municipal se sirven de los distintos órganos y entes que conforman la Administración Pública Municipal, sean centralizados, descentralizados o desconcentrados, los cuales por lo demás se rigen por lo principios constitucionales que ordenan su actividad, con el fin de alcanzar mayores niveles de desempeño, atención y participación de los ciudadanos y ciudadanas en la gestión, racionalidad de costos y continuidad en el ejercicio de la función pública[9].

Tiene entonces soportes constitucionales y legales la Administración Pública Municipal, la que gobernada y administrada por el Alcalde o Alcaldesa, está obligada a desarrollar programas de gerencia con procesos de mejora y formación continua de su personal funcionarial, de elevación de los conocimientos respecto de las atribuciones que son propias de cada cargo y de continuidad en el ejercicio de la función pública a los fines de un mejor servicio a los ciudadanos y ciudadanas, la mayor eficacia y eficiencia en la prestación de los servicios públicos[10].

Igualmente la Administración Pública Municipal está obligada a crear un sistema intermunicipal o asociativo entre sí y con otros entes, sobre la materia de recursos humanos, para facilitar el intercambio de conocimientos y experiencias de los funcionarios y funcionarias que prestan servicios para distintas municipalidades, con el propósito de promover el desarrollo de la carrera administrativa del funcionario o funcionaria municipal en el territorio nacional.

Todas estas políticas en materia de personal o de recursos humanos, que tienen legalmente previstas las 335 municipalidades del país, deben desarrollarse en los planes de personal, los cuales serán los instrumentos que la integran de acuerdo al Artículo 12 de la Ley del Estatuto de la Función

[9] Ob. Cit. Artículo 76.
[10] Ob. Cit. Artículo 77.

Pública[11], como los programas y actividades a ejecutar los órganos y entes de la Administración Pública Municipal en un año fiscal, para la óptima utilización del recurso humano a su servicio, pues están orientados al cumplimiento de los programas y metas institucionales, entre los cuales se encuentran los contemplados en los Artículos 76 y 77 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

Junto a los programas y actividades institucionales mencionadas, la Ley del Estatuto de la Función Pública, traza de manera categórica un conjunto de normas jurídicas sustanciales que tienen como fin básico imponerle a sus funcionarios y funcionarias determinadas conductas de hacer o no hacer, para preservar de esta manera una forma de actuación correcta. En este conjunto se incluyen deberes, prohibiciones, incompatibilidades e ilicitudes de conducta, que en caso de ser irrespetados por aquellos, pueden dar lugar a la apertura de procedimientos disciplinarios sancionatorios[12], a los efectos de asegurar obediencia, disciplina, comportamiento ético, moralidad y eficiencia, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo.

Estas potestades encuentran justificación en el texto constitucional vigente, en donde se puede apreciar que el Artículo 144 ordena que sea por Ley, que se establezca el Estatuto de la Función Pública en todo lo que tiene que ver con Procedimientos Disciplinarios Sancionatorios de los funcionarios o funcionarias que mantienen una relación jurídica funcionarial con la Administración Pública Municipal en los siguientes términos:

> "La ley establecerá el Estatuto de la Función Pública, mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública y proveerá su incorporación a la seguridad social"…omissis…

---

[11] *Gaceta Oficial N° 37.522 de fecha 06 de septiembre de 2002.*

[12] guayacan.uninorte.edu.co/publicaciones/revista_actualidad_jurídica/upload/file/3%20y%204%20edición/actualidad%20jurídica%209.pdf. Mario Felipe Daza Pérez. *Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario ¿Autónoma o Independiente?* tercera y cuarta edición.

La Constitución venezolana recoge en esta disposición, la tesis española de la teoría estatutaria de la relación funcionarial[13], que conlleva al acceso a la función pública mediante un acto unilateral de nombramiento y no mediante un contrato, una relación de servicio regulada de manera impersonal por normas generales y por el último que el funcionario o funcionaria no tenga ningún derecho adquirido al mantenimiento de una determinada regulación de sus condiciones de trabajo o a impedir su modificación, todo derivado de los poderes de los cuales está investida, lo que le permite imponerle otras condiciones más.

La nota principal de la situación en la que el régimen del servicio o de la relación jurídica funcionarial está previamente determinado en la ley, es que la Administración Pública Municipal, dispone del poder para imponer sus condiciones de manera unilateral y por lo tanto, no hay posibilidad legal de que el funcionario o funcionaria entre a discutir las condiciones de empleo, ni fijar alcances funcionariales distintos de los concebidos por las normas generales y abstractas que regulan[14] su especial relación funcionarial, como si ocurre en la relación laboral. Todo lo contrario, en el supuesto de que incursione en un ilícito disciplinario, puede ser sujeto de un Procedimiento Sancionador.

Ahora bien, en el ámbito municipal venezolano, el Artículo 88, numeral 7° de la ley orgánica respectiva le confiere al Alcalde o Alcaldesa, la potestad suprema en materia de administración de personal, la opción de ingresarlo, nombrarlo, removerlo o destituirlo, conforme a los Procedimientos Disciplinarios establecidos en la Ordenanza que rige la materia. Como puede apreciarse tal norma legal, crea un problema al operador disciplinario al momento de iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionatorio, pues la

[13] Miguel, Sánchez Morón: *Derecho de la Función Pública.* Tercera Edición. Madrid: Editorial Tecnos. 2001. p-61.
[14] Diego Younes Moreno: *Derecho Administrativo Laboral*. Novena Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2001. p- 21.

ley municipal le ordena seguir los procedimientos que tenga la Ordenanza respectiva en cada entidad local, lo cual a la luz de la Constitución vigente, resulta totalmente contrario a Derecho.

En primer lugar, resulta improcedente tal disposición, por cuanto la materia de legislación de procedimientos de acuerdo a la Constitución de la República es reserva legal y por tanto sólo atribuida al Poder Nacional, por mandato del Artículo 156 numeral 32 vigente. En consecuencia el funcionario o funcionaria que recurra a un iter procedimental distinto al establecido en la Ley del Estatuto de la Función Pública vigente, no sólo comete una ilegalidad, sino que también pueden ser sujetos de destitución y en especial los titulares de las unidades de recursos humanos de la Administración Pública Municipal, por disponerlo de esta manera el último aparte del Artículo 89 de la mencionada ley.

En segundo lugar, la Ley Orgánica del Poder Público Municipal vigente, muestra en esta norma una visible contradicción con el Artículo 5° de aquel texto normativo, que es del siguiente tenor:

> "Los municipios y demás entidades locales se regirán por las normas constitucionales, las disposiciones de esta ley, la legislación aplicable, las leyes estadales y lo establecido en las Ordenanzas y demás instrumentos jurídicos municipales…omissis…" .

Queda entonces claro, que la ley aplicable en materia de Procedimientos Disciplinarios a los funcionarios y funcionarias municipales es la del Estatuto de la Función Pública, la cual por lo demás le confiere a los Alcaldesas o Alcaldesas las facultades de dirección y gestión de la función pública en sus respectivas entidades locales, que no es otra cosa que la posibilidad de nombrarlo, destituirlo y trazarle objetivos y metas a alcanzar en sus respectivos cargos en ejercicio de funciones públicas, so pena de ser sancionados, previo debido proceso. Las anteriores atribuciones, preservadas por sanciones disciplinarias, se justifican porque está en juego de una parte el interés colectivo de poder contar con una Administración

Pública eficaz que lleve adelante sus programas y actividades, de acuerdo a la planificación prevista y por la otra al cumplimiento de las situaciones disciplinarias por el funcionario público.

Ahora bien, la selección de dicho personal funcionarial, debe ser rigurosa a través de los métodos legales previstos en la Ley y su Reglamento, habida cuenta que un funcionario o funcionaria es un trabajador que brinda un servicio de utilidad social, a otras personas o comunidades que se benefician del mismo, pues tiende a crear bienestar social a través de los servicios públicos que tienen bajo su responsabilidad, los cuales por lo demás deben ser prestados con eficiencia al momento de manejar finanzas públicas destinadas al gasto público. El hecho de manejar atención a los ciudadanos y administrar recursos públicos les confiere una responsabilidad particular a la labor de los servidores públicos. Su comportamiento debe ser intachable, ya que la sociedad confía en su honestidad, lealtad y transparencia.

Vale la pena añadir que el funcionario o funcionaria público municipal debe ser idóneo para el desempeño del cargo, entendiendo esta especialidad, como la capacidad del ciudadano que es nombrado para desempeñar este estatus, en obrar ética y jurídicamente de manera correcta[15]. Y es que un funcionario o funcionaria municipal, está relacionado jurídicamente con un órgano o ente administrativo, por haber cumplido con un conjunto de requisitos legales para su ingreso, de los cuales luego se convierte en su colaborador o agente y aunque su vida privada no está en la esfera de la disciplina administrativa, ello es así cuando esas acciones ofenden el orden y la moral pública o perjudican a terceros o a una persona en particular.

[15] Manuel, Rojas: *La Ética en la Administración Pública y el Código de Conducta de los Servidores Públicos*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2006. p-11.

De manera específica cuando la mala conducta del funcionario o funcionaria en la vida pública o privada trasciende y quebranta el orden público disciplinario, es automático que deba abrirse el respectivo Procedimiento Disciplinario.

Sin embargo en el campo de la función pública, la carrera administrativa de los funcionarios y funcionarias municipales, muchas veces queda comprometida cuando se les abre indefectiblemente Procedimientos Disciplinarios Administrativos por incurrir en contravención a sus deberes, obligaciones, prohibiciones o limitaciones, lo cual de por sí es muy lamentable y desdice del compromiso que éstos tienen para con sus respectivas organizaciones municipales y que fueron asumidos al jurar en sus respectivos cargos. Tal deber es inexcusable en virtud de que en el país sancionar es un deber.

En efecto, la Ley del Estatuto de la Función Pública, como instrumento normativo disciplinario conmina a todo funcionario o funcionaria municipal que ejerza funciones de jerarquía o supervisión a sancionar, porque está investido de dicho poder, cuando se encuentre obligado a ello, por si algún subordinado hubiere cometido alguna falta o infracción disciplinaria que haga procedente su aplicación, so pena de ser sancionado en caso de omitir el ejercicio de este poder jurídico[16]; tal deber quedó estipulado en el único aparte del Artículo 79 de la referida Ley que dice:

> (…) Aquél funcionario o funcionaria público que estando en el deber de sancionar, no cumple con su deber, será sancionado por la autoridad correspondiente conforme a lo establecido en la presente Ley, sus reglamentos y demás leyes que rijan la materia…omissis…

En el uso de las facultades correctivas, la Administración Pública Municipal, le debe resultar inaceptable que funcionarios o funcionarias desempeñen cargos para los cuales no tienen capacidad, cultura o habilidad,

[16] Jesús D. Rojas Hernández: *Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador como límites de la Potestad Administrativa Sancionatoria*. Caracas: Paredes Libros Jurídicos, C.A. 2004. p-17.

si ingresaron mediante la realización de concursos dudosos u obviaron fases procedimentales determinantes para que se configurara su legalidad, y gocen de estabilidad. Es inadmisible por el interés general que tutela que se cometan faltas contra la honradez o la honestidad a través de hechos que sean contrarios a la moral pública, mediante una conducta dolosa o culposa que tienda a afectar el patrimonio público o la imagen de cualquiera de sus instituciones.

Para sancionar la gama de infracciones establecidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública; la Administración Pública Municipal, debe dar respuestas adecuadas a sus infractores en base a la entidad de la falta o ilicitud cometida, pues de actuarse de manera desproporcionada en la valoración de los hechos o imposición de la sanción o sanciones, la actividad punitiva del organismo caería en una abierta contradicción con el valor de la seguridad jurídica que debe guiar objetivamente en el transcurrir de un Procedimiento Disciplinario de Destitución en el ámbito local[17]. Tal proceder permitirá a los sancionables saber en cada momento cuáles son sus derechos y obligaciones.

En definitiva, los funcionarios o funcionarias públicos municipales, están obligados a cumplir con los deberes, atribuciones y responsabilidades que les incumben al momento de ser incorporados al cargo, lo que también es un derecho, pues así está dispuesto en el Artículo 22 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y los superiores inmediatos de su parte quedan en el deber de informarlos respecto de tales funciones, fines y organización de la unidad en la cual queda adscrito, para que preste sus servicios de la mejor manera. Igualmente la jurisprudencia del contencioso administrativo funcionarial ha admitido que en el organigrama de cualquier organismo

[17] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. *Jurisprudencia. Volumen I*. Con un índice alfabético del contenido de las sentencias. 2001. p-635.

municipal, se puedan establecer las funciones de un funcionario o funcionaria[18].

Será entonces el Procedimiento Disciplinario el conjunto de trámites que lleva a cabo la Administración Pública municipal, dirigido a esclarecer un hecho y a establecer responsabilidades, gracias al ejercicio de Potestades Disciplinarias que no pueden ser confundidas con las Potestades Sancionatorias, pues de acuerdo a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la disciplinaria se dirige a la represión de actuaciones contrarias a la conducta debida dentro de determinada estructura organizativa de servicio o bien en el marco de una relación jurídica concretada y la sancionatoria consigue su fundamento y fin en el ejercicio de un poder de imperio dirigido a la preservación del ordenamiento jurídico administrativo[19], con lo cual quedan excluidas las posibilidades de confusión al respecto.

Se sirve entonces la Administración Pública local para aplicar potestades disciplinarias correctivas de la institución procesal conocida como procedimiento, que va a servir como instrumento, porque no es un fin en sí mismo, sino instrumento cauce para alcanzar un fin[20]. A través del Procedimiento Administrativo en general la Administración valora todos los intereses en juego para la adopción de cualquier decisión derivada de su actividad[21]. Consiste entonces el Procedimiento Administrativo y entre ellos el Disciplinario previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública en una pluralidad de actos ligados y coordinados entre sí, en función del fin o del

[18] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. *Jurisprudencia. Volumen III*. Con un índice alfabético del contenido de las sentencias. Caracas: Editorial Melvin C.A. 2001. p-341.
[19] http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/1212-230604-02-3057.htm. Caso: Carlo Palli Vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, con sede en Cagua. Expediente: 02-3057. Fecha: 23 de julio de dos mil cuatro (2004). Magistrado Ponente: Pedro Rondón Haaz.
[20] José, Araujo J: *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Tercera Edición. Valencia-Caracas. Vadell Hermanos Editores. 1998. p-36.
[21] José I. Hernández: *Lecciones de Procedimiento Administrativo.* Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2012. p-32.

acto perseguido, de modo que sin cada acto anterior, ninguno de los posteriores tiene validez y sin cada acto posterior, ninguno de los anteriores tiene eficacia[22].

Ese conjunto de actos de trámite que constituyen el Procedimiento Disciplinario de Destitución, conforman la llamada instrucción o sustanciación, que hace que un funcionario o funcionaria sometido al mismo, pueda presentar alegatos y medios de prueba a su favor. Sin embargo, este último postulado algunas veces no es absoluto, por cuanto que la investigación disciplinaria debe ser impulsada por los poderes inquisitivos que tiene principalmente la Administración Pública Municipal en este caso, la que también deberá aportar pruebas a fin de que la decisión que se dicte se ajuste a Derecho.

No obstante los anteriores requerimientos procesales de inexcusable cumplimiento, se encuentra en la actividad administrativa que en muchas ocasiones los operadores disciplinarios manipulan u omiten actos del Procedimiento a los efectos de obtener un resultado predeterminado en contra del funcionario o funcionaria, con lo cual infringen de nulidad tales actuaciones, por estar así señalado en el Artículo 19, numeral 4° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al omitirse total y absolutamente el Procedimiento legalmente establecido.

La ausencia total de procedimiento está contemplada como un vicio de nulidad absoluta que se obtiene no sólo cuando se configuran las llamadas -Vías de Hecho-que es una actuación fuera del cauce jurídico o el no seguimiento de los trámites de ley en un determinado procedimiento, los cuales de ocurrir producen la nulidad absoluta de lo actuado. La doctrina y la jurisprudencia contencioso administrativa funcionarial progresivamente han delineado el contenido y alcance del referido vicio de procedimiento administrativo, al permitir una valoración distinta cuando pueda afectar al

[22] José, Araujo J: *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Tercera Edición. P-28.

acto administrativo en atención a la trascendencia de las infracciones del procedimiento.

En tal sentido, se ha establecido que “el acto administrativo adoptado estaría viciado en nulidad absoluta, cuando: a) Ocurra la carencia total y absoluta de los trámites formales legalmente establecidos, b) Se aplique un procedimiento distinto al previsto por la Ley Correspondiente, es decir, cuando por una errónea calificación previa del procedimiento a seguir, se desvíe la actuación administrativa del iter procedimental que debía aplicarse de conformidad con el texto legal correspondiente y c) Cuando se prescinde de principios y reglas esenciales para la formación de la voluntad administrativa o se transgreden fases del procedimiento que constituye en garantías esenciales del administrado”[23].

Por esta razón, cuando el vicio de procedimiento no produce una disminución efectiva, real y trascendente de las garantías del administrado, sino que representa sólo fallas o irregularidades parciales, derivadas del incumplimiento de un trámite del procedimiento, la jurisprudencia ha considerado que el vicio es sancionado con anulabilidad ya que sólo constituyen vicios de ilegalidad aquellos que tengan suficiente relevancia y como tales provoquen una lesión grave al derecho de defensa del destinatario.

Sobre este asunto la propia Sala Político-Administrativa[24] ha asentado “que ni el procedimiento administrativo ni la formalidades de los actos administrativos, son fines en sí mismos, sino canales a través de los cuales son dictados, de forma tal que si fallan, alteren la voluntad de la

[23]Evelyn, Marrero. Doctrina de la Sala Político Administrativa. N° 53. Colección Doctrina Judicial. Tribunal Supremo de Justicia. Fundación Gaceta Forense. *Sentencia N° 01122. Fecha: 10 de noviembre de 2.010*. Caso: Sucesión de Erlinda del Carmen Bastidas Márquez de Estebanez vs. Contraloría General de la República. 2010. p-131

[24]Evelyn, Marrero. Doctrina de la Sala Político Administrativa. Octubre 2005-diciembre 2006.Tribunal Supremo de Justicia. Colección Doctrina Judicial N° 22. Sala Político Administrativa. *Sentencia N° 1698. Fecha: 19 de julio de 2.000*. 2007. p-121

administración o creen algún tipo de indefensión al administrado, acarreará la nulidad de lo actuado".

Otra actuación instructora que produce serias dificultades a los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública dentro de un Procedimiento Disciplinario es la que tiene que ver con la deficiente valoración de los hechos o de las pruebas que realizan los funcionarios o funcionarias responsables de determinar si es procedente la iniciación del mismo, pues muchas veces estos se inician sin pruebas suficientes o sólo se llevan a cabo para satisfacer intenciones ajenas al verdadero propósito de aquellos, como ocurre con frecuencia con los Procedimientos que incurren en Desviación de Poder o en Falso Supuesto entre otros vicios.

Los anteriores vicios ocurren, tal vez no sólo por la falta de profesionalización y capacitación de los funcionarios y funcionarias de recursos humanos de las Alcaldías sustanciadores o instructores, lo cual es un deber permanente para estos entes político-territoriales; sino también por la ausencia dentro de la normativa procesal del vigente Estatuto de la Función Pública de un conjunto de actuaciones previas al ejercicio del Procedimiento Disciplinario, con el fin de que el operador disciplinario especializado establezca plenamente la existencia de los hechos; que llegue a la conclusión jurídica que las conductas respecto de las cuales se pide sanción, constituyeron verdaderas faltas disciplinarias[25].

Se debe juzgar entonces, con base al sistema de la "sana crítica" y las máximas de experiencia, por cuanto que se debe partir del entendimiento que el funcionario o funcionaria que juzga disciplinariamente, debe tener la virtud o disposición de valerse del conjunto de principios, preceptos y reglas necesarias para juzgar bien; porque al tratarse de una actividad humana que tiene como propósito hacer el bien o por lo menos lo correcto, debe tener,

[25] Jaime, Mejía y Silvio, Quiñones: *Procedimiento Disciplinario*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA. 2004. p-309.

también, una finalidad ética por lo que se debe atender a las virtudes y no a las desvirtudes; a la disposición para hacer el bien o por lo menos lo correcto y no a la predisposición para hacer el mal o lo incorrecto[26].

Del mismo modo, en el Procedimiento Disciplinario de Destitución previsto en el Estatuto de la Función Pública, se encuentran ausentes un conjunto de formalidades procesales, que de existir le darían más seguridad a las defensas que pudiera presentar cualquier funcionario o funcionaria sujeto al mismo, como por ejemplo los requisitos que debe contener el auto de formulación de cargos, los cuales muchas veces son elaborados inspirados sólo en la percepción que de los hechos a investigar tiene el instructor, pero no bajo una formulación precisa que sea determinada legalmente y en donde el objeto de las pruebas que le sirvan de soporte, sea claramente explicado por la Administración Pública Municipal.

Otra ausencia procesal que disminuye la garantía del derecho a la defensa del funcionario o funcionaria sometido a un Proceso Disciplinario, es la que tiene que ver con la falta de una disposición legal que establezca cómo se hace en el Derecho Funcionarial Municipal comparado, cuáles son los supuestos que los eximen o pueden eximir de responsabilidad administrativa o disciplinaria, pues hasta la presente el Estatuto de la Función Pública ha sido un instrumento normativo que se inclina a favorecer las posiciones punitivas de la Administración Pública Municipal, ni menos se establecen atenuantes así como agravantes a las actuaciones funcionariales, pues a pesar de la evolución de esta especialidad de Derecho Administrativo en el país, aún no se aborda con decidida voluntad una reforma profunda a esta ley.

Tampoco en la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública, que es extremadamente punitiva como ya se indicó, se establece el respeto a la

[26] http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf Boris, Barrios (2006) *Teoría de la sana critica.*

dignidad humana que debe recibir el funcionario o funcionaria sometido a un Procedimiento Disciplinario, el cual muchas veces no recibe el trato a que tiene derecho, sino que se le lleva a cabo un Procedimiento sólo por cubrir esa exigencia legal, pero colocándole serios obstáculos para el ejercicio pleno de su Derecho a la Defensa, como por ejemplo menoscabar los derechos a acceder al expediente las veces que lo requieran, no ser oídos, silenciarles pruebas, omitir fases primordiales del Procedimiento como el control y contradictorio de la prueba, que por lo demás conforman garantías procesales en su favor.

Este deficiente juzgamiento disciplinario debe ser erradicado por los operadores disciplinarios en ejercicio de potestades disciplinarias para no impactar de manera negativa y subsidiaria la garantía de "presunción de inocencia" aplicable también a los procedimientos administrativos disciplinarios, el cual es una manifestación del debido proceso.

La garantía de presunción de inocencia prevista en el Artículo 49, numeral 2° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no es una presunción absoluta, sino que por el contrario es una presunción que admite la posibilidad de ser desvirtuada. "Es una presunción que le garantiza a cualquier funcionario o funcionaria la realización de un procedimiento disciplinario previo para poder atribuirle culpabilidad sobre algún supuesto disciplinario, sea amonestación escrita o destitución, según el ordenamiento jurídico nacional en el que se le garantice exponer sus alegatos y defensas, para luego de determinada la culpabilidad o no del imputado, pueda ser desvirtuada la presunción de inocencia si fuere el caso"[27].

De lo contrario se estaría atentando contra el derecho a la defensa de los administrados, aunque se tengan potestades disciplinarias de carácter legal, pues éstos tendrían que soportar eventualmente una sanción, sin haber tenido la oportunidad previa de esgrimir los alegatos y probanzas que

[27] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. *Jurisprudencia. Volumen II*. Ob. Cit. p-413.

estimaren pertinentes, lo cual resulta contrario al Estado de Derecho y de Justicia proclamado constitucionalmente. En otras palabras el sancionado debe tener conocimiento previo de los hechos que se investigan por cualquier acto de trámite o de sustanciación[28] y de las sanciones que se le podrían aplicar.

También el Procedimiento Disciplinario de Destitución, coloca en tela de juicio la institución de la estabilidad, habida cuenta del gran atractivo que existe dentro de las comunidades locales, para ingresar a un cargo público, que conceptualmente no es otra cosa que el derecho a permanecer en el mismo, por el tiempo que le haga merecedor al beneficio de la jubilación. Sin embargo, en la práctica tal derecho, no resulta de todo cierto, habida cuenta de las múltiples circunstancias que lo amenazan y que muchas veces son el resultado de casos típicos de autoritarismo o abuso de poder, más recientemente.

Lo anterior en virtud de que la aparente estabilidad no es más que eso, ya que al omitirse algún requisito legal en un nombramiento, la permanencia de un funcionario o funcionaria empieza a ser amenazada por una decisión revocatoria de la Administración en este sentido. La permanencia o estabilidad debe ser el resultado del debido proceso administrativo y no de la discrecionalidad o subjetivismo de los gobernantes de turno.

Debe quedar claro entonces que los derechos y obligaciones de los funcionarios públicos, entre ellas, la estabilidad, son exclusivamente fijados previamente por vía de Ley del Estatuto de la Función Pública, para ello advierte el jurista Araujo[29] ningún arreglo particular entre la Administración Pública y el funcionario público para desvirtuarla. De tal manera que, la

[28] www.jca.tsj.gov.ve.CortePrimeradeloContenciosoAdminidstrativo *Expediente Judicial N°03-1535. Fecha: 26 de junio de 2003. Caso: Alexander Pérez Vs. Contraloría del estado Táchira.* Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño.

[29] Araujo J, José: *Derecho Administrativo. Parte General*. Caracas: Ediciones Paredes. 2007. p-708.

permanencia o estabilidad de un funcionario o funcionaria en el sector público sólo puede devenir de una norma jurídica que lo delimite y garantice. Este tradicional criterio en el ámbito del Derecho Funcionarial venezolano, fue recogido en el Artículo 30 de la actual Ley del Estatuto al disponer:

> "Los funcionarios o funcionarias públicas de carrera que ocupen cargos de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por las causales contempladas en la presente Ley".

En base a lo anterior se puede afirmar que cuando un funcionario o funcionaria considere que ha sido retirado de su puesto de trabajo por una causa no justificada tiene el derecho subjetivo público de recurrir ante los órganos jurisdiccionales para hacer valer su pretensión de reincorporación, pues esta clase de derecho equivale a un poder exclusivo que el ordenamiento jurídico le confiere a una persona para actuar en defensa de sus propios intereses, que por lo demás son sujetos de protección.

Una última circunstancia a abordar en el presente trabajo de investigación, es la que tiene que ver con la procedencia del Procedimiento Disciplinario de Destitución frente al Derecho a la Jubilación que pueda tener un funcionario o funcionaria municipal que cumpla con los requisitos para su otorgamiento, pues se puede dar el hecho de un retiro de uno de ellos por esta causa en detrimento de aquel derecho, lo cual lleva a que la Administración Pública Municipal adopte criterios constitucionales, como el del Estado Social, el cual por lo demás es poco conocido o difundido en este nivel político-territorial.

El problema entonces de la aplicación del Procedimiento Disciplinario de Destitución por parte de los órganos y entes públicos, frente a sus servidores, habida cuenta de la relación funcionarial existente, es el de analizar con detenimiento, si se le brindan las garantías procesales inherentes al Debido Proceso y como opera tal Procedimiento frente a figuras constitucionales como la estabilidad y la jubilación, y si en el curso del mismo, hay un uso cabal de las herramientas procesales que tienden a

esclarecer los hechos por parte de los respectivos operadores disciplinarios o si por el solo hecho de tenerlos asignadas potestades investigativas, legalmente cuentan con una amplia discrecionalidad para su aplicación.

Es necesario por tanto, replantearse dentro del marco del Derecho Administrativo Disciplinario actual, la implementación de una formulación más respetuosa a la dignidad humana de esta clase de procedimiento y una forma más rigurosa de cumplir con los trámites en un marco legal que tienda a promocionar las garantías procesales que comporta el debido proceso, para de esta manera no quebrantar la serie de derechos que el mismo contiene y no se haga por tanto un mal uso de estas facultades exorbitantes. Se trata entonces de contribuir en parte a despejar un panorama que luce muchas veces oscuro e inseguro al momento de activarse el derecho que tiene el Estado a sancionar a sus funcionarios o funcionarias por la ejecución de hechos irregulares.

Lo cual conlleva a las siguientes interrogantes: ¿Cómo debe aplicarse el Procedimiento Disciplinario de Destitución, previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, sin quebrantar en las instituciones el debido proceso, la estabilidad y la jubilación?

La anterior interrogante, será desagregada en las siguientes sub preguntas, que servirán como marco teórico al desarrollo de esta investigación: ¿Cuál es el marco constitucional y legal del procedimiento disciplinario de destitución a nivel Municipal?, ¿Cómo es la efectividad del ejercicio del derecho a la estabilidad del funcionario público según la LEFP?, ¿Qué base legal se debe aplicar al procedimiento disciplinario de destitución a través de la LEFP?, ¿Como el Procedimiento Disciplinario de Destitución cede ante el Derecho a la Jubilación?.

Cada una de ellas, será despejada en sus respectivos objetivos específicos, los cuales tendrán una secuencia lógica desarrollada en capítulos individualizados, en donde se ahondará respecto de los aspectos

teóricos de cada uno de ellos, recurriendo a tal fin a la ley, la doctrina y la jurisprudencia como fuentes clásicas del Derecho Administrativo y presentando igualmente algunas consideraciones con sentido crítico ante las indudables debilidades que aún mantiene el Procedimiento Disciplinario de Destitución dentro de su ley marco.

Con tal propósito, se plantea a lo largo y ancho de esta investigación cuatro (4) objetivos específicos a saber: 1.-Estudiar el marco constitucional y legal del procedimiento disciplinario de destitución a nivel Municipal; 2.-Examinar la efectividad del derecho a la estabilidad del funcionario público frente al Procedimiento Disciplinario de Destitución según el LEFP; 3.-Describir el Procedimiento Disciplinario de Destitución según la Ley del Estatuto de la Función Pública y 4.-Evaluar el ámbito de aplicación de la Ley del Estatuto de la Función Pública a nivel Municipal en el caso de destitución de funcionario público con el derecho a jubilación.

Por tanto el desarrollo de la estructura teórica de manera íntegra, persigue hilvanar un conjunto de ideas interrelacionadas con el Procedimiento Disciplinario de Destitución determinado, que lo hace eficaz frente a la sociedad, observando con interés la calidad y la presencia de infracciones a las disposiciones estatutarias que ordenan la relación de empleo público entre la Administración Municipal y sus servidores, sobre todo al respeto a los derechos humanos, ya que en buena medida como expresa De Pedro, parafraseando a Bielsa “como sea una Administración Pública así serán los valores sociales”.

Con el propósito de replantear dentro de un marco de legalidad el tema del Procedimiento Disciplinario de Destitución previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, se presenta esta investigación, con un sentido descriptivo y critico a fin de exponer las fases y las deficiencias procesales que presenta en relación al Derecho Comparado al momento en que un funcionario o funcionaria municipal pueda incurrir en un supuesto punitivo en

el desempeño del cargo de carrera administrativa para el cual ha sido designado.

Igualmente se desarrolla la investigación, teniendo como ámbito espacial el nivel político-territorial del Municipio venezolano y las relaciones jurídicas funcionariales que los vinculan de manera jerárquica y subordinada a la Administración Pública Local y que los diferencian de manera ostensible con otras categorías de trabajadores, dado el conjunto de poderes que la Ley le atribuye para imponer deberes, obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades e inhabilitaciones a aquellos de forma unilateral.

Sin embargo, en ese trajín Administrativo Disciplinario, cada vez más complejo e interesante que refleja la Administración Pública Municipal, se suceden con frecuencia una gama de vicios que son contrarios a la Ley y al Derecho y que desvirtúan de manera evidente el sentido, propósito y razón de la función pública; por tanto, se hace necesario volver a esquematizar los elementos de juicio que van construyendo un verdadero muro de contención jurídico frente a estas conductas desbordadas, que muchas veces se apoyan en malas prácticas administrativas, actitudes inmorales, tráfico de influencias, negligencia, ineficiencia o cualquier otro vicio de ilegalidad, para alcanzar sus fines en el ámbito funcionarial.

La investigación buscar analizar un conjunto de figuras procesales que son características del Procedimiento Disciplinario de Destitución, tales como: La Sana Crítica, Razonabilidad, Graduación de Sanciones e Interpretación de la Ley Disciplinaria, junto a los siempre palpitantes principios que conforman el debido proceso y que son constantemente moldeados, tanto por la Jurisprudencia de la Sala Constitucional, de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia e inclusive de las propias Cortes de lo Contencioso, todo lo cual hace que exista una mayor exigencia cognitiva de parte de los operarios de la justicia sobre este interesante asunto.

Tomando en referencia los anteriores argumentos, no se puede negar que en la actualidad, la carrera administrativa venezolana, puede ser menoscabada por el uso inadecuado o injustificado de tan drástico Procedimiento; situación que muchas veces es consentida por la respectiva autoridad de dirección y gestión, lo que obligan también a todos los funcionarios y funcionarias ir más allá de lo advertido en la Ley del Estatuto de la Función Pública y conocer las otras instituciones sustantivas y procesales que circundan el ejercicio de esta clase de juicios disciplinarios, lo cual sin lugar a dudas, los beneficiará en un momento dado de ser necesario.

En este orden de ideas, la incursión del área se realiza de forma sencilla hacia una disciplina del Derecho Administrativo, que no ha tenido mucha difusión ni menos compactación en el país, como es el Derecho Disciplinario, el cual se solapa entre las normas del Estatuto de la Función Pública, circunstancia que es advertida a fin de que se reconozca su vigencia, y se tienda a ampliar en un nuevo instrumento jurídico un conjunto de detalles legales, que vengan a moderar también los poderes administrativos en los juicios disciplinarios.

Estas razones son motivos más que suficientes para adentrarse en las intimidades del Procedimiento Disciplinario de Destitución y su razón de ser, para garantizar disciplina, subordinación y responsabilidad en las distintas organizaciones administrativas del sector público; Así mismo discernir la manera en que se han venido aplicando, siempre en procura de salvaguardar las garantías procesales que protegen los derechos e intereses de los funcionarios y funcionarias.

El marco teórico está basado en la Constitución de la República de Venezuela, publicada el 23 de enero de 1961, que asentó en su exposición de motivos que la misma perseguía “sustentar el orden democrático, como único e irrenunciable medio de asegurar los derechos y la dignidad de los

ciudadanos"[30]. Ese postulado ideológico de naturaleza constitucional, siguió la tradición iniciada en materia de derechos individuales por la declaración de los Derechos del Pueblo de 1811 y en otras Constituciones más, como las de 1936 y 1947, que van a realizar dichos aportes al texto de la Constitución de ese mismo año, enriqueciéndose con los aportes jurídicos en materia de derechos fundamentales de aquellas, entre ellos el Derecho a la Defensa, que se fijó en el Artículo 68 de ese Texto Supremo en los siguientes términos:

> "Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidos por la Ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.
> La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso".

Explica Fajardo, que el constituyente del año 61, con esta disposición constitucional, "quiso brindarle una mayor seguridad al proceso y evitar que un Juez predispuesto pueda incurrir en injusticia, condenando a quienes pueden ser inocentes o perdonando a los culpables"[31]. Y en cuanto a los derechos de los administrados en relación al Procedimiento la doctrina tradicional[32] informa que se distinguían en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos un conjunto de garantías procesales como eran el derecho a la defensa, el derecho a la celeridad, el derecho al orden de las decisiones, el derecho a desistir del procedimiento y el derecho de queja.

Básicamente en el derecho a la defensa ante la Administración Pública Municipal, se realizaba en base al tejido jurisprudencial de aquél momento emanado de los extintos Tribunal de Carrera Administrativa y Corte Suprema de Justicia principalmente, que trasladó los principios y garantías judiciales que daban seguridad a los funcionarios y funcionarias en sede Contencioso

---

[30] Allan, Brewer C: *La Constitución y sus Enmiendas.* Colección Textos Legislativos No. 4. 3ra edición aumentada. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1991. p-125

[31] Ángel, Fajardo: *Cuestionario de la Constitución de la República de Venezuela*. 9° edición. Corregida y aumentada. Caracas: Lex. 1993.p-66.

[32] Allan, Brewer C: *Instituciones Políticas e Institucionales.* Tomo 2. Primera Edición. Caracas-San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira. Editorial Jurídica Venezolana. 1982. p- 529 y s.

Administrativo Funcionarial a sede administrativa, regulando también de manera conexa el derecho a ser oído, el derecho a hacerse parte, derecho a ser notificado, derecho de acceso al expediente, derecho a presentar pruebas y el derecho a ser informado de los recursos para ejercer la defensa[33].

El antecedente legal al Procedimiento Administrativo Disciplinario de Destitución se encontraba en la derogada Ley de Carrera Administrativa, publicada el 04 de septiembre de 1970, mediante Decreto N° 914 del 13 de mayo de 1975 en Gaceta Oficial N° 1745 extraordinaria del 23 de mayo de ese mismo año. Ese cuerpo normativo se refería en el Parágrafo Único del Artículo 62 a la destitución en los siguientes términos:

> "La destitución la hará el funcionario a quien corresponda hacer el nombramiento o por órgano del cual se hizo éste, previo estudio del expediente elaborado por la respectiva Oficina de Personal y se le comunicará por oficio al interesado con indicación expresa de la causal o de las causales en que se apoye la medida. Toda destitución se hará del conocimiento de la Oficina Central de Personal".

De esta disposición legal se desprendía que la potestad disciplinaria correspondía a la autoridad que efectuaba el nombramiento o este la podía delegar, previo estudio de un expediente administrativo que al respecto se le sustanciaba al funcionario o funcionaria municipal incurso en una causal de destitución, correspondiéndole a cada Oficina de Personal estudiar y dictaminar sobre la procedencia o no de tan drástica medida disciplinaria.

Luego en el año de 1982, el Ejecutivo Nacional dictó el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, mediante Decreto N°1378 del 15 de enero de 1982, publicado en Gaceta Oficial N° 2.905 extraordinaria del 18 de enero de ese año en el cual se estableció expresamente el deber de la Administración Pública Municipal de realizar averiguaciones administrativas para poder destituir a un funcionario o funcionarias, la cual iba a estar a cargo de la respectiva Oficina de Personal a solicitud del Director o funcionario de

[33] A. Brewer C: *Instituciones Políticas e Institucionales.* Ob. Cit. p-525

mayor jerarquía dentro de la unidad administrativa a la cual estuviera adscrito el presunto infractor disciplinario.

El procedimiento disciplinario de destitución, era iniciado quince (15) días laborables después a la solicitud y durante su sustanciación el respectivo operador debía abrir un expediente foliado que iba a contener de acuerdo al Artículo 111 del mencionado Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa: declaraciones del funcionario investigado, actuaciones practicadas y en general, todo el material probatorio para hacer constar los hechos, tomando en consideración el derecho a la defensa.

Sobre el Procedimiento Disciplinario de Destitución en la función pública municipal, De Pedro afirmó que su cumplimiento era necesario para que la sanción aplicada tuviese validez. El incumplimiento iba a producir la nulidad del acto dictado, si se impugnaba oportunamente. Si la inobservancia era total y absoluta, se viciaba el acto también de conformidad con el Artículo 19, numeral 4° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y en caso que la inobservancia cometida no se correspondiera con ese supuesto legal, la nulidad iba a ser parcial y relativa, haciéndolo anulable (Artículo 20 ejusdem)[34].

En aquél ordenamiento jurídico el Procedimiento Disciplinario Sancionatorio se hacía más complejo a medida que la gravedad de la infracción se acrecentaba. Así los requisitos eran elementales para el caso de las amonestaciones verbales, escritas o la destitución; pero si las conductas investigadas resultaban ser infundadas, se restituía al interesado en el cargo del cual podía ser suspendido durante el Procedimiento.

La investigación desarrollada se inscribe dentro del llamado proyecto factible, siguiendo el modelo descriptivo y analítico, lo que permitió destacar las singularidades del extenso fenómeno jurídico detallado y clarificado, a la vez que se estudiaron de manera interconectada las variables fácticas y procesales

[34] Antonio de Pedro Fernández: *Régimen Funcionarial de la Ley de Carrera Administrativa.* Caracas-Valencia: Vadell Hermanos Editores. 1997. p-213

con las cuales se relaciona e interactúa. Asimismo, el estudio se apoyó en fuentes documentales que permitieron el tipo de investigación señalado, la cual de acuerdo con Méndez [35] se ocupa de la:

> "...especificación de las características que identifican los diferentes elementos y componentes, y su interrelación para así delimitar los hechos que conforman el problema de investigación...".

Sobre el modelo empleado, Tamayo y Tamayo[36], señala que la investigación descriptiva "comprende la descripción, registro, análisis e interpretación de la naturaleza actual y la composición o fenómenos". A tal fin se mencionaron los elementos cognoscitivos y prácticos que caracterizan el tema funcionarial del "Procedimiento Disciplinario de Destitución de Funcionarios o Funcionarias Públicos Municipales" con sus múltiples incidencias, para constituir lo que la moderna doctrina del Derecho Público ha venido denominando las causales de sanción, asunto que por lo demás se ubica en el campo del "Derecho Administrativo Especial" tomando distintos aspectos adyacentes al tema y que se hayan presentes en forma difusa, tanto en la poco sedimentada "Ley del Estatuto de la Función Pública", como en la Jurisprudencia del Contencioso Administrativo Funcionarial, que en buena medida tienen que ver con el marco del asunto principal, eso sí, complementada por las distintas opiniones doctrinarias tanto nacionales como extranjeras vertidas a tal efecto.

En resumen se utilizó el método de análisis , para lograr caracterizar el tema objeto de estudio en cuanto a los problemas que lo circundan al momento de valorarse las supuestas infracciones, se señalaron las garantías que deben subyacer en el curso de esta clase de iter y cómo debe procurar ejecutarse, todo combinado con ciertos criterios de clasificación de la información que sirven para agrupar los objetos involucrados en el trabajo indagatorio. El

[35] Carlos, Méndez: *Metodología*. Segunda Edición. Santa Fe de Bogotá. Mc Graw hill Editores.1995.p.23
[36] Tamayo y Tamayo: *El Proceso de Investigación Científica. Fundamentos de Investigación. Manual de Investigación y Proyectos*. Novena Edición. Limusa. Grupo Noriega Editores.1998.p.23

proyecto puede servir de base para otras investigaciones que requieran un mayor nivel de profundidad.

La premisa del diseño investigativo utilizado, según la metodóloga Balestrini[37] se define:

> "como un plan global de investigación que integra de un modo coherente y adecuadamente correcto técnicas de recogida de datos a utilizar, análisis previstos y objetivos... el diseño de una investigación intenta dar de manera clara y no ambigua respuestas a las preguntas planteadas en las mismas".

En tal sentido, al basarse en fuentes documentales organizadas, se describe y analiza principalmente mediante la doctrina, la ley y la jurisprudencia sobre la materia, las distintas situaciones administrativas y legales, referidas a las coyunturas y alternativas que se suceden durante los Procedimientos Disciplinarios de Destitución de Funcionarios o Funcionarias Municipales en la Función Pública y que deben ser respetadas y cumplidas por los responsables de las Oficinas de Recursos Humanos del sector público municipal venezolano, sin dejar de lado, los demás elementos teóricos que le dan sostenibilidad al cuerpo de la investigación, como son sus antecedentes documentales y jurisprudenciales, acompañada de una breve reseña histórica, respecto del tratamiento que la legislación funcionarial le ha dado hasta la actualidad, aspectos todos desarrollados interconectados progresivamente mediante los objetivos específicos propuestos.

Con el presente trabajo de investigación para optar al título de especialista en Derecho Administrativo, será posible revisar no sólo la plataforma jurídica que tradicionalmente sirve de sustento al procedimiento sancionatorio de destitución a nivel municipal en las organizaciones públicas, sino también adentrarse en el estudio general de las diferentes instituciones que materializan una línea de seguridad jurídica a favor de los investigados,

---

[37] Miriam, Ballestrini: *Como se elabora el Proyecto de Investigación.* Caracas: Consultores Asociados. Servicio Editorial.2002.p-17

y de las condiciones que deben reunir quienes lleven adelante la atribución de instruir.

Se trataron las peculiaridades observadas, descritas y analizadas, tales como el marco constitucional y legal del Procedimiento Disciplinario, las garantías procesales que aseguran el debido proceso y el derecho a la defensa, el derecho a la estabilidad y sus amenazas y la preeminencia del derecho social a la jubilación por sobre el Procedimiento Disciplinario de Destitución de los Funcionarios o Funcionarias Municipales; aunado al enfoque procesal relacionado con los medios judiciales a los efectos de actuar en defensa del derecho al cargo, lo que hará posible que se extiendan criterios jurídicos de naturaleza constitucional, administrativa y funcionarial, no alejados de una razonable crítica, por los obstáculos que hacen de este complejo asunto una materia de notable interés.

Prevalece un plan teórico sistemático, en donde los asuntos tratados en cada uno de sus capítulos, estuvieron enlazados coherentemente unos con otros de manera extensa, en procura de reunir la mayor cantidad de elementos teóricos y prácticos que distinguen cada evento, lo que obligó a ordenar las técnicas o fases tomadas en cuenta para su diseño.

Se procuró abordar los aspectos del conocimiento jurídico que configuran y le dan forma al tema objeto de la investigación, también se presentó un examen sucinto respecto al término Procedimiento y cuál es su valor como herramienta instrumental, para los funcionarios o funcionarias de carrera bajo una óptica doctrinaria y legal, y que con sapiencia, han sido progresivamente ensamblados por la jurisprudencia, para contribuir a presentar positivamente esta parte del Derecho Funcionarial Especial, y asegurar así los derechos fundamentales explicados dentro de este trabajo de investigación, que de paso se apoyó en la bibliografía existente al respecto, que por lo demás es bastante novedosa, en el mercado de la literatura jurídica nacional.

En la recolección de la data documental que permitió alcanzar los objetivos específicos fijados a lo largo de la investigación, se emplearon conforme lo destaca Méndez[38] "... fuentes secundarias que abordaron tanto el problema planteado como las interrogantes...", a lo cual se agrega que toda investigación implica acudir a este tipo de fuentes por suministrar información básica al respecto. La misma se encuentra en las bibliotecas y está contenida en libros, materiales documentales afines, revistas especializadas, enciclopedias, diccionarios y otros que fueron los medios como las páginas Web.

Al emplearse fuentes secundarias se define y señala el tipo de fuente, el grado de facilidad o dificultad que la investigadora tiene su utilización, puesto que la información debe ser suficientemente clara para su mejor apreciación. Dada la naturaleza de la investigación fundamentada en el método descriptivo analítico permitió identificar cada una de las partes que componen y caracterizan la realidad estudiada, por lo que no se necesitó de fuentes primarias de recolección de datos como encuestas, cuestionarios o entrevistas.

El proceso de análisis de la información recolectada, facilita conocer de una mejor manera la veracidad del fenómeno a estudiar y la sistematicidad para desagregar las preguntas formuladas inicialmente todo ello para concluir que si bien es cierto que la Administración Pública Municipal está dotada de potestades disciplinarias, las mismas no impiden que cumpla con los cauces legales previstos para retirar a uno de sus funcionarios o funcionarias, puesto que el propio legislador estatutarial es el que dispuso cumplir con cada una de sus fases.

Para el ya mencionado metodólogo Méndez, ese conocimiento de la realidad que se procura conocer mejor:

[38] C. Méndez: *Metodología.* Ob. Cit.p-24

> “puede obtenerse a partir de la identificación de las partes que conforman el todo (análisis) o como resultado de ir aumentando el conocimiento de la realidad iniciando con los elementos más simples y más fáciles de conocer para ascender poco a poco, gradualmente al conocimiento de lo más complejo, para llegar a relacionar los elementos componentes del problema estudiado y luego crear la explicación o propuesta hecha a partir del mismo”.

Por la clase de estudio o investigación realizada, no se requirieron procedimientos de codificación o tabulación manual o electrónica de la información recolectada, lo cual no quiere decir que no se pueda cumplir en un trabajo que persiga ejecutar un trabajo de campo, pero éste no es el caso. Lo que se necesita es simplemente una cierta experiencia sobre esta clase de materias, pues ya el ordenamiento jurídico nacional dotó de elementos de juicio suficientes a quienes se interesen por este tema.

Al desarrollar la investigación se observaron y tomaron en cuenta las siguientes directrices, transversalizadas en cada uno de los capítulos de este trabajo de grado:

a. Consultas a doctrinarios nacionales y extranjeros sobre las nociones fundamentales referidas al Procedimiento Disciplinario de Destitución de los Funcionarios Públicos Municipales en la Función Pública Venezolana y de las circunstancias que lo hacen procedente conforme a la Ley.
b. Consultas a la Constitución vigente, a la Ley del Estatuto de la Función Pública vigente y a la Jurisprudencia del Contencioso Administrativo Funcionarial, para apreciar y delinear las distintas posiciones que estas fuentes de Derecho, mantienen en relación al tema objeto de este trabajo y en especial a los medios judiciales contemplados para proteger y asegurar los derechos fundamentales de los funcionarios o funcionarias públicos municipales
c. Enfoque dirigido a exponer los distintos soportes jurídicos de la legislación venezolana en relación al tema objeto de la investigación y otros que están correlacionados con el mismo.

CAPÍTULO I

MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCION

A la Luz de la Constitución de 1999

La Constitución es el cuerpo normativo de más alta jerarquía dentro del ordenamiento jurídico nacional o el conjunto de normas de rango superior a cualquier norma y por lo tanto, inmodificables por los procedimientos disciplinarios de producción legislativa y la fuente de las fuentes de derecho, ya que irriga a todos los instrumentos normativos vigentes[39] entre esos se agrega a la Ley del Estatuto de la Función Pública, la cual en virtud de las anteriores ideas debe centrarse en la promoción de los derechos fundamentales del servidor público, correspondiéndole en este caso al Procedimiento Disciplinario, ser el cauce formal para la promoción de los mismos.

El Procedimiento Disciplinario está llamado a mantener legalmente un equilibrio entre las Potestades de la Administración Pública incluida la Municipal para corregir y el Sistema de Garantías que se le ofrecen al ciudadano en este caso al funcionario o funcionaria pública, cuando es sometido a esta clase de averiguaciones, por infracciones cometidas al Estatuto que los rige. El encabezamiento del Artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece el deber procesal para la organización municipal de aplicar “el debido proceso a todas sus actuaciones administrativas”[40] con lo cual le trazó a las Oficinas de Recursos Humanos de estas entidades locales, un conjunto de requisitos, fases y actuaciones a cumplir para garantizarle al investigado un juicio justo y equitativo en sede administrativa.

---

[39] José, Araujo Juárez: *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional.* Serie cuadernos. Caracas: Ediciones Paredes.2009. p-19.

[40] Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 extraordinario. Fecha: 24 de marzo de 2000. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.

Es esta noción macro de Debido Proceso, la que envuelve otras garantías procesales constitucionales a favor de los derechos e intereses de los funcionarios públicos municipales, dentro de un Procedimiento Disciplinario de Destitución, dado que envuelve "un conjunto de garantías que aseguran los derechos de los ciudadanos frente a los órganos del Poder Público y que establecen los límites al poder jurisdiccional del Estado para afectar los derechos de las personas"[41]. Lo anterior significa que la noción de Debido Proceso es inherente a todo Procedimiento Disciplinario, bajo el actual marco constitucional, lo que se traduce en el derecho fundamental al debido procedimiento[42].

Este Procedimiento Disciplinario, previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, tiene un valor sustancial al orden constitucional, pues a través del mismo se lleva a cabo la función administrativa de la Administración Pública Municipal venezolana, sujeto a un conjunto de principios, entre los cuales se destaca el principio de legalidad al cual subsidiariamente también está atado el Municipio en toda su actividad, conforme se lo ordena el Artículo 137 constitucional de la siguiente manera: "Esta Constitución y la Ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen".

Por consiguiente el "Debido Proceso" y el "Principio de Legalidad", son variables constitucionales a ser consideradas de manera obligatoria por las Oficinas de Recursos Humanos de las entidades locales al momento de instaurar o creer conveniente la instauración de un Procedimiento Disciplinario de Destitución y dentro de las mismas un conjunto de garantías.

---

[41] Francy Coromoto Becerra: *La Función Pública en el Ámbito Municipal venezolano*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2006. p-121.

[42] Daniela Urosa Maggi y otros: *Actualización en Procedimiento Administrativo.* Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2007. p-35.

Refiriéndose a estos deberes el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa y Sala Constitucional establecieron:

> "El Debido Proceso, derecho civil fundamental dentro de nuestro Estado de Derecho y máxima de la administración de justicia, tiene como contenido esencial el derecho a la defensa. Éste consagrado en el artículo 49 de la Constitución está conformado por la potestad de las personas de salvaguardar efectivamente sus derechos o intereses legítimos en el marco de procedimientos administrativos o de procesos judiciales mediante por ejemplo el ejercicio de acciones, la oposición de excepciones, la presentación de medios probatorios favorables y la certeza de una actividad decisoria imparcial"[43].

De igual modo, Urosa enfatiza que este derecho es fundamental en el marco de las fases que lo integran, en la necesidad de dar cabal cumplimiento a cada uno de los actos procedimentales y formalidades esenciales que lo componen; así como el cumplimiento estricto de los principios procedimentales, principalmente los de antiformalismo, simplificación, eficacia y economía procedimental, todo ello para propender de una parte, al efectivo ejercicio del derecho a la defensa y a la también efectiva resolución del asunto mediante el acto definitivo.

En lo que concierne al alcance del derecho al Debido Proceso, la propia Sala Constitucional estableció:

> "La referida norma constitucional, recoge a lo largo de su articulado, la concepción que respecto al contenido y alcance del derecho al debido proceso ha precisado la doctrina más calificada, y según la cual dicha noción constituye un conjunto de garantías, que amparan al ciudadano, y entre las cuales se mencionan las del ser oído, la presunción de inocencia, el acceso a la justicia y a los recursos legalmente establecidos, la articulación de un proceso debido, la de obtener una resolución de fondo con fundamento en derecho, la de ser juzgado por un tribunal competente, imparcial e independiente, la de un proceso sin dilaciones indebidas y por supuesto, la de ejecución de las sentencias que se dicten en tales procesos.
> Ya la jurisprudencia y la doctrina habían entendido, que el derecho al debido proceso debe aplicarse y respetarse en cualquier estado y grado en que se encuentre la causa, sea ésta judicial o administrativa, pues dicha afirmación parte del principio de igualdad frente a la ley, y que en materia procedimental representa igualdad de oportunidades para las partes intervinientes en el proceso de que se trate, a objeto de realizar -en igualdad de condiciones y dentro de los lapsos legalmente establecidos- todas aquellas actuaciones tendientes a la defensa de sus derechos e intereses"[44].

---

[43] Daniela Urosa Maggi y otros: *Actualización en Procedimiento Administrativo. Ob. Cit. p-36.*

[44] www.tsj.gov.ve.decisiones. Sala Constitucional. Expediente 01-1968. Fecha: 16 de septiembre de 2002. Caso: Pedro Alejandro Vivas González. Ponente: Pedro Rondón Haaz.

Garantías Constitucionales Procesales inherentes al Procedimiento Disciplinario de Destitución de Funcionarios Municipales

Derecho a la Defensa

Desde el mismo momento en que se pueda iniciar un Procedimiento Disciplinario de Destitución en la forma señalada en la Ley del Estatuto de la Función Pública, la Administración Pública Municipal por intermedio de su unidad de recursos humanos queda obligada a favorecer el derecho a la defensa del investigado, no solo porque constituye un deber legal, sino también una garantía constitucional consagrada en el Artículo 49, numeral 1° de la Constitución, lo cual implica que en esa clase de iter en donde se toman decisiones que pueden afectar la carrera administrativa o estabilidad de un funcionario público municipal, éste tiene derecho de acceder a la información y la Administración facilitarle este derecho, imponerse de las pruebas, participar en su control y contradicción, alegar y contradecir en su descargos, así como conocer de cualquier tipo de decisión que se adopte y que le afecte en su esfera jurídica subjetiva[45].

Derecho a la Asistencia Jurídica

Enseña la doctrina constitucional, que la asistencia jurídica de un profesional del derecho dentro de un Procedimiento Disciplinario de Destitución en el nivel municipal, permite dar cumplimiento a la garantía procesal prevista en el Artículo 49, numeral 1° de la Constitución de la República así ordenada, ya que su ausencia en cualquier estado o grado del Procedimiento, puede configurar una lesión a la garantía al debido proceso así como del derecho a la defensa, en la medida en que un funcionario o funcionaria municipal sujeto a investigación, pueda sufrir menoscabos en sus derechos e intereses, como consecuencia de su falta de conocimientos

[45] Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: *Jurisprudencia con un Índice Alfabético del contenido de las Sentencias. Volumen I.* Caracas: Editorial Melvin C.A. 2001. p-86.

técnicos, legales y procesales, falta de técnica, desconocimiento del sistema procesal, lapsos procesales, mecanismos de las pruebas y de las vías recursivas[46].

Notificación de los Cargos

El derecho a los previos cargos, de acuerdo al numeral 1 del Artículo 49 constitucional, garantizará al servidor municipal conocer cuál es el objeto del Procedimiento que se le ha instaurado, para así ejercer debidamente su derecho a la defensa[47]. Sin embargo, nuevamente se destaca que la Ley del Estatuto de la Función Pública, tiene pendiente en el corto plazo, la inclusión dentro de su cuerpo normativo de las formalidades que deben formar parte del acta de formulación de cargos en esta clase de procedimientos.

Derecho a Probar

Constituye otra garantía constitucional procesal contenida en el numeral 1° del Artículo 49 de la Constitución vigente, "conforme al cual las partes en el procedimiento disciplinario, tienen el derecho a aportar, proponer o producir los medios de prueba que tiendan a demostrar los hechos controvertidos que le favorecen" y que se subsumirán en las normas jurídicas contentiva de las consecuencias jurídicas solicitadas o pedidas por éstas.

Este derecho de producir, proponer o promover pruebas implica que estos deben ser medios legales, que no sean prohibidos por la Ley, pertinentes, que tiendan a demostrar los extremos de hecho controvertidos en el Procedimiento, relevantes, es decir útiles en la solución de lo que se investiga, conducentes a demostrar los hechos y su autoría, lícitos, haber sido obtenidos sin lesionar derechos constitucionales y tempestivos, porque deben producirse en el tiempo y la oportunidad previstos en la ley especial.

---

[46]Humberto E.T, Bello Tabares y otro: *Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales*. Caracas: Ediciones Paredes. 2004.p-201.
[47]José Ignacio, Hernández: *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. Caracas: Ob. Cit. p-176.

En esta garantía constitucional procesal se ubica el derecho de control y contradictorio de la prueba el cual es una emanación del derecho a la defensa, conforme a los cuales las partes tienen el derecho de contradecir las pruebas aportadas al Procedimiento Disciplinario por su contraparte y a hacer observaciones, objeciones, reclamos, en fin fiscalizar o controlar evacuación o materialización luego de admitidas"[48].

Garantía de la Doble Instancia

Una última garantía procesal fijada en el numeral 1° del Artículo 49 constitucional es el de la doble instancia; sin embargo en los Procedimientos Disciplinarios de Destitución de los Funcionarios o Funcionarias municipales, por mandato de la propia Ley del Estatuto de la Función Pública, la resolución definitiva sancionatoria disciplinaria agota la vía administrativa, con lo cual se dispensa legalmente de esta revisión por el superior jerárquico.

Derecho a la Presunción de Inocencia

Establecido en el Artículo 49, numeral 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, parte de la concepción que "toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario". En aplicación de este derecho o garantía al Procedimiento Disciplinario de Destitución a funcionarios o funcionarias públicos municipales, cabe decir parafraseando a Peña Solís que las Oficinas de Recursos Humanos, deben reconocer de manera incondicional la inocencia de ellos, hasta tanto mediante pruebas legales y pertinentes no se demuestre su culpabilidad"[49].

En ese orden de ideas, y para respetar la integridad de este principio el mencionado autor indica que dentro de esta clase procedimientos, la

[48]Humberto E.T, Bello Tabares y otro: *Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales*. Ob. Cit. p- 213.
[49]José, Peña Solís: *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana.* Caracas: Colección Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. 2005. p- 197.

Administración cualquiera que ella sea, está obligada cuando pretende imponer una sanción disciplinaria a: a) demostrar que la sanción está fundada en medios en medios probatorios tanto de la conducta incriminada, como de su culpabilidad; b) a aceptar en virtud del "principio inquisitivo" que en buena medida a ella le corresponde exclusivamente la carga de la prueba, y que en consecuencia se configura una interdicción insalvable exigir al funcionario o funcionaria municipal que pruebe su inocencia y c) aceptar que cualquiera insuficiencia derivada de la actividad probatoria, debe obligarla a proferir una decisión absolutoria.

Vulneración del Derecho a la Presunción de Inocencia

Ha señalado la jurisprudencia del contencioso administrativo funcionarial[50] que el derecho a la presunción de inocencia es susceptible de ser vulnerado por cualquier acto, bien sea de trámite o de mera sustanciación, sea definitivo o sancionador, del cual se desprenda una conducta que juzgue o precalifique al interesado de estar incurso en irregularidades a sus deberes, obligaciones, prohibiciones o limitaciones, sin que para llegar a esta conclusión, se le dé la oportunidad de desvirtuar, a través de la apertura de un contradictorio, los hechos que se le imputan, y así permitírsele la oportunidad de utilizar todos los medios probatorios que respalden las defensas que estime oportuno esgrimir.

Fases Procedimentales que Garantizan el Derecho de Presunción de Inocencia

Siguiendo el dictado Contencioso Administrativo Funcionarial que se termina de citar y su enfoque constitucional respecto de la materialización de este derecho se agrega también que en "toda averiguación sancionatoria de la Administración Pública Municipal, pueden distinguirse tres (3) fases:

[50] www.jca.gov.ve.decisiones Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. *Expediente N° 03-1535.* Fecha: 26 de junio de 2003. Caso: Alexander Pérez. Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño.

I.- En la primera surgen indicios de culpabilidad respecto a una situación en concreto, los cuales motivan el inicio del Procedimiento. Tales indicios de culpabilidad serán el fundamento de los cargos.

II.- En la segunda fase, los cargos deben ser notificados al funcionario o funcionaria municipal involucrado en un hecho que amerita la activación del Procedimiento Disciplinario de Destitución, para que ejerza a cabalidad su derecho a la defensa. Igualmente en esta fase la Administración Pública municipal deberá a través de medios de prueba concretos, pertinentes y legales atendiendo a las razones y defensas expuestas, determinar definitivamente sin ningún tipo de duda la culpabilidad del funcionario o funcionaria comprometido.

III.- Por último corresponderá a la Administración Pública municipal si fuera el caso, declarar la responsabilidad del funcionario y aplicar la sanción de destitución de manera proporcional, previa comprobación de los hechos incriminados.

Por lo antes expuesto, para el Derecho Constitucional el derecho a la presunción de inocencia, sólo puede ser desvirtuado en la tercera fase, esto es, cuando se determina definitivamente la culpabilidad del funcionario o funcionaria incriminado, luego de un Procedimiento Contradictorio. No obstante, si en la primera o en la segunda fase, la Administración determina preliminarmente que el investigado, en efecto infringió el ordenamiento jurídico y con prescindencia de procedimiento alguno, concluye en la culpabilidad del indiciado, se estaría violando sin duda alguna, el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

Derecho a ser Oído

La garantía procesal, se encuentra estacionada en el numeral 3° del Artículo 49 constitucional que es del siguiente tenor:

> “Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de procedimiento, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente por un Tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien

> no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete".

Este importante postulado implica según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 1.734, de fecha 16 de diciembre de 2009, Expediente N° 2007-0911, caso: Yris Armenia Peña de Andueza, Inspectora General de Tribunales, para el fallo vinculante lo siguiente:

> "El respeto del derecho de los administrados que se vean afectados por un procedimiento administrativo instaurado en su contra a conocer ese procedimiento, lo cual conlleva a que sea válidamente llamado a participar en él, es decir, que sea notificado del inicio del procedimiento administrativo y que conozca la causa del mismo, sin agotarse tal derecho con el conocimiento del inicio de un procedimiento administrativo por parte de los administrados, sino que además de ello, debe la Administración garantizarle el acceso a las actas que conforman el expediente en el cual le corresponda participar.

En ese orden de ideas, la Administración Municipal debe respetar el derecho a ser oído del administrado, quien puede participar activamente en la fase de instrucción del procedimiento administrativo, por lo que debe serle otorgada oportunidad para probar y controlar las pruebas aportadas al proceso, alegar y contradecir lo que considere pertinente en la protección de sus derechos o intereses. Por último, el administrado tiene derecho a que se adopte una decisión oportuna, dentro del lapso legalmente previsto para ello, que abarque y tome en cuenta todas y cada una de las pruebas y defensas aportadas al proceso, así como una decisión efectiva, es decir, ejecutable, lo que se traduce en que no sea un mero ejercicio académico.

De allí, que en un procedimiento administrativo de naturaleza sancionatoria, disciplinaria o de cualquier otra índole que pueda afectar la situación jurídica del administrado, los principios de "juez natural", "debido proceso" y "derecho a la defensa", deben ser respetados, ello por cuanto la protección del derecho al debido proceso como correlativo al derecho a la defensa en el contexto del procedimiento administrativo, no se limita a los procesos desarrollados en sede judicial.

Corolario de lo anterior, es que la indefensión consiste en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, y en su manifestación más trascendente, es la situación en que se impide a una parte por el órgano judicial o administrativo, en el curso de un determinado procedimiento, el ejercicio del derecho a la defensa, privándola de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o para poder someterlos al principio de contradicción..."

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, entre otras, en sentencia N° 864, de fecha 23 de junio de 2008, Expediente N° 2005-2.213, caso: Andrés Orlando Antequera Rojas y Yohosmin Edernis Álvarez Díaz, contra la República Bolivariana de Venezuela por órgano del Ministerio del Poder Popular para la Defensa, los define como ***elementos esenciales*** que deben ser observados en un procedimiento administrativo y los enumera en los términos siguientes:

> "…En cuanto al derecho a la defensa, la Sala ha venido manteniendo que su garantía implica 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 informado de los recursos y medios de defensa y, finalmente, el derecho a recibir oportuna respuesta a sus solicitudes.". (Subrayado nuestro).

Vale la pena decir que la Administración Municipal puede seguir unilateralmente indagaciones dirigidas a establecer en forma objetiva y libre de influencias, la posible existencia de hechos o circunstancias constitutivos de infracciones; pero antes de adoptar cualquier decisión, debe garantizar a los interesados el derecho a ser oídos.

Derecho al Juez Natural

Establecido en el numeral 4° del Artículo 49 constitucional, advierte a los operadores disciplinarios de la Administración Pública que:

> "Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por Tribunales de excepción o por comisiones creadas a tal efecto".

Respecto de esta disposición constitucional, la autora Becerra[51], lo define como el deber que tiene la Administración Pública Municipal, que el Procedimiento sea decidido por la autoridad administrativa predeterminada por la ley. Esto es, aquél al que le corresponde el conocimiento según las normas vigentes con anterioridad. Coincide esta definición con la dada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia[52], que estableció además un conjunto de condiciones para darle seguridad y validez a las actuaciones de la Administración Municipal a saber:

I.- Que el órgano judicial o administrativo haya sido creado previamente por la norma jurídica.

II.- Que ésta haya investido de autoridad al titular de ese organismo, con anterioridad al hecho motivador de la actuación y proceso o procedimiento.

III.- Que su régimen orgánico y procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional para el caso.

IV.- Que la composición de la estructura organizacional de Poder Público que juzga, sea judicial o administrativa, sea determinada en la ley y la designación del sustanciador se haga conforme aquella.

---

[51] Francy Coromoto, Becerra: *La Función Pública en el Ámbito Municipal venezolano.* Ob. Cit. p-126.

[52] Govea & Bernardoni: *Las respuestas del Supremo T.S.J. sobre la Constitución venezolana de 1999. 250 preguntas y sus respuestas*. Primera Edición. Colección Manuales Micromega. Caracas: Editorial La Semana Jurídica, c.a. 2002. p-108. Sentencia N° 520. Fecha: 07 de junio de 2000. Expediente: 00-00380. Caso: Athanassios Frangogiannis.

¿Cuándo se cumple con la Garantía del Juez Natural?

Para la misma Sala Constitucional[53], deben confluir otros requisitos además de los mencionados anteriormente, para que se consolide la garantía del Juez Natural. Dichos requisitos en criterio de la máxima y última intérprete de la Constitución surgen de los Artículos 26 y 49 del Texto Supremo y son los siguientes:

I.- Ser Independiente en el sentido de no recibir órdenes o instrucciones de persona alguna en el ejercicio de su magistratura.

II.- Ser imparcial, lo cual se refiere a una imparcialidad consciente y objetiva, separada como tal de las influencias psicológicas y sociales que puedan gravitar sobre el Juez y que le crean inclinaciones inconscientes.

III.- Tratarse de un apersona identificada e identificable.

IV.- Preexistir como autoridad competente para resolver el asunto, con anterioridad a su comisión.

V.- Ser un Juez o autoridad administrativa idónea.

Derecho a no confesar contra sí mismo

Esa garantía procesal siendo el Procedimiento Disciplinario una expresión del "Ius Puniendi" del Estado, la advertencia del artículo 49, numeral 5 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas. Así tal norma establece:

> "Ninguna podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.
>
> La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza".

[53] Govea & Bernardoni: *Las respuestas del Supremo T.S.J. sobre la Constitución venezolana de 1999. 250 preguntas y sus respuestas*. Sentencia N°77.Fecha: 09 de marzo de 2000. Caso: José Alberto Quevedo. Expediente N° 0126.Ob. Cit. p- 109 y s.

Sobre el alcance y significado de esta disposición, que es similar a la de la Corte Constitucional Colombiana puntualizó en un interesante fallo: “en cuanto al contenido de la garantía, cabría señalar que, de acuerdo con la norma constitucional mencionada, las personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o sus allegados”.

Si bien la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio y a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas, pues dicha garantía se orienta a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral, consagrándose en ese contexto un derecho a guardar silencio. Esta última circunstancia al estar constitucionalmente amparada como parte del Debido Proceso, no puede tampoco tener repercusiones negativas en el ámbito del procedimiento disciplinario, ni a tomarse como indicio de responsabilidad.

De este modo, la garantía de la no confesión contra sí mismo implica un derecho al silencio, a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa. La garantía se orienta entonces a evitar que la decisión adversa a la persona provenga de su propia declaración obtenida mediante cualquier tipo de presión o coacción física o moral”[54].

Derecho a ser Sancionado por Faltas o Infracciones Previstas en la Ley

Se encuentra prevista esta garantía constitucional en el numeral 6° del Artículo 49 constitucional de la siguiente manera: **“**Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes”. Este mandamiento se conoce en la práctica forense funcionarial, con la denominación de “Principio de

[54] http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-258-11.htm.Corte Constitucional de la República de Colombia. sentencia C-258/11.

Tipicidad" el cual se va a concretar a través de la descripción completa, clara e inequívoca del precepto que contiene la orden de observar un determinado comportamiento, es decir de no realizar algo o de cumplir determinada acción y de la sanción o consecuencia jurídica que debe seguir a la infracción del precepto y busca que la descripción que haga el legislador sea de tal claridad que permita que sus destinatarios conozcan exactamente las conductas reprochables, evitando de esta forma que la decisión sobre la consecuencia jurídica de su infracción, pueda ser subjetiva o arbitraria.

Condiciones que Garantizan el Principio de Tipicidad

Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia[55] sobre la materia están contestes en que dicho principio se materializa cuando concurren tres (3) elementos o condiciones legales a saber:

I.- Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas.

II.- Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley.

III.- Que exista correlación entre la conducta y la sanción.

La Tipicidad en el Procedimiento Disciplinario de Destitución

El principio de tipicidad en el Procedimiento Disciplinario de Destitución, no se reclama según la Corte Constitucional Colombiana[56] con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas

[55] José, Peña Solís: *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública.* Ob. Cit.p- 58.
[56] http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-713-12.htm. **Sentencia C-713/12.** Bogotá D.C. 12 de Septiembre de 2012.

reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. Sin embargo, ello no obsta para exigir la tipicidad de las conductas reprochables, la predeterminación de la sanción y la existencia de un procedimiento que asegure el derecho a la defensa.

En ese sentido, la Corte en la sentencia C-564 de 2000, se pronunció cuando dijo que: “el Derecho Administrativo, a diferencia de lo que sucede en el Derecho Penal, suele no establecer una sanción para cada una de las infracciones administrativas que se presente, sino que se opta por establecer clasificaciones más o menos generales en las que puedan quedar subsumidos los diferentes tipos de infracciones, como ocurre con el Artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que fija un cúmulo de conductas ilegales, catorce (14) exactamente, para ser sancionadas con la destitución”.

Para el efecto, el legislador señala unos criterios que han de ser atendidos por los funcionarios encargados de imponer la respectiva sanción, criterios que tocan, entre otros, con la proporcionalidad y razonabilidad que debe presentarse entre la conducta o hecho que se investiga y la sanción que pueda imponerse, lo que le permite tanto al investigado como al operador disciplinario, tener un marco de referencia cierto para la determinación de la sanción en un caso concreto.

Principio Non Bis in Idem

Dispuesto en el Artículo 49, numeral 7° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela enuncia que “ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente”. Recoge este principio la “proscripción del juzgamiento y la imposición de más de una sanción por un mismo hecho, al tiempo que tiende a garantizar la seguridad jurídica de las decisiones de la Administración Pública nacional, incluida la municipal es decir, que definida

una situación jurídica particular, salvo la posibilidad excepcional de la revocación directa del acto administrativo, no les es permitido a aquélla volver de nuevo sobre la cuestión que ha sido decidida"[57].

Conforme a la jurisprudencia antes citada de esa Sala Político-Administrativa, la mencionada prohibición pesa sobre un mismo tipo de responsabilidad, de modo que lo que se proscribe es que por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente una misma conducta. Debiendo quedar claro que en materia disciplinaria, no existe violación de este principio "nom bis in idem" cuando dichas sanciones se refieren a supuestos de hecho o responsabilidades distintas.

El principio de non bis in idem ni pretende ni podría impedir que un determinado comportamiento se hallase tipificado de forma simultánea en varios preceptos del Ordenamiento Jurídico Nacional, bien como delito, bien como falta penal o como infracción administrativa. Pero sí puede o al menos pretende evitar la aplicación concurrente de dichas normas[58].

El fundamento de la prohibición del "Principio Nom Bis In Idem" debe buscarse según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, en el Principio de Proporcionalidad al que aparecen estrechamente vinculados, a su vez, otros dos principios constitucionalmente consagrados: el de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos y el de Seguridad Jurídica, ya que la imposición de dos o más sanciones a un mismo sujeto por

[57]Evelyn, Marrero: *Doctrina de la Sala Político Administrativa 2010. N°53. Colección Doctrina Judicial.* Tribunal Supremo de Justicia. Caracas: Fundación Gaceta Forense. 2011. p-160. N° de sentencia 01103. Fecha: 10 de noviembre de 2010. Caso: Janett Ledesma Zarcos Vs. Ministro del Poder Popular para la Educación. Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

[58]http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-constitucional-iii/material-de-clase-1/non-bis-in-idem.pdf. M, Pardo y otros. Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional. Universidad de Murcia.

un mismo hecho o su doble enjuiciamiento implica, sin más, una desproporción y la correlativa arbitrariedad[59].

[59] Antonio, Pérez Luño: *La Seguridad Jurídica*. 2ª edición. Barcelona: Editorial Ariel. 1994. p- 30 y s.

CAPÍTULO II

EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA ESTABILIDAD FRENTE AL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN

Efectividad

De acuerdo a la Real Academia Española el término efectividad significa la "capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera[60]". Es claro que mediante la vigencia de la Ley de Carrera Administrativa, hoy día Ley del Estatuto de la Función Pública, el legislador siempre ha tenido presente la necesidad de garantizar a los funcionarios y funcionarias públicos que ingresan a la Administración Pública Municipal y en general a todos, la estabilidad en el desempeño de la función, mediante la fijación de un conjunto de mecanismos legales, que una vez superados por el interesado le otorgan la misma.

Sobre este asunto, vale la pena destacar que entre el ejercicio de la carrera y el derecho a la estabilidad, hay mutuas influencias: la carrera siempre será mucho más efectiva si se garantiza la permanencia del funcionario en la organización mediante el cargo público.

Componentes del Cargo Público

Se destacan dos (2) nociones de singular importancia en el desempeño de un cargo público, propios de una estructura cerrada: estatuto y carrera administrativa, conceptos compatibles entre sí[61] en virtud que el funcionario se desempeña en una relación dinámica con el Municipio y con su realización profesional y personal. Por el estatuto se cumple con un conjunto de normas particulares para la función pública y mediante la carrera

[60] *Diccionario de la Lengua Española.* Vigésima Segunda Edición. Tomo I. México. Gráficas Monte Albán, S.A. 2001. p-865

[61] File:///C:/ Users/principal/downloads/Dictamen%20DGAJ%20N%20102. Dictamen Jurídico de la Secretaría de la Función Pública N°102/11 de fecha 21 de febrero de 2011

administrativa con una serie de etapas desde el ingreso hasta el retiro por jubilación.

Una carrera administrativa lleva implícito un proceso de movilidad vertical u horizontal. En particular, en la movilidad vertical, las promociones salariales o funcionales suponen siempre una dinámica de ascensos y reconocimientos monetarios o no, basándose en los méritos alcanzados y comprobados producto de evaluaciones de desempeño periódicas.

Estabilidad como Garantía

La estabilidad surge como una garantía primaria de protección del derecho fundamental a condiciones dignas, equitativas y justas de trabajo. Es un obstáculo legal al retiro injusto o arbitrario. La sanción al despido arbitrario es la indemnización entendida como un resarcimiento monetario equivalente y proporcional a los derechos alcanzados por la antigüedad en el empleo y compensatorio de las contingencias de la cesantía involuntaria, constituye reposición en el empleo y el pago retroactivo de las remuneraciones caídas.

Procedencia de la Estabilidad

Esta figura es una consecuencia de la función pública de estructura cerrada adoptada por el legislador venezolano que somete a la Administración Pública Municipal a un régimen particular y detalladamente reglado, que presenta las siguientes características según la doctrina Fernández[62]:

1.- Perpetuidad: se ingresa a la Administración Pública para toda la vida útil laboral.

2.- Estabilidad: los funcionarios se benefician de un régimen jurídico de estabilidad en el empleo que no existe en el sector privado.

[62] A. de Pedro Fernández: *Régimen Funcionarial de la Ley de Carrera Administrativa.* Ob.cit. p- 18 y s.

Al lado de esta situación, explica el mencionado autor y a manera de compensación, pesan sobre ellos obligaciones particulares muy importantes, como la de dedicar el máximo de su tiempo a la Administración Pública a la que sirve con la debida eficiencia, la que no pueden abandonar frecuentemente por su sola voluntad, so pena de ser sancionados entre otras obligaciones.

3.- Jubilación: al ser la Administración Pública Municipal responsable de la carrera de sus funcionarios, debe asegurarles una remuneración suficiente durante toda su actividad profesional, la cual debe ser sustituida por una pensión o sistema de retiro una vez que deba dejar el servicio.

En resumen, los funcionarios y funcionarias una vez que ingresan al ejercicio público están sometidos a un estatuto que de manera unilateral les impone obligaciones, deberes, prohibiciones, derechos, ventajas y garantías que los diferencian claramente de los trabajadores del sector privado.

Modos de Adquisición de la Estabilidad

Bajo el marco de la Constitución de 1999 se estableció de manera puntual que los funcionarios de carrera administrativa, son aquellos que habiendo ganado el concurso público, superado el período de prueba y en virtud de nombramiento, presten servicios remunerados y con carácter permanente. Tal enunciado, se debe entender bajo una interpretación lógica y coherente para así materializar en primer lugar el llamado a concurso que permitirá contar con un grupo de seleccionados que deberán ser sometidos a un período de prueba para posteriormente extenderles el nombramiento y no se vaya pensar que con este último se inicia el proceso de selección de personal.

Sin embargo, por todo lo dicho pudiera pensarse que por la redacción del Artículo 146 constitucional, sólo los cargos de los órganos de la Administración Pública quedaron comprendidos como de carrera, quedando

excluidos del ámbito de aplicación de esta disposición los cargos de los entes públicos. Esta hipótesis se plantea en razón de la separación legal que existe entre estas dos estructuras administrativas en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

Así el artículo 15 de la mencionada ley establece que son órganos y entes públicos:

ÓRGANOS

> "Las unidades administrativas de la República, los Estados, los Distritos Metropolitanos y entes públicos a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros o cuya actuación tenga carácter preceptivo".

ENTES PUBLICOS

> "Los Entes se conciben como organizaciones administrativas descentralizadas funcionalmente con personalidad jurídica propia distinta de la República, de los Estados, de los Distritos Metropolitanos y de los Municipios".

La respuesta a esta deficiencia en la redacción Constitucional del Artículo 146 que no agregó a los entes, la ofrece el Artículo 19 de la misma Ley del Estatuto de la Función Pública que refiere que será mediante concurso público, la manera en que cualquier persona podrá ingresar a la Administración Pública, cumpliendo además con el respectivo período de prueba.

El Atractivo de la Estabilidad

El gran atractivo dentro de la función pública municipal al ingresar a un cargo es la garantía de la estabilidad, que conceptualmente no es otra cosa que el derecho a permanecer en un cargo público por el tiempo que le haga merecedor al beneficio de la jubilación. Sin embargo, en la práctica tal derecho, no resulta del todo cierto, habida cuenta de las múltiples circunstancias que lo amenazan, que muchas veces son el resultado de casos típicos de desviación de poder o de autoritarismo o de tecnicismos legales.

Y es que la preciada estabilidad funcionarial como técnica de garantía de imparcialidad, busca ante todo proteger a la persona que ejercita la función pública, para que la misma se desarrolle con arreglo a la exigencia de la neutralidad política y eficacia. Esta última condición, aunque deseable en todo tiempo, no se cristaliza a plenitud, entre otras razones por motivos partidistas a pesar del carácter servicial que se le contempla a la Administración Pública venezolana en el artículo 141 de la Constitución de la República, que la dispuso como una organización prestacional en beneficio de los ciudadanos y ciudadanas.

Se ha presentado entonces, una clase de funcionario, esto es, el de carrera administrativa como receptor de dicho status; pero para adquirir dicha condición es necesario que cualquier persona que aspire a ingresar a la función pública, gane un concurso público de oposición de méritos a fin de comprobar el alcance e idoneidad de los mismos.

Es pues el grado de capacitación profesional o técnica de una persona, representada en títulos, certificados y demás documentos afines, lo que la acredita para que la administración pueda seleccionar a los mejores posibles para el servicio, dentro de una Sociedad, pero se aclara, no solamente dentro de cualquier organización, aunque ello sea una práctica muy común en la actualidad dentro de entes u órganos administrativos locales, que concibiendo de una manera muy su generis el deber de publicidad hacen el llamado por mecanismos poco eficaces para lograr una concurrencia aceptable de aspirantes a ocupar cargos públicos, con lo cual se produce una terrible discriminación para quienes optan hacerlo.

La Aparente Estabilidad

Esa falta de publicidad, sin lugar a dudas constituye una primera conducta administrativa contralegem, que trasmite un falso derecho subjetivo a quienes puedan verse beneficiados con designaciones de esta naturaleza.

Ello en virtud de que la aparente estabilidad no es más que eso, ya que al omitirse el requisito de publicidad, la permanencia de un funcionario o funcionaria en un cargo público, estará amenazada por una decisión de revocatoria de la propia Administración en este sentido. La permanencia o estabilidad en un cargo, debe ser el resultado del debido proceso administrativo y no de la discrecionalidad o subjetivismo de los gobernantes de turno.

Otra arista administrativa que compromete la vigencia de este derecho, se presenta con la celebración de continuados contratos laborales por la Administración Pública durante varios ejercicios fiscales para el desempeño de cargos de carrera administrativa. Esta circunstancia pone de manifiesto entre otras cosas la ineficacia del artículo 37 de Ley del Estatuto de Función Pública que lo prohíbe, pero que crea a la postre un serio conflicto entre la administración y sus servidores bajo la modalidad de contratados.

Ahora, cabe deducir si un trabajador contratado bajo una relación funcionarial encubierta, puede reclamar su estabilidad a estos funcionarios laborales, con el pretexto de una inamovilidad laboral, pues el mismo artículo 37 solo permite dentro de la función pública la contratación de trabajadores para desempeñar tareas altamente calificadas por tiempo determinado vg. Asesores de cualquier índole. De allí que tramitar reclamaciones laborales establecidas a través de contratos con un objeto claramente funcionarial, es convalidar una evidente ilegalidad, pues si el compromiso se adquirió contralegem, mal puede generar efectos positivos para el reclamante.

Por último, una causa más, que relativiza el derecho a la estabilidad, es la reducción de personal por limitaciones financieras, cambios en la organización administrativa, por razones técnicas o por la supresión de una determinada estructura orgánica, regulada u ordenada abiertamente por la Jurisdicción Contencioso Administrativa Funcionarial ante la ausencia de una normativa expresa sobre esa Potestad Organizativa, por lo cual se puede

decir que hay mora legislativa en este sentido, dado que esta materia es asunto de exclusiva reserva legal.

Reclamo de la Jurisdicción Contencioso Administrativo Funcionarial

De tal manera que, ante el no cumplimiento por la Administración Pública municipal del requisito del concurso público de oposición, la realización del periodo de prueba y del acto de juramentación, aspectos netamente funcionariales, la jurisdicción contencioso administrativa ha venido reclamando el juzgamiento de esta clase de omisiones administrativas por ser contrarias a la Ley del Estatuto de la Función Pública y al propio texto constitucional vigente, dado que no confieren estabilidad.

Así, la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo en un fallo digno de estudio y análisis, de fecha 14 de agosto de 2008, caso Cabildo Metropolitano de Caracas, refiriéndose al juzgamiento del régimen de empleo público, puntualizó que todo lo relacionado con el personal contratado, se ubica dentro de esta clase de relación jurídica al considerarlos funcionarios de hecho, con lo cual, si bien no se priva totalmente a la jurisdicción laboral de conocer esta clase de causas, si se le sustrae al conocimiento de un buen número de ellas.

No obstante, como bien lo mencionó este Alto Tribunal del Contencioso Administrativo Funcionarial nacional, “la función pública y el régimen laboral son materias movedizas y fluctuantes en donde lo que hoy es un elemento diferencial entre una y otra, mañana puede dejar de serlo o estar en trance de desaparición.” Es por eso que en el ámbito venezolano al cruzarse instituciones de ambas ramas del Derecho, la estabilidad del funcionario se ve amenazada, aunque se le adicionen importantes elementos del Derecho Laboral, los mismos no le confieren estabilidad en el plano funcionarial.

Uno de los elementos característicos, está dado por el contrato de trabajo a tiempo indeterminado en el desempeño de funciones estatutariales,

que lleva al ánimo de un desprevenido funcionario o funcionaria, la idea que goza de estabilidad en el desempeño de su cargo.

Ingreso Simulado o Encubierto

En estricto Derecho Funcionarial, este tipo de situaciones ha sido denominada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia venezolana, en un Ingreso Simulado en la Administración Pública Municipal, por materializar la celebración sucesiva de varios contratos de trabajo, con un objeto dirigido al cumplimiento de funciones estatutariales, configurándose así lo que el profesor Caballero,[63] llama contratos de trabajo con un objeto ilícito.

También se puede apreciar en esta clase de contratos que esos trabajadores o trabajadoras cumplen un horario a tiempo completo. Pero de ningún modo gozan de estabilidad en el desempeño de sus cargos, lo que se evidencia principalmente cuando en virtud de la activación del "Principio de Alternabilidad Gubernamental" cambian los agentes del gobierno en detrimento de la garantía a la estabilidad.

En este orden de ideas, resulta pertinente nuevamente recordar el fallo judicial del 14 de agosto de 2008, dictado por la Corte Segunda del Contencioso Administrativo, la que enfocando críticamente el anterior cuadro sentenció que "se impone la necesidad de cambiar el viejo paradigma que durante años hizo que en la Administración Pública se convirtiera en una especie de institución al servicio del clientelismo político, lo que conlleva a que en el país se evidencie una excesiva presencia de personal contratado".

Dicha circunstancia, trae consigo un alto índice de inestabilidad en la función pública y consecuencialmente origina que dichos funcionarios o funcionarias no puedan tener los derechos exclusivos de que gozan los funcionarios de carrera, tales como estabilidad, ascenso y sindicalización.

---

[63] Jesús Caballero Ortiz. *El Derecho del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público.* Caracas: Ediciones Paredes.2006.p-242

Otro argumento expuesto por la autora española Cantero Martínez[64], acota que la:

> "coexistencia de dos regímenes jurídicos diferentes en el seno de las Administraciones Públicas realizando las mismas funciones, sin que existan criterios distintivos, claros y razonables que permitan justificar esa dualidad, lleva a la aparición de tensiones y discriminaciones entre ambos tipos de personal. No se trata sólo de que dicho personal sea admitido sin la etapa de formación previa que comporta el sistema de oposiciones y los cursos en las escuelas de funcionarios, también el personal laboral puede sentirse discriminado por no poseer la nota de estabilidad e inamovilidad en el puesto que poseen los funcionarios".

La recurrencia de la Administración Pública Municipal a las instituciones del Derecho Laboral, representa una negación de la carrera administrativa a un número elevado de personas que ingresan a los órganos y entes administrativos con la expectativa de hacer esa larga incursión funcionarial, con lo cual no sólo se ha venido vulnerando el espíritu del constituyente, sino también se infringe el "Principio de Confianza Legítima" que tienen los aspirantes a entrar a la carrera administrativa o a ratificársele en el cargo. Aunque en la práctica esa estabilidad esté sometida a diversas variables.

Uno de esos factores que tienden a debilitar la estabilidad en la carrera administrativa se encuentra en el artículo 21 de la Ley del Estatuto de la Función Pública que convirtió en nombramientos de confianza y por ende sin estabilidad, un conjunto de cargos públicos que hasta ese momento eran considerados de Carrera Administrativa, tales como los comprendidos dentro de la seguridad del Estado, fiscalización e inspección, rentas aduanas y control de extranjeros y fronteras. Es eso lo que se conoce en la doctrina administrativista funcionarial, como el desdibujamiento de los derechos subjetivos dentro de la función pública.

En efecto, según el profesor Araujo Juárez[65], los funcionarios públicos o funcionarias públicas, en razón del Estatuto que los rige, son impuestos en su relación jurídica con la Administración Pública, de un conjunto normativo

[64] Josefa, Cantero Martínez. *El Empleo Público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*. Madrid: Revista de Administración Pública N° 123. 2001.p- 82
[65] J. Araujo Juárez: *Derecho Administrativo. Parte General*. Ob. Cit. p- 467

de deberes, para obligar a todas esas personas y sobre esta condición permitir la permanencia en la función pública, por tal razón:

> "no pueden invocar ningún derecho adquirido al margen del Estatuto, el cual puede ser modificado en cualquier momento, bajo reserva del principio de irretroactividad de los actos administrativos. Desde que los intereses y exigencias del servicio público lo demanden, la situación particular debe adaptarse a las necesidades del interés general".

De lo anterior se desprende que los derechos y obligaciones de los funcionarios, entre ellas el de estabilidad, son exclusivamente fijados por la Ley del Estatuto de la Función Pública, sin que quepa advierte el referido jurista ningún arreglo particular entre la Administración Pública y el funcionario para desvirtuarla. De tal manera que, la permanencia o estabilidad de un funcionario o funcionaria en el sector público sólo puede devenir de una norma jurídica que lo delimite y garantice. Este tradicional criterio en el ámbito del Derecho Funcionarial venezolano, fue recogido en el artículo 30 de la actual Ley del Estatuto al disponer:

> "Los funcionarios o funcionarias públicas de carrera que ocupen cargos de carrera gozarán de estabilidad en el desempeño de sus cargos. En consecuencia, sólo podrán ser retirados del servicio por las causales contempladas en la presente Ley".

Al razonar esta disposición, sólo resta decir que únicamente los funcionarios o funcionarias de carrera gozarán del derecho exclusivo a la estabilidad en el desempeño de sus cargos, avalados por la propia Constitución de 1999, la que de manera general e impersonal aseguró a todos los trabajadores, tanto del sector público como del sector privado, estabilidad en sus puestos de trabajo. Así el artículo 93 ejusdem estableció al respecto:

> "La ley garantizará la estabilidad en el trabajo y dispondrá lo conducente para limitar toda forma de despido no justificado. Los despidos contrarios a esta Constitución son nulos".

Defensa del Derecho a la Estabilidad

Se puede afirmar que cuando un funcionario o funcionaria considere que ha sido retirado de su puesto de trabajo por una causa no justificada, tiene el derecho subjetivo público de recurrir ante los órganos jurisdiccionales

para hacer valer su pretensión de reincorporación, pues esta clase de derecho equivale a un poder exclusivo que el ordenamiento jurídico le confiere a una persona para actuar en defensa de sus propios intereses, que por lo demás son sujetos de protección.

Se refuerza en esta propuesta, el punto de la problemática de los derechos adquiridos, que guardan estrecha vinculación con el derecho a la carrera administrativa y a la estabilidad en el cargo, ya que a partir de este derecho pueden los funcionarios o funcionarias plantearle a la Administración Pública sus aspiraciones de reivindicación dentro del régimen funcionarial. Sobre este delicado asunto la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 17 de julio del año 2001, a través de la sentencia Nº 1.566, expuso:

> "La Administración Pública tiene la potestad de calificar un cargo específico como de libre nombramiento y remoción; esto es, los cargos no exceptuados expresamente por ley, siguen siéndolo hasta el momento en que la Administración Pública mediante un acto constitutivo de la situación jurídica del funcionario, decide hacer la calificación del mismo como de libre nombramiento y remoción, declaración que obedece normalmente a razones de oportunidad o conveniencia organizacional".

El Tema de los Derechos Adquiridos

En materia funcionarial, no existe estabilidad en el ejercicio del desempeño en razón de que por vía legislativa, la Administración Pública Local, queda dotada de un poder legal para cambiar la calificación de un cargo, bien sea en estatus o situación jurídica de cualquier funcionario o funcionaria, como ocurre en el caso del artículo 21 de Ley del Estatuto de Función Pública vigente, lo que trae aparejado que desaparezcan los derechos que habían adquirido hasta el momento de promulgación de esa Ley. Sin embargo, la permanencia de esta doctrina quedará supeditada a los vaivenes de la legislación y a las iniciativas que los particulares puedan emprender en virtud de los intereses jurídicos que consideren que tienen y que los intentará concretar a través de un fallo judicial.

De forma complementaria y parafraseando a Martínez de Pisón, sobre la doctrina de los derechos adquiridos, se añade que ésta ha sido una de las causas que más ha contribuido a sembrar el caos en la ya de por si compleja e impredecible dogmática funcionarial venezolana. Para este autor puede constatarse una marcada tendencia a calificar todos los derechos subjetivos funcionariales como adquiridos o no adquiridos con el propósito de determinar si pueden ser o no modificados o extinguidos, bien por el puro ejercicio de Potestades Administrativas de ejecución, o por regulaciones normativas. Lo que sí es cierto, es que ninguna disposición legislativa al respecto tendrá efecto retroactivo; aunque el funcionario o funcionaria que lo esté ejerciendo gozará de estabilidad antes del cambio de calificación.

Sobre la materia de los derechos adquiridos de los funcionarios públicos, Nieto citado por el mismo Martínez Pisón[66] afirmaba que;

> "... cierto es que la grave cuestión de los derechos adquiridos de los funcionarios no puede resolverse nunca con el tajante método de su desconocimiento, pero no es menos cierto que la presión actual de determinados intereses pretende simplemente cobijar bajo la equivoca etiqueta de los derechos adquiridos una serie de intereses creados, que no merecen o no debieran protegerse jurídicamente".

Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español citada por este autor, ha hecho referencia a los derechos adquiridos de los funcionarios, tanto para decir que no existen frente a la Potestad de Organización de la Administración Pública manifestada a través de decisiones administrativas, como para en otros casos señalar que son un límite a la citada potestad, confundiendo y mezclando en ocasiones lo que son modificaciones generales del régimen estatutario con lo que son simples actos de ejecución. De este modo se confunden aspectos diferentes como lo son la propia definición, límites del derecho reconocido por la norma, el ejercicio del mismo, la competencia para su reconocimiento y práctica y las

[66] Iñigo, Martínez Pison. *Régimen Jurídico de la Función Pública.* Madrid: Editorial Civitas S.A.1.995.p-121

consecuencias de cambios establecidos que afecten a derechos previamente reconocidos.

Eso quiere decir, que el ordenamiento prefija la esfera jurídica activa de los funcionarios y correlativamente las facultades de la Administración que conectan con ella, surgiendo de esta manera una línea divisoria no traspasable en ninguno de los dos sentidos. Cuando la ley instituye un derecho, define su contenido propio y determina las condiciones del inicio, duración y finalización de su ejercicio, está colocando trabas al funcionario para que no tenga por derecho nada más que lo otorgado y a la Administración Pública para que no alegue facultades propias más allá de las estrictamente determinadas.

Hoy día al funcionario público de carrera se le debe convencer que es la ley la que instituye las condiciones de ejercicio del derecho a través de su delimitación material. El cese de las funciones no puede interpretarse como el desplazamiento de un derecho adquirido frente a un acto organizativo de la Administración Pública Local, sino como la simple aplicación mecánica de un límite previsto legalmente.

Martínez Pison opina, que los derechos estatutarios no pueden ser obstáculo a las modificaciones legales, que no puede hablarse de derechos adquiridos frente a la potestad organizativa del legislador, pues de lo contrario surgirá el problema de estimar el alcance de la ineficacia real de la nueva norma, lo que conduciría con el tiempo a que cada colectivo funcionarial, determinado por su fecha de ingreso, se sujetaría a un régimen diferenciado, lo que no encuentra respaldo constitucional alguno. Todo lo cual no obsta para que entre los intereses de la Administración Pública y los derechos de sus funcionarios o funcionarias de carrera exista una necesaria articulación, dado que no habrá garantía de promoción en aquella sin una previa garantía de permanencia y estabilidad.

Estabilidad Provisional

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, se repite en un fallo digno de estudio y análisis, de fecha 14 de agosto de 2008, caso Cabildo Metropolitano de Caracas, concediendo estabilidad provisional a aquellos funcionarios o funcionarias públicos con nombramiento, pero que no habían ingresado por concurso público, apartándose de esta manera de lo preceptuado legalmente.

Este pronunciamiento judicial de dudosa legalidad, abre un espacio más amplio a la institución de la estabilidad, distinto a la noción que se encuentra establecida en el Artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que sólo la admite para los "funcionarios de carrera que ocupen cargos de carrera" como un derecho exclusivo, y por lo tanto aclara, que sólo pueden ser retirados de la función pública municipal por las causales contempladas en el Artículo 78 a saber: renuncia escrita, pérdida de la nacionalidad, interdicción civil, jubilación o invalidez, reducción de personal o por motivos disciplinarios.

El criterio medular para sustentar esta tesis de la estabilidad provisional, argumenta:

> (…) "el funcionario una vez entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, haya ingresado a la Administración Pública mediante designación o nombramiento a un cargo calificado como de carrera administrativa, sin la realización previamente del debido concurso público, gozarán de estabilidad provisional o transitoria en sus cargos, hasta tanto la Administración decida proveer definitivamente el mismo mediante el correspondiente concurso público.
> Esta estabilidad provisional supone, que aquel funcionario que se encuentre en la aludida situación de transitoriedad no podrá ser removido, ni retirado de su cargo por causa distinta a la contemplada en la Ley del Estatuto de la Función Pública (artículo 78) hasta tanto el cargo que ocupa temporalmente sea provisto mediante el correspondiente concurso público.

La Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, instruyó que para la realización de este concurso público, la Administración Pública Municipal, deberá revisar que el funcionario o funcionaria que se encuentre en situación de estabilidad provisional, cumpla con los requisitos exigidos en el Manual Descriptivo de Clases de Cargos para ocuparlo, en cuyo caso, puntualizó la

oficina de recursos humanos de cualquier Alcaldía al convocarla, deberá tomar en consideración el tiempo de servicio y el desempeño que éste haya tenido en el ejercicio del cargo.

Por último, este alto tribunal especializado en asuntos funcionariales a tenor de lo dispuesto en el fallo, que los actos de nombramiento de los funcionarios que se encuentren en esa situación, no deben reputarse nulos, de conformidad con el Artículo 40 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, pues en el entender de este órgano judicial la nulidad sólo operaría si el nombramiento confiere el estatus definitivo de funcionario de carrera a quien ingrese a un cargo de carrera, sin haber superado previamente el referido concurso público.

Estabilidad e Inamovilidad

Respecto de estas instituciones procesales, características del régimen funcionarial y laboral respectivamente, la Sala Constitucional[67] consideró que será el procedimiento previsto en el Artículo 453 de la Ley Orgánica del Trabajo el que aplica cuando un patrono pretenda despedir por causa justificada a un trabajador investido de fuero sindical, dado que "en materia de carrera administrativa no existe disposición alguna de tal naturaleza; por lo que resultan aplicables las previsiones sobre el fuero laboral de la Ley Orgánica del Trabajo".

Por su parte la misma Sala, basándose en el Artículo 144 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela indicó que la Ley del Estatuto de la Función Pública, previó las normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios de la Administración Pública, así como el procedimiento disciplinario de destitución, cuando exista una relación de empleo funcionarial. De la doctrina judicial transcrita, se aprecia

[67] http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/787-270407-07-0091.htm. Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 2006-1599. Expediente 2007-0091. De fecha 27 de abril de 2007. Caso. José Gregorio Rodríguez vs. Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo.

que la relación entre los funcionarios de carrera que prestan sus funciones a la Administración Pública es de tipo estatutaria.

La relación permanece incluso cuando los mismos ejerzan una función sindical, puesto que aun cuando gozan de inamovilidad ello no implica que se les modifique el régimen de estabilidad que los protege, ni el procedimiento y las causales de retiro previstas en la ley estatutaria.

Dentro de este marco es importante señalar que un acto administrativo emanado de una entidad local, mediante el cual se destituye a un funcionario o funcionaria investido de estabilidad e inamovilidad, no sólo lo afecta en su condición de representante sindical sino también como funcionario público de carrera, condición esta última, sobre la cual se debe ejercer la potestad disciplinaria sancionadora con apego al procedimiento y por las faltas establecidas para ello en la ley estatutaria, a fin de respetar las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho a la defensa del funcionario público objeto del aludido procedimiento.

Agregó la Sala que un funcionario público de carrera administrativa que goce de inamovilidad en su condición de dirigente sindical, se le debe aplicar el procedimiento previsto para la calificación de despido de los funcionarios que gozan de fuero sindical en la Ley Orgánica del Trabajo. No obstante, por gozar por otro lado de la estabilidad propia de todos los funcionarios al servicio de la Administración Pública Municipal, debe también utilizarse el procedimiento disciplinario sancionatorio previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública correspondiente a la destitución.

Advierte entonces la máxima y última interprete de la Constitución, que la aplicación del procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Trabajo no exime al órgano administrativo de la ejecución del procedimiento previsto en la norma estatutaria, la cual debe ser aplicada para el retiro, destitución o

toma de alguna decisión que afecte la esfera de derechos de todo funcionario público amparado por la estabilidad funcionarial.

Aclaró también, que no se está en presencia de una doble estabilidad en sentido estricto, sino que así, como para el despido de un dirigente sindical del sector privado es necesario respetar el fuero sindical, el cumplimiento de lo dispuesto en la Sección Sexta del Capítulo II, Título VII de la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores referido al derecho colectivo del trabajo, también lo es para el sector público, por referirse exclusivamente a un procedimiento para el "desafuero" sindical, mas no para su despido o retiro, por tratarse de un funcionario de carrera.

Dentro de este orden de ideas, estimó la Sala que la Administración Pública, debe aplicar el procedimiento administrativo para el retiro de todos los funcionarios que gozan de estabilidad según el régimen aplicable, que como ya se ha señalado, es el previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, por las faltas cometidas por dichos funcionarios en el ejercicio de la función, a lo contrario constituiría una violación del derecho al debido proceso a ser sancionado por actos u omisiones que no fueron previstos como faltas u infracciones en leyes preexistentes, en atención del principio de tipicidad de la falta -Nulla crimen, nulla pena sine lege-**.**

De allí que, cuando se dicta un acto administrativo, mediante el cual se despide a un funcionario de carrera administrativa, en ejercicio de la potestad disciplinaria sancionadora, ha debido ser el producto del procedimiento previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, por lo que la ausencia del mismo para la aplicación de la sanción de destitución, afecta la esfera particular del funcionario público castigado, aun cuando gozara de fuero sindical, por cuanto dicha licencia no lo separa de su condición de funcionario público.

Críticas Doctrinarias

Otro sector de la doctrina judicial venezolana, encabezada por el Magistrado Marco Tulio Dugarte Padrón, en la misma sentencia, difirió de las consideraciones expuestas, respecto a que los funcionarios públicos de carrera administrativa, están protegidos por el fuero sindical; que gozan de una "doble inamovilidad", aunque se señale que no es en sentido estricto y que debe seguirse tanto el procedimiento previsto en la legislación laboral para remover el referido fuero como el procedimiento disciplinario para la destitución.

Al respecto, sostuvo que el fuero sindical no es aplicable en la función pública, pues, a diferencia de lo que sucede en las relaciones laborales ordinarias, los funcionarios de carrera, únicos sujetos que podría participar en la actividad sindical, no requieren de tal fuero, toda vez que por su sola condición de funcionarios de carrera ya tienen estabilidad absoluta. Es decir, la justificación de la existencia del fuero sindical a los trabajadores, es porque al tener estabilidad relativa, requieren de estabilidad absoluta para de esta forma estar amparados y poder garantizar la defensa del interés colectivo y la autonomía en el ejercicio de las funciones sindicales, esto resulta innecesario en el caso de los funcionarios de carrera, ya que por su condición, tienen estabilidad absoluta.

Aunado a lo anterior, de conformidad con lo previsto en el artículo 144 de la Constitución, las relaciones de empleo público se regulan de conformidad con lo previsto en las leyes contentivas de los estatutos funcionariales –general y especiales– por lo que, dado que el retiro sea por falta grave o destitución, está previsto en las mencionadas leyes especiales, no resulta aplicable la Ley Orgánica del Trabajo. Recordó también Dugarte, que para la remoción del fuero sindical, se requiere la participación de una autoridad pública, esto es, el Inspector del Trabajo competente por la

jurisdicción, quien autorizará mediante un procedimiento administrativo si es procedente el despido del trabajador.

En cuanto al caso de los funcionarios de carrera, la Administración Municipal, está impedida de retirar a un funcionario, sin la calificación previa de una falta determinada y demostrada en el curso de un procedimiento administrativo disciplinario, en el que se le garantice al funcionario su derecho de defensa y demás garantías, por lo que resultaría innecesario que dos autoridades públicas, mediante dos procedimientos administrativos, busquen la misma finalidad, justificar el retiro de un funcionario de la Administración ante la comisión de una falta calificada como grave.

Otra magistrada Luisa Estella Morales Lamuño, salvó su voto en el referido fallo, pues era del criterio que los funcionarios públicos no pueden ser sometidos al procedimiento administrativo tramitado ante las Inspectorías del Trabajo, establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, las Trabajadoras y los Trabajadores, cuando posean un fueron especial y al mismo tiempo ser sometidos para su retiro de la Administración Pública Municipal, al respectivo procedimiento disciplinario. Tal consideración tiene su razón en que en que ambos procedimientos nacen de hechos diferentes, uno del fuero sindical y el otro de la estabilidad en la carrera, con lo cual hay una clara diferenciación a los fines de establecer cuál es el régimen aplicable a cada caso.

Así en el supuesto que sea un funcionario de carrera el que incurre en una falta, su estabilidad permanente lo protege de cualquier arbitrariedad, lo que debe ceder ante la protección temporal de estabilidad que le ofrece el tener fuero sindical mediante el procedimiento de calificación de falta, estando éste destinado a la protección de los trabajadores que no cuentan con la garantía permanente que sí tienen los funcionarios de carrera. Ello justificaría el hecho de que no pueda ser sometido el funcionario municipal a una doble inamovilidad.

También la Magistrada Carmen Zuleta de Merchán, salvó su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora, con la siguiente posición doctrinaria:

> "El denominado fuero sindical nace como un instituto del derecho colectivo del trabajo (inamovilidad) que pronto devino en un privilegio; en cambio la estabilidad se incardina en el derecho individual (Vid. Parra Aranguren, Fernando, La Estabilidad Laboral y su Vigencia en una Economía Globalizada, Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 2006, pp. 159-184). En efecto, la inamovilidad suspende temporalmente el poder rescisorio del patrono para impedir que éste obstruya la labor sindical, tal como lo ilustra el artículo primero del Convenio 98 de la Organización Internacional del Trabajo, cuando indica que "los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo".

En el ámbito funcionarial, el régimen estatutario impide a la Administración Pública retirar a cualquier funcionario, no sólo sin causa justificada, sino además sin subsumir su acto en cualquiera de las causales de retiro que estipula la Ley del Estatuto de la Función Pública, en consecuencia, sólo pueden ser retirados del servicio por las causales contempladas en su Artículo 78, régimen legal preservado por el artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo. Como se evidencia, todo funcionario público que ejerza un cargo de carrera está sometido a un régimen de estabilidad de modo que las causales de retiro están tipificadas en su estatuto legal, y sólo bajo esas causales es que la Administración puede proceder a su retiro.

No existe razón para trasladar al ámbito funcionarial los efectos jurídicos de la inamovilidad laboral común; pues, el régimen estatutario al que están sometidos los funcionarios es más favorable al trabajador, porque le impide a la Administración en general, destituir, suspender trasladar o desmejorar en sus condiciones de trabajo a cualquier funcionario, si no está fundamentado en una de las causales previamente estipuladas por la Ley.

Por tanto, si no existe respecto del común de los funcionarios de carrera, la posibilidad del retiro discrecional, mal puede establecerse a favor del fuero sindical de los funcionarios un régimen especial de inamovilidad que no se justifica, porque aun sin el fuero esa estabilidad existe y en última instancia el régimen de estabilidad del funcionario público se asimila al del

fuero sindical, la que ha sido la interpretación pacífica de la jurisprudencia en materia contencioso administrativo funcionarial.

Efectividad de la Estabilidad Funcionarial

En definitiva, la protección que el mismo Estado viene dando al derecho de estabilidad o de permanencia en el cargo resulta bastante cuestionable, pues a propósito de la calidad de las sentencias, se ve ahora como las instituciones procesales antes mencionadas, resultan disminuidas en su aplicación práctica por la jurisdicción especializada, la que viene dictando cada vez más, criterios restrictivos o técnicos a los efectos de no declarar a favor de los administrados las pretensiones que en buen número se formulan en contra de la Administración Pública.

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCIÓN

Obligación de Sancionar

El deber de sancionar en materia funcionarial municipal, tiene lugar de acuerdo al Artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, "cuando el funcionario o funcionaria público estuviere presuntamente incurso en una causal de destitución" en el ejercicio de sus funciones. Consagra esta norma entonces, la imposición de la responsabilidad disciplinaria contra aquellos funcionarios y funcionarias que a consecuencia de sus decisiones, puedan infringir los supuestos de destitución advertidos en el Artículo 86 ejusdem y de las cuales deberán cuenta.

Advierte también la Ley del Estatuto de la Función Pública en el último aparte del mencionado Artículo 89 que el incumplimiento del procedimiento disciplinario por parte de los responsables de su sustanciación en la respectiva Oficina de Recursos Humanos, será causal de destitución, con lo cual se agrega otra causal más, aunque no esté incluida en el Artículo 86 ejusdem.

Prescripción de las Causales de Destitución

La prescripción es la figura jurídica mediante la cual, el transcurso del tiempo, produce la extinción de la investigación disciplinaria de destitución, por determinados hechos sancionables, y dicho lapso es de ocho (8) meses contados a partir de la fecha en que el superior jerarca tiene conocimiento de ello, tal como lo indica el artículo 88 de la Ley del Estatuto de la Función Pública[68].

[68]Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital. Expediente 10-2758. Fecha: 09 de marzo de 2011. Caso: David Alejandro Sánchez Pilo vs. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia-Servicio Autónomo de Registros y Notarías (SAREN)). Caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/MARZO/2110-9-10-2758-.HTML

Mas sin embargo, no sólo la institución de la prescripción se materializa cuando no se solicita la correspondiente apertura de la averiguación disciplinaria dentro de los ocho (8) meses siguientes a partir de que la máxima autoridad de la unidad administrativa tiene conocimiento de la falta cometida por el funcionario, sino que ésta puede verificarse en el transcurso de la sustanciación del procedimiento disciplinario, lo cual es una innovación jurisprudencial.

La misma se justifica en virtud que en materia administrativa la formalidad no tiene, en cuanto a la sustanciación, la misma rigurosidad que en la vía judicial, pero ello no es óbice para que los procedimientos disciplinarios se perpetúen en el tiempo de sustanciación; por ello es que el legislador estatutario ha previsto la institución de la prescripción, la cual tiene como uno de sus fines la seguridad jurídica.

De manera pues, que la prescripción puede, como se dijo antes, verificarse durante el procedimiento, si éste no es impulsado por parte del ente sustanciador, pues a diferencia de la caducidad, la prescripción sí admite interrupción, la cual ocurre cada vez que en el procedimiento administrativo-disciplinario, la Administración local realiza un acto de sustanciación, siempre y cuando entre cada uno de estos actos no haya transcurrido un lapso de ocho meses.

Carácter Instrumental

Evoluciona entonces el Procedimiento Disciplinario de Destitución, en el ámbito municipal, dentro de la Ley del Estatuto de la Función Pública, para justificar que existe un conjunto determinado de prescripciones legales que deben ser observadas en el curso de su tramitación, con lo cual en términos generales, este procedimiento se configura en una herramienta de naturaleza instrumental, “ya que no es un fin en sí mismo, sino instrumento, cauce para

alcanzar un fin"[69] en el caso funcionarial, esclarecer si un funcionario incurrió o no en un supuesto de hecho que amerite la apertura del Procedimiento Disciplinario de Destitución.

El Acto Disciplinario

Luego de concluido el procedimiento disciplinario, debe dictarse el acto disciplinario así denominado por Carrasco[70] con la finalidad de mantener las reglas o principios que rigen a la organización local en su orden interno y en ejercicio de su Potestad Disciplinaria, que es como se ha visto de carácter irrenunciable, es decir, quien la ejerce menciona el autor, no tiene la libre disponibilidad de lo que ella representa.

Dictado el acto, el funcionario público pierde esa condición a consecuencia de haber demostrado la Administración Pública Municipal a través del respectivo Procedimiento Disciplinario, que el funcionario o funcionaria incurrió en la comisión de una infracción sancionable con la destitución, luego que la Administración resuelva con justicia sobre la base de los hechos debidamente probados, pues en definitiva continua Carrasco, no solo en estos procedimientos está en juego el derecho al cargo, sino también al honor del funcionario afectado.

Causales de Destitución

El Artículo 86 de la Ley del Estatuto de la Función Pública enumera las conductas susceptibles de ser sancionadas con la destitución a saber:

I.- Haber sido objeto de tres (3) amonestaciones escritas en el transcurso de seis (6) meses.

II.-El incumplimiento reiterado de los deberes inherentes al cargo o funciones encomendadas, los cuales devienen del Artículo 33 de la Ley del Estatuto de

[69] J. Araujo Juárez: *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Ob. Cit. p-36

[70] Alejandro E, Carrasco C: "Comentarios al Régimen Disciplinario en la Ley del Estatuto de la Función Pública". *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó.* Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2003. p- 103

la Función Pública que los establece y de la organización jerárquica como se estructura la Administración Pública municipal.

III.-La adopción de resoluciones, acuerdos o decisiones, declarados manifiestamente ilegales por el órgano competente o que causen un daño de cualquier tipo al interés público, al patrimonio local o al interés de cualquier ciudadano o grupos de ciudadanos.

IV.-Incumplimiento a la Obligación de atender los servicios mínimos acordados que hayan sido establecidos en caso de huelga.

V.-Falta de probidad, vías de hecho, injuria, insubordinación, conducta inmoral en el trabajo o actos lesivos al buen nombre o a los intereses del órgano o entes de la Administración Municipal.

VI.-Arbitrariedad en el uso de la autoridad que cause perjuicio a los subordinados o al servicio.

VII.-Perjuicio material severo causado intencionalmente o por negligencia manifiesta al patrimonio público municipal.

VIII.- Abandono injustificado del trabajo durante tres (3) días hábiles dentro del lapso de treinta (30) días continuos.

IX.- Condena penal o auto de responsabilidad administrativa dictado por la Contraloría municipal o cualquier otro órgano del Sistema Nacional de Control Fiscal.

X.- Solicitar o recibir dinero o cualquier otro beneficio económico, valiéndose de su condición de funcionario o funcionaria público, por tratarse de hechos de corrupción.

XI.-Revelación de asuntos reservados, confidenciales o secretos de los cuales el funcionario o funcionaria público, tenga conocimiento por tal condición y esté obligado a no divulgarlos.

XII.-Tener participación por sí o por interpuestas personas en firmas o sociedades que estén relacionadas con el respectivo órgano o ente cuando estas relaciones estén vinculadas directa o indirectamente con el cargo que se desempeña.

XIII.- Desaprobar las dos (2) evaluaciones de desempeño en el año de la cuenta, sobre la base de los registros de actuación que debe llevar cada supervisor.

Órganos Instructores

De acuerdo al Artículo 10 de la Ley del Estatuto de la Función Pública corresponde a las dependencias de Recursos Humanos en cada órgano o ente municipal, instruir los expedientes administrativos en caso de hechos que pudieren dar lugar a la aplicación de las sanciones previstas en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Conforme a esta normativa, se establece una importante obligación legal para las unidades de recursos humanos, de formar un expediente en donde se deje constancia de todo lo obrado. Para cumplir estos dos últimos cometidos, obviamente que las municipalidades deben contar en cada estructura dedicada a la administración de personal, con personal idóneo y conocedor de los Procedimientos Disciplinarios.

Idoneidad del Instructor Disciplinario

Si bien la Ley del Estatuto de la Función Pública en el Artículo 89, numeral 1° le confiere a cada oficina de recursos humanos de la Administración Pública Municipal, la facultad de valorar o apreciar los hechos denunciados por el superior jerárquico de una unidad administrativa, no dice absolutamente nada en cuanto a la idoneidad del funcionario instructor disciplinario, a mi criterio, constituye una omisión inexcusable habida cuenta de lo delicado e importante que representa para la sociedad venezolana, que sus funcionarios y funcionarias de carrera sean enjuiciados por personas conocedoras e imparciales en esta clase de Procedimientos.

Se justifica que sean funcionarios o funcionarias idóneas, de gran verticalidad e imparcialidad y además tengan en la propia Ley del Estatuto de la Función Pública, lo que no ocurre en la actualidad, normas procesales

claras en cuanto a cómo proceder en algunas actuaciones del investigado, tales como la administración del expediente, la formulación de cargos, admisión o denegación de pruebas o asistencia a la práctica de pruebas entre otras, que muchas veces actúa con gran discrecionalidad y sin ningún tipo de respeto a las garantías procesales de los investigados.

Condiciones del Instructor

En el derecho español por ejemplo, el "funcionario instructor deberá ser un funcionario público perteneciente a un cuerpo o escala de igual o superior clasificación al inculpado, con características de letrado"[71] a fin de que garantice con objetividad, la aplicación regular de las normas jurídicas e inclusive pueda discernir cuando deba inhibirse del conocimiento de un asunto, ya que en el país tampoco está contemplada la figura procesal de la recusación en sede administrativa, como si lo está en otros ordenamientos, circunstancia que deberá ser resuelta en el devenir de esta Ley especial.

Inicio del Procedimiento Disciplinario de Destitución

Retomando la idea del Procedimiento Disciplinario de Destitución, cabe recordar que la Ley del Estatuto de la Función Pública en el Artículo 89, si bien deja a salvo el principio de presunción de inocencia al señalar que "cuando el funcionario o funcionaria público estuviere presuntamente incurso en una causal de destitución" se seguirá el trámite por ella creado, no orienta al supervisor inmediato del potencial investigado, respecto de la elaboración de un acto de incriminación motivado y de los elementos probatorios que deben avalar su solicitud y en que supuestos, queda excluida la responsabilidad disciplinaria a raíz de la conducta desarrollada por el funcionario o funcionaria.

[71] Severiano, Fernández (s/f). *El Procedimiento Administrativo Disciplinario de los Funcionarios Públicos.* Universidad de Cádiz. Departamento de Derecho Público. rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/11462/16057739pdf.

En todo caso, aunque haya las anteriores omisiones, la Ley del Estatuto de la Función Pública impone a los titulares de recursos humanos de los distintos órganos y entes municipales, la atribución de determinar los cargos a ser formulados, en base a sus Artículos 33, 34, 35 y 86, que advierten obligaciones, prohibiciones, incompatibilidades y causales de destitución para aquellos funcionarios o funcionarias que puedan incurrir en una de esas conductas sancionables y que deberán ser formulados atendiendo a la relación de causalidad que pueda existir.

Los cargos o conductas sancionables, deberán ser indicados en un auto de apertura o de iniciación del Procedimiento Disciplinario, hecho que en la actual Ley del Estatuto de la Función Pública, no tiene mención alguna, ni menos los requisitos de forma que necesariamente debe contener ese auto de trámite. No obstante ese vacío legal, un sector de la doctrina nacional[72] asomó algunos rasgos de un Auto de Inicio de un Procedimiento Disciplinario a saber:

I.- Debe ser motivado.

II.-Debe señalar de manera clara y precisa, los hechos imputados a los funcionarios o funcionarias públicos incursos en cualquier tipo de conducta sancionable.

III.-Expresión de la norma o de las normas en las cuales estos hechos hayan sido tipificados como generadores de responsabilidad disciplinaria.

IV.-Señalamiento de los elementos indiciarios y probatorios que sirvieron de base para decidir la apertura de la averiguación.

Lo que hace entonces el Auto de Apertura es fijar, cuáles serían los hechos que presumiblemente se realizaron y sus consecuencias, en el entendido que la prueba acerca de la realización culposa de la infracción disciplinaria únicamente debe ser el resultado del previo procedimiento disciplinario.

[72] F. C, Becerra: *La Función Pública en el Ámbito Municipal venezolano.* Ob.Cit.p-145

En todo caso en una futura reforma a la Ley del Estatuto de la Función Pública, también se deberán incluir de acuerdo a mi concepción, estos y otros aspectos, que tiendan a brindar una mayor seguridad jurídica y control legal sobre las actuaciones disciplinarias, las que en la actualidad no cuentan con este tipo de referentes.

Actuaciones Previas

Se estila en estos casos que se efectúen un conjunto de actuaciones o indagaciones preliminares en caso de existir dudas respecto de la procedencia de la investigación, prevista en el derecho comparado español y colombiano respectivamente, a los efectos que se pueda deducir con los elementos de juicio que reciben, si procede o no la investigación. En Venezuela por el contrario una vez solicitada la apertura de la averiguación disciplinaria, se abre el expediente administrativo y se instruye el Procedimiento Disciplinario, sin que se efectúe ninguna actuación o indagación preliminar.

Resumidamente en estos países se exponen los siguientes esquemas:

España

Una vez que se hace la solicitud de inicio del Procedimiento Disciplinario, se debe citar obligatoriamente al presunto indiciado a los efectos de que declare sobre los hechos en donde se le mencionan incurso, para luego evacuar aquellas diligencias que se deduzcan de la comunicación o de la denuncia, que es otra modalidad en aquel país de inicio del Procedimiento, no prevista esta última en el orden legal venezolano.

El objeto de estas actuaciones previas consiste en aportar los elementos que permitan al órgano competente conocer las circunstancias del caso concreto para decidir acerca de su inicio o archivar la solicitud a fin de

evitar la incoación precipitada de un expediente disciplinario, con los efectos desagradables que comporta para el funcionario inculpado[73].

Colombia

Prevé indagación preliminar y tiene al igual que en España la finalidad de verificar la ocurrencia de la conducta infractora, para poder determinar si la misma es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad, factor que en el país se quedó en el proyecto de la Ley del Estatuto de la Función Pública, pero no forma en definitiva de su actual cuerpo normativo. A diferencia de España se le toma declaración libre al disciplinado, sólo en caso que el funcionario competente lo considere necesario, con la finalidad de determinar la individualización de los intervinientes en los hechos investigados.

En definitiva, si bien se acepta en el derecho comparado, que las actuaciones o indagaciones preliminares no son obligatorias, sino eventuales, concretamente cuando no se cuenten con suficientes elementos de juicio, y por tanto existan dudas sobre la procedencia de una investigación disciplinaria; la misma deberá llevarse a cabo para verificar o para establecer con cierta aproximación la ocurrencia de la conducta, si ella es constitutiva o no de falta disciplinaria y la individualización o identidad del autor, circunstancias éstas que deberán ser consideradas por el legislador venezolano, antes de iniciar esta clase de Procedimientos.

Instrucción del Expediente Administrativo

Definidos los modos en que procede o en que debería proceder el Procedimiento Disciplinario de Destitución, queda la unidad de recursos humanos competente encargada de aperturar el respectivo expediente administrativo, dado que está en la obligación de elaborar para cada asunto

[73] Severiano, Fernández. *El Procedimiento Administrativo Disciplinario de los Funcionarios Públicos.* rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/11462/16057739pdf.

legajo documental conforme al Artículo 31 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos[74], el cual deberá contener la decisión respectiva, independientemente que distintos órganos o entes administrativos de ese nivel político-territorial, hayan actuado.

De tal manera que una vez iniciado el Procedimiento se debe proceder a abrir el Expediente Administrativo, mandato del Artículo 51 ejusdem, se debe recoger toda la tramitación a que dé lugar el asunto. Así mismo, las comunicaciones que sean giradas entre las distintas autoridades, publicaciones y demás notificaciones realizadas, deben ser incorporadas el expediente. Debe seguir un orden lógico y coherente para lograr una secuencia racional sobre lo actuado y salvo en casos de documentos declarados secretos, deberán estar presentes todos los documentos que se refieran al caso.

Naturaleza y Valor Probatorio del Expediente Administrativo

El expediente administrativo puede definirse como el "conjunto ordenado de todas las actuaciones realizadas en el decurso del procedimiento administrativo que le sirven de sustento a éste; es decir el expediente es la materialización formal del procedimiento"[75].

Los documentos, declaraciones o certificaciones contenidos en el expediente administrativo como resultado del procedimiento disciplinario, son actuaciones de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones que gozan de una presunción de legalidad y veracidad, por lo que corresponde al querellante desvirtuarlo y que sólo si son impugnados a través de los medios legales previstos requerirán de ratificación para surtir su efecto probatorio.

---

[74] Gaceta Oficial N° 2.818 extraordinaria del 1° de julio de 1981. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*.

[75] www.jca.tsj.gov.ve/decisionesCorteSegundadeloContenciosoAdministrativo. Expediente N° AP42-N-2007-000295.*Caso: Julio César Hernández C. vs. Instituto Autónomo de Vialidad del estado Táchira.* Fecha: 27 de marzo de 2008. Ponente: Alejandro Soto Villasmil.

Notificación del Investigado

La misma autora Becerra indica que antes de proceder a que se notifiquen los cargos, estos tendrán que quedar claramente determinados en el respectivo auto, para hacerlos del conocimiento de la persona interesada de manera razonable y fundamentada y ella podrá acceder directamente al expediente administrativo en curso, por si o por medio de representante legal a fin de que ejerza a cabalidad su derecho a la defensa, dejándose constancia por el funcionario o funcionaria instructor.

Formas de Notificación

La ley estudiada en relación a las formas de notificación de inicio de un Procedimiento Disciplinario establece tres (3) formas a saber:

I.- Notificación personal del interesado de manera escrita.

II.- De no poder efectuarse la notificación de esta manera, la misma se llevará hasta la casa del investigado, dejándose constancia escrita de la persona, día y hora en que la recibió.

III.- La última manera de notificar es por cartel en uno de los periódicos de mayor circulación del estado. Tal publicación deberá ser agregada al expediente administrativo una vez transcurridos cinco (5) días continuos, se dejará constancia y así queda formalmente notificado del Procedimiento Disciplinario el investigado.

Datos Actualizados de los Funcionarios

Advierte la Ley, que para poder cumplir con el requisito de la notificación en cualquiera de sus modalidades, la Oficina de Recursos Humanos de la respectiva municipalidad, debe al momento en que un funcionario o funcionaria ingrese a esa Administración indicar una sede o dirección en su domicilio, la cual subsistirá para todos los efectos jurídicos ulteriores y en las que se practicará cualquiera de las anteriores notificaciones.

Medidas Cautelares Administrativas

Las medidas cautelares consagradas en los artículos 90 y 91 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, se refieren a la suspensión del cargo con o sin goce de sueldo, conforme a doctrina especializada[76].

Suspensión del Cargo Con Goce de Sueldo

Para ser dictada requiere como único requisito de procedencia, la conveniencia; todo ello atendiendo al amplio poder discrecional de la autoridad a quien corresponde dictar la medida, ejecutado por el funcionario sustanciador o el que deba decidir la investigación en sede administrativa; además, cabe destacar que solo cumple con el requisito de tipicidad de la medida. No se verifica su proporcionalidad respecto al fin de la misma, en virtud del hecho de llevar a cabo una investigación, es posible que el funcionario sea suspendido aunque con goce de sueldo, por un lapso de hasta 120 días.

Suspensión del Cargo Sin Goce de Sueldo:

La procedencia de esta medida cautelar administrativa se remite exclusivamente a que se haya dictado al funcionario una medida preventiva de privación de libertad, en tal caso "se le suspenderá del ejercicio del cargo sin goce de sueldo".

Al respecto, es necesario acotar que en este supuesto, al dictarse una medida preventiva de privación de libertad, que no determina la culpabilidad del sujeto en materia penal (artículo 8 del Código Orgánico Procesal Penal), el funcionario, debe ser suspendido y retenido su sueldo, vulnerándose el principio constitucional de presunción de inocencia, por lo que además de estar privado de su

[76] Roberto, Zamora H. (2005) Medidas Preventivas en la Ley del Estatuto de la Función Pública. UNIVERSIDAD ROMULO GALLEGOS DECANATO DE POSTGRADO ESPECIALIZACION: DERECHO PROCESAL CIVIL CATEDRA: SISTEMA CAUTELAR EN EL PROCESO. http://es.scribd.com/doc/43681012/Las-Medidas-Preventivas-en-la-Ley-de-Estatuto-de-la-Funcion-Publica

libertad, se le imitan sensiblemente el derecho que el texto fundamental le confiere de disponer de los medios adecuados para su defensa.

Requisitos de Procedencia de la Medida

En relación con los requisitos establecidos por la doctrina, la medida cautelar en cuestión, solo cumple con la tipicidad. Por otro lado, de acuerdo con críticas de Canova[77] esta medida: a) establece una especie de pena accesoria; b) carece de instrumentalidad; c) parece limitar a un lapso de 6 meses el principio de presunción de inocencia; d) si es absuelto, el pago de salarios dejados de percibir no constituye una indemnización del Estado por su responsabilidad objetiva al privar al funcionario injustamente de su libertad.

En todo caso, cualquier medida que se dicte debe estar fundada en Derecho y en el caso venezolano al no estar previstos en la Ley del Estatuto de la Función Pública los requisitos de procedencia, se debe apelar como bien señala la profesora Becerra apoyándose en sentencia 108/1984 de fecha 26 de noviembre, del Tribunal Constitucional Español a un juicio de razonabilidad, referido a la finalidad perseguida y a las circunstancias concurrentes para acordar la medida, pues si la cautelar es desproporcionada o irrazonable no sería propiamente de esa entidad, sino que tendría un carácter punitivo.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia Sobre Medidas Cautelares Administrativas

El criterio asumido por la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, respecto de las medidas cautelares en sede administrativa surge de una decisión de fecha 01 de abril de 2005, identificada con el número 389 Caso: Dinorak Esther Castillo Murga, con ponencia del Magistrado Arcadio Delgado Rosales, en la

[77] Antonio, Canova González.(2003) *El Procedimiento Disciplinario de Destitución y las Medidas Cautelares Administrativas en la nueva Ley del Estatuto de la Función Pública*. El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo.p-117

que se atribuye a los órganos administrativos un poder preventivo dirigido a: 1) evitar la ineficacia de los actos administrativos y 2) evitar eventuales daños ocasionados por el transcurso del procedimiento administrativo. Sin embargo, no debe entenderse como un poder genérico derivado de la potestad sancionatoria que la Constitución confiere a tales órganos, para el cumplimiento de los fines del Estado, por lo que la posibilidad de dictarlas, pasa porque una norma legal habilite a los órganos administrativos, "unas veces tasando las medidas que pueden dictar, otras veces limitándose a crear la atribución, con lo que el contenido de la medida sería discrecionalmente determinado por la misma autoridad para el cumplimiento de los fines preceptuados por la legislación".

De lo anterior se desprende la posibilidad que la Administración dicte medidas innominadas; dado que puede perfectamente el órgano administrativo dictar medidas preventivas de variado contenido, con fundamento en la discrecionalidad del funcionario facultado para ello.

Acceso al Expediente Administrativo

Una vez que el funcionario o funcionaria municipal, objeto de una investigación disciplinaria, haya sido notificado de las razones que llevan a la organización administrativa a la cual pertenece a ejercer ese poder, puede directamente o por medio de representante legal acceder al estudio de las actas administrativas que pueden obrar en contra del mismo y ejerza en general su derecho a la defensa.

Conforme al texto constitucional el derecho de los administrados no se agota con el conocimiento del inicio de un procedimiento disciplinario, además, la Administración debe garantizarle el acceso a las actas que conforman el expediente que debe ser abierto por la Administración.

En ese orden de ideas, la doctrina contencioso administrativa funcionarial está conteste que la Administración cualquiera que ella sea, debe respetar el derecho a ser oído del administrado, quien tiene el derecho

de participar activamente en la fase de instrucción del procedimiento disciplinario, por lo que debe serle otorgada oportunidad para probar y controlar las pruebas aportadas al proceso, alegar y contradecir lo que considere pertinente en la protección de sus derechos e intereses.

Limitación de Acceso al Expediente Disciplinario

El numeral 5° del Artículo 89, de la Ley del Estatuto de la Función Pública ordenador del Procedimiento Disciplinario de Destitución, impone a los funcionarios o funcionarias municipales, dos oportunidades distintas y determinadas para acceder al expediente disciplinario que cursa en contra de ellos, con la finalidad de solicitar copia certificada de las actas administrativas, para proveer a su derecho a la defensa, salvo de aquellos documentos administrativos, que puedan ser calificados como reservados, lo cual representa en todo sentido una normativa bastante discutible y de paso pudiera lucir como una limitación de acceso al expediente disciplinario.

En relación a las dos oportunidades establecidas en ese numeral, para obtener copias certificadas, cabe decir que las mismas resultan inoficiosas como lo señaló la autora Becerra, por cuanto la Constitución vigente, concede la garantía constitucional de disponer de todo el tiempo necesario para proveer a sus respectivas defensas y en cuanto a no expedir copias certificadas de actas administrativas del expediente disciplinario cursante, por tratarse de documentos reservados, tal posición vulnera el derecho a la defensa, pues se debe saber al funcionario o funcionario las razones por las que se tomó tal decisión y en todo esa confidencialidad debe ser respecto de terceros.

Formulación de Cargos

Este importante acto procesal, se encuentra únicamente enunciado en el Artículo 89, numeral 4° de la Ley del Estatuto de la Función Pública, sin que por lo demás aluda o se extienda para nada respecto a su definición,

naturaleza, finalidad o estructuración, por tanto, puede decirse que en la actualidad es discrecional, cuando debiera ser completamente reglado. Es así como la mencionada norma señala expresamente que "en el quinto día hábil después de haber quedado notificado el funcionario o funcionaria municipal, la Oficina de Recursos Humanos le formulará los cargos a que hubiere lugar". Es sólo esa la mención legal.

Para autoras como Castillo, el auto de formulación de cargos es una providencia de trámite:

> "que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso destinado a establecer la responsabilidad del disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquella el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cuál es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa[78]".

Este acto administrativo de trámite, cumple una función garantista para el investigado, que a partir del conocimiento que tenga del mismo, puede ejercer a plenitud, su derecho a la defensa en los términos constitucionales y legales y controvertir por ende los hechos que se le imputan; sin que la Administración local, pueda alterar unilateralmente los cargos formulados, salvo que ordene motivadamente la reposición de dicho acto y le sea de nuevo notificado al interesado.

En cuanto a su estructuración, Hernández, citando a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, cuenta que el "acta de formulación de cargos":

> "debe contener la indicación de los hechos que son supuestos generadores de responsabilidad, así como los preceptos jurídicos donde estos encuadran, sin que pueda considerarse que lo que allí se estipule y califique constituya formalmente la apreciación definitiva de la Administración sobre la situación objeto de la investigación, sino simplemente una valoración previa a los fines de que el indiciado pueda formalmente ejercer formalmente su derecho a la defensa a través de la contestación de los cargos y de las pruebas que estime pertinentes para su defensa, para que luego, con base a todos los elementos de juicio que cursen en el

[78]Marcela, Castillo (2012) *"Estructuración del Auto de Formulación de Cargos"* Ministerio de Transporte de la República de Colombia.
file:///C:/Users/Principal/Downloads/MT%20ESTRUCTURACI%C3%93N%20AUTO%20DE%20CARGOS%20(1).pdf

expediente disciplinario, la respectiva unidad jurídica pueda deducir un dictamen jurídico de absolución o responsabilidad disciplinaria[79]".

En atención a la formulación de los cargos o previos cargos, como también se le conoce, la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo señala el caso equipos de beisbol de fecha 12 de junio de 2001, en donde se delinearon un conjunto de garantías procesales al momento de ser dictado este importante auto a saber:

I.- Los cargos deben basarse en elementos de hecho que permitan estimar la probabilidad de ocurrencia del hecho tipificado como falta disciplinaria. Por tal motivo, corresponderá a la Administración municipal, la carga de la prueba para materializar la culpabilidad del sujeto investigado, dentro del procedimiento disciplinario aperturado.

II.- La formulación de cargos, se rige por el "principio de exhaustividad", que implica que la Administración local en este caso, al momento de iniciar un Procedimiento Disciplinario debe hacerlo basado en hechos concretos, no en afirmaciones generales y abstractas. Esta orientación obliga también a que la Oficina de Recursos Humanos al momento de formular los cargos, motive exhaustiva y detalladamente el acto de imputación, con expresión clara y precisa de los fundamentos de derecho que avalan este proceder.

III.- Los cargos formulados son intangibles, lo que significa que la Administración no los puede modificar sobrevenidamente. Si esto último acontece, se deberá abrir un nuevo Procedimiento. Por ello, la jurisprudencia nombrada del Contencioso Funcionarial enseña que el acto disciplinario de cierre del Procedimiento, debe coincidir con los fundamentos del Auto de Apertura, es decir, que la decisión debe ser congruente con el acto que da inicio al Procedimiento. Debe tenerse cuidado para que la sanción impuesta, no vaya a diferir de los fundamentos de hecho y derecho empleados tanto en el auto de apertura, como en el auto de formulación de cargos por la organización municipal.

[79] José I. Hernández. *Lecciones de Procedimiento Administrativo*. Ob.Cit.p-177 y s

Escrito de Descargos

Cinco (5) días hábiles después de haber sido impuesto de los previos cargos, el interesado, deberá agregar al expediente disciplinario el respectivo escrito de descargos, en el cual negará, rechazará y contradecirá tanto en los hechos como el derecho los señalamientos contenidos en el auto de formulación de cargos o en su defecto los admite, sin mayores controversias, aunque es remoto que esto último ocurra.

El escrito de descargos dada la brevedad del Procedimiento Disciplinario es la única oportunidad procesal, que tiene el funcionario o funcionaria municipal investigado, para hacer del conocimiento de la Administración Municipal, sus argumentos de defensa, por tanto de consumarse el lapso de caducidad previsto para el ejercicio del derecho a la defensa, sin que se consignen estos alegatos, después no existirá otra oportunidad procesal para hacerlo.

Principio de Libertad de la Prueba en el Procedimiento Disciplinario

En materia del Procedimiento Disciplinario de Destitución, el "Principio de Libertad de los Medios de Prueba", está referido a la posibilidad que tienen las partes de demostrar sus pretensiones a través de cualquier medio probatorio, siempre y cuando no esté expresamente prohibido por la Ley, y su esencia es evitar que una indebida limitación de la prueba conlleve a la vulneración del derecho constitucional a la defensa; por lo tanto, dicho principio se infringe cuando la administración le impide a alguna de las partes la promoción de determinado medio probatorio.

El debate probatorio debe ser lo más amplio posible y buscar que las partes en contienda puedan de este modo tener una mejor apreciación de los hechos por parte del juez, y la posibilidad de una decisión basada en la verdad real y no solamente formal, procurándose además, una justicia más eficaz.

Enfoque Jurisprudencial

Según el enfoque de la Sala Político-Administrativa[80], este principio "resulta absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones".

Base Legal del Principio

La base legal de este principio se encuentra en el Artículo 395 del Código de Procedimiento Civil vigente, que considera como medios de prueba admisibles, los previstos en el Código Civil, ese Código y otras leyes de la República. En virtud de esa libertad probatoria pueden valerse las partes en contienda de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que conduzcan a demostrar sus pretensiones.

En conocimiento de esta circunstancia legal, dispone el Artículo 89, numeral 6° de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que concluido el acto de descargo, se abre un lapso de cinco (5) días hábiles, para que el investigado o investigada promueva y evacue las pruebas que considere convenientes y que no sean contrarias al ordenamiento jurídico. La práctica forense indica en tal sentido que la Administración distribuye ese lapso así: a) dos (2) días hábiles para promover y b) tres (3) días hábiles para evacuar.

Medios de Prueba

Entre las pruebas contempladas en el Código Civil están: a) prueba escrita; b) documento público o auténtico; c) documentos privados; d) tarjas; e) testigos; f) presunciones; g) experticia y h) inspecciones oculares. En el Código de Procedimiento Civil se encuentran: a) instrumentos públicos y

[80] Evelyn, Marrero. *Doctrina de la Sala Político-Administrativa*. octubre 2005-diciembre 2008. Ob. Cit. p-248

privados; b) exhibición de documentos, c) experticia; d) inspección judicial; e) testifical y f) reproducciones, copias y experimentos.

Control y Contradictorio de la Prueba

Ha sostenido la doctrina procesal, que en la mayoría de los medios de prueba, el promovente, al momento de anunciarlos “debe indicar que hechos trata de probar con ellos, por lo que resulta fácil comparar lo que se pretende probar, con los hechos alegados controvertidos y por tanto, calificar o no la pertinencia o la impertinencia manifiesta. Por tratar el objeto de la prueba de afirmaciones sobre cuestiones fácticas que cursan en autos, como los hechos alegados en la formulación de cargos y en los descargos, al operador disciplinario le es atribuida la calificación oficiosa de la pertinencia, medie o no oposición formal, lo que decidirá en el auto de admisión o negativa de prueba, que se dicta como consecuencia de la promoción”.

Las anteriores directrices procesales, encuentran asidero en los artículos 397 y 398 del Código de Procedimiento Civil que exigen el cumplimiento de la forma procesal relacionada con la indicación del objeto de la prueba, con el propósito de permitir que la parte no promovente conozca qué hechos pretende probar su contraria, para determinar su pertinencia con aquellos que forman parte de la controversia y en caso de ser incumplida esa forma procesal la prueba es irregular e ineficaz.

También los artículos 397 al 402 del Código de Procedimiento Civil, regulan algunos aspectos relacionados con la actividad de las partes sobre la promoción y admisión de las pruebas, las cuales forman parte de un conjunto mayor de normas destinadas a la formación e incorporación de la prueba al expediente, todas ellas con el propósito de permitir un efectivo control y contradicción orientado a establecer su legalidad, pertinencia, credibilidad y autenticidad.

Motivos de Oposición

En el Procedimiento Disciplinario de Destitución, se establece la oposición a la admisión de las pruebas promovidas por las partes, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes al vencimiento del lapso de promoción, por causas de ilegalidad e impertinencia. Las pruebas ilegales son "aquellas cuya admisión está expresamente prohibida por la ley, por atentar contra el orden público o porque con la misma no se llega a la verdad"[81]. Y las impertinentes, son aquellas pruebas que "no guardan relación con los hechos alegados controvertidos y de ser así no fue válidamente promovida"[82].

Dictamen Jurídico

En cuanto a la naturaleza jurídica de la opinión de consultoría jurídica dentro de un procedimiento administrativo sancionatorio, debe indicarse lo siguiente en base a las sentencias de la jurisdicción contencioso funcionarial:

> "Las leyes que prevén procedimientos administrativos sancionatorios, generalmente señalan que previó a la emisión del acto administrativo definitivo, deba requerirse la opinión o informe por parte de la Consultoría Jurídica de dicho organismo; sin embargo, para que tal opinión tenga el carácter de obligatoria, debe encontrarse previsto expresamente en la norma, en caso contrario, el cumplimiento de dicha fase consultiva será meramente potestativa, por lo que, el funcionario competente para dictar el acto administrativo, tiene la libertad de solicitar la opinión de consultoría jurídica o decidir sin la misma.
>
> De igual manera ocurre con el carácter vinculante de la opinión de Consultoría Jurídica, el cual se encuentra supeditado a que expresamente lo establezca la norma, puesto que, en caso de que no haya previsto el legislador que tal opinión de la consultoría jurídica tiene dicho carácter, entonces el funcionario competente para manifestar la voluntad de la Administración es libre de considerarla o simplemente dictar el acto administrativo sin seguir la misma línea prevista en la opinión"[83].

Con las anteriores distinciones, se recuerda que el numeral 7 del artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, contempla la figura del dictamen jurídico, regulando que dentro de los dos días hábiles

---

[81] Gilberto, Guerrero. (2005) *Objeto de la Prueba Judicial Civil y su Alegación.* Colección Estudios Jurídicos, N° 11, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. p-129

[82] Gilberto, Guerrero. Ob. Cit. 133

[83] Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. (2011) Expediente Número AP42-R-2010.Caso: Endrick Joseph Fernández Ávilan vs. Instituto Neoespartano de Policía del Estado Nueva Esparta. Juez Ponente: Emilio Ramos González 000692 http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/DECISIONES/2011/FEBRERO/1478-8-AP42-R-2010-000692-2011-0127.HTML

siguientes al vencimiento del lapso de pruebas concedidos al funcionario o funcionaria público, se remitirá el expediente a la Consultoría Jurídica o la unidad similar del órgano o ente municipal a fin de que opine sobre la procedencia o no de la destitución en un lapso de diez (10) días hábiles

Omisión de Dictamen Jurídico

No obstante a la disposición legal contenida dentro del Procedimiento Disciplinario de Destitución, la jurisprudencia del contencioso funcionarial en el fallo identificado, consideró que el numeral 7° del Artículo 89 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, no estableció en cuanto a esa opinión jurídica el carácter vinculante, y el mismo por tanto, no debe ser obligatoriamente seguido por el funcionario competente para dictar el acto administrativo sancionatorio.

En criterio de esa jurisdicción especial, en los procedimientos administrativos sustanciados y decididos conforme a dicha ley, la autoridad tiene la libertad de adoptar la decisión conforme al dictamen de Consultoría Jurídica o disentir de la misma, y dictar el acto administrativo llegando a una conclusión distinta a la señalada en la referida consulta.

En definitiva el hecho de que la opinión de una Consultora Jurídica se repute inexistente, por cualquier causa, no significa ha sentenciado la jurisprudencia especializada, que haya ausencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido, así como tampoco vulnera, derechos y garantías constitucionales de un funcionario o funcionaria, ya que dicha fase del procedimiento es meramente consultiva, pudiendo la autoridad administrativa considerarla o no.

Decisión del Alcalde

Se haya acogido o no al dictamen de la Consultoría Jurídica el Alcalde o Alcaldesa municipal, en su carácter de máxima autoridad en materia de administración de personal, conforme al Artículo 88, numeral 7° de la Ley

Orgánica del Poder Público Municipal, debe decidir en un plazo de cinco (5) días hábiles siguientes al dictamen de la Consultoría Jurídica y su resuelto se lo debe notificar al funcionario o funcionaria investigada en los términos de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con indicación del Recurso Contencioso Funcionarial a ejercer, tribunal ante el cual deberá proponerlo y el término para su presentación.

CAPÍTULO IV

EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO DE DESTITUCION PREVALECE SOBRE EL BENEFICIO A LA JUBILACIÓN

Noción Preliminar

Bajo el actual marco del Estado Social de Derecho y de Justicia establecido y garantizado en el Artículo 2° de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de actuación de los órganos del Poder Público, la justicia, la solidaridad y en general la preeminencia de los derechos humanos, la jurisprudencia constitucional del país, ha ido perfilando o construyendo una doctrina de seguridad social, que tiende a proteger a los funcionarios o funcionarias de carrera, próximos a obtener el beneficio de la jubilación de un procedimiento disciplinario de destitución.

Esta postura es considerada por un sector de la doctrina venezolana, como una nueva visión constitucional que persigue básicamente el reconocimiento de los derechos sociales[84], es una respuesta político-constitucional frente a la creciente inseguridad social, que constituye una muestra objetiva de los desequilibrios del poder y que hace que también los funcionarios y funcionarias públicos de carrera municipal se mantengan en un franca situación de desigualdad frente a las estructuras de la Administración Pública a la cual están adscritas y por lo demás dotadas de innumerables competencias y atribuciones que a todas luces los hacen débiles jurídicos.

Es justamente en este tipo de situaciones en donde el Estado Social de Derecho cobra singular preeminencia, dado que viene a tutelar al personal funcionarial municipal, que próximos a culminar su carrera

[84]René, Molina: *Reflexiones sobre una nueva Visión Constitucional del Proceso y su Tendencia Jurisprudencial. ¿hacia un Gobierno Judicial?* Segunda edición. Revisada y ampliada. Caracas: Ediciones Paredes. 2008. p-107

administrativa por avanzada edad, pueden ser sancionados con una medida disciplinaria de destitución, los que los colocará en una situación de indefensión o minusvalía frente al Estado y la Sociedad en general y lo cual debe ser evitado con la aplicación de los valores y principios del Estado Social de Derecho y de Justicia por parte de los órganos jurisdiccionales.

Conceptos de Jubilación

Refiriéndose a la institución de la jubilación el autor Torres[85] expresó lo siguiente:

> "En líneas generales la jubilación es la institución por la cual se exime del servicio activo a un trabajador o a un funcionario público por razones de edad, por años de servicio y por el pago de un número determinado de cotizaciones a favor del Estado, o bien por una imposibilidad física o mental que lo incapacite permanentemente para el trabajo con derecho a recibir el beneficiario una pensión vitalicia".

Gracias a esta institución laboral reconocida y aplicada por el Derecho Funcionarial venezolano, el empleado público deja de prestar efectivamente sus servicios personales a la respectiva organización administrativa municipal de carácter público, hoy día componente del Estado, pasa a asegurarle su ancianidad a través de la pensión de jubilación, que va a tener un carácter vitalicio, pudiendo ser revisada periódicamente a los efectos de equipararla a los índices inflacionarios del país, hecho éste que ocurre con intervalos prolongados de tiempo, no obstante responder su otorgamiento a una planificación legal, luego de años de servicio o por haberse alcanzado determinadas edades.

El autor colombiano Younes[86], escribe sobre la institución de la jubilación en su país de la siguiente manera:

> "que ella data de 1968, al otorgar el derecho a la jubilación al cumplirse conjuntamente el requisito de 20 años de servicios continuos o discontinuos a la Administración y una edad de 55 años para los varones y 50 para las mujeres, con el beneficio de una pensión mensual vitalicia equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios".

[85] Iván, Torres: *Derechos y Deberes del Trabajador y del Funcionario Público*. Caracas: Talleres Italgráfica S.A.1994.p-149
[86] D. Younes Moreno: *Derecho Administrativo Laboral*. Ob. Cit. p-355

Cuenta el autor que una vez cubiertos los anteriores requisitos sustantivos, el funcionario o funcionaria debía cesar definitivamente en el servicio activo y ser retirado del servicio, dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha en que reúna tales condiciones.

En contraste la legislación venezolana sobre la materia, amplía estos requisitos a 25 años de servicio y 55 años de edad, para las mujeres y 60 años para los hombres; pero se otorga una pensión mensual vitalicia equivalente al 80% del sueldo base. También se prevé el derecho a la jubilación, cuando la persona haya arribado a 35 años de servicio.

De esta manera a la Administración Pública Municipal, no le bastará con comprobar que el interesado reúne los requisitos de edad y años de servicio para otorgarla, sino que debe verificar que se hayan efectuado las cotizaciones mínimas ante el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, lo cual no impide su resolución, pues la propia Ley de Jubilaciones prevé la forma de completar el número requerido de cotizaciones, cuando éstas no sean suficientes para el disfrute de ese beneficio y son calculadas por la deducción de un monto calculado de sus prestaciones sociales o del monto mensual de la pensión de jubilación, para cumplir con el deber de estar al día en el pago de las cotizaciones debidas.

Enfoque Jurisprudencial del Concepto

En Jurisdicción Social, la Sala de Casación afín del Tribunal Supremo de Justicia en el caso Federación Nacional de Jubilados y Pensionados de Teléfonos de Venezuela (F.E.T.R.A.J.U.P.T.E.L) Vs. Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) de fecha 26 de julio de 2005, consideró a la “jubilación como parte integrante del derecho constitucional a la seguridad social” como lo delimitó el artículo 86 de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que la califica como pensión de vejez para la persona que cumplió con los requisitos de edad y años de servicio

para que sea recipiendaria de tal beneficio de orden social, pues su espíritu es garantizar la calidad de vida del funcionario público una vez que es jubilado.

Justificación de la Institución

En fecha 19 de junio de 2000, la misma Sala de Casación Social en el juicio que por diferencia en la bonificación especial, otros conceptos y jubilación especial, siguió la ciudadana Edi Eduarda Yánez Tovar, contra la misma Compañía Anónima Nacional Teléfonos de Venezuela (CANTV) explica la necesidad de la institución de la jubilación al expresar:

> "La jubilación como institución derivó de una necesidad que aún es actual, el hombre desde finales del siglo XIX, coadyuvado por la ciencia, ha mejorado su calidad de vida, lo que se ha visto reflejado en un aumento progresivo de su expectativa de vivir, por lo que puede decirse que la jubilación está envejeciendo. Tal circunstancia hizo nacer asociaciones fraternales o benévolas que tuvieron como objeto prestar ayuda a los más necesitados, mutualidades, montepíos, que luego se fueron transformando en sindicatos y aseguradoras…" .

No queda duda entonces, que como institución, la jubilación ya ha sido aceptada, reconocida y aplicada por un sinnúmero de legislaciones occidentales, las que reconociendo el desgaste físico y mental que se produce en la integridad de los trabajadores y trabajadoras del sector público, por el transcurrir de los años, previeron una recompensa económica, para asegurarle durante la vejez una adecuada calidad de vida, mayor recreación y descanso, para así aumentar cada vez más su expectativa de vida, con la consiguiente creación de organizaciones sociales y gremiales que luchen por la materialización de estos nobles ideales, cuando hayan resistencia a su cumplimiento.

Régimen Legal de Jubilaciones en la Función Pública Municipal

El Artículo 78 de la Ley del Estatuto de la Función Pública vigente establece la figura de la jubilación en el ámbito municipal de la siguiente manera: "El retiro de la Municipalidad procederá en los siguientes casos: omissis… *4.- Por jubilación y por invalidez de conformidad con la Ley"*. Es

únicamente esa la ocasión en que la referida ley del sector público, hace alusión al término jubilación. Por tanto, cuando establece que ésta debe acordarse de conformidad con la ley, se está refiriendo a 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".

Así quedó establecido en el Artículo 2º de este último instrumento jurídico, que identifica claramente los órganos y entes municipales sometidos a su ámbito. Así: …omissis… "6.- Los Municipios y sus organismos descentralizados".

Excepciones de Ley

Conforme al Artículo 4º de la Ley de Jubilaciones, quedan exceptuados los organismos o categorías de funcionarios o funcionarias o empleados o empleadas, cuyo régimen de jubilación o pensión esté consagrado en leyes nacionales y empresas del Estado; así como otras personas de Derecho Público con forma de sociedades anónimas que hayan establecido sistemas de jubilación o de pensión en ejecución de dichas leyes; pero a pesar de estas excepciones, no quedan excluidos de la protección constitucional de estabilidad frente a un Procedimiento Disciplinario, dada su condición de jubilables.

Asimismo, la mencionada ley prevé en el parágrafo segundo del Artículo 3º, que cuando se excedan en años de servicios y no se tenga la edad requerida, se podrá efectuar una compensación en relación a la edad a los fines de alcanzar este derecho, concretamente se plantea en tal disposición:

> "Los años de servicio en exceso de veinticinco serán tomados en cuenta como si fueran años de edad, a los fines del cumplimiento del requisito establecido en el literal a) de este artículo, pero no para determinar el monto de la jubilación".

Inaplicación del Estado Social de Derecho y de Justicia

Al respecto considero, que resulta insólito e inexplicable que la Nación, propulsor incansable del aludido Estado Social de Derecho y de Justicia que tiende a mejorar los derechos sociales y laborales de los trabajadores y trabajadoras del sector público, no haya aprovechado de reformar 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 y de su Reglamento" para incluir una reducción de los años de edad en que se pueda conceder el beneficio de la jubilación, sino también la extensa antigüedad contemplada.

Naturaleza del Derecho

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia Nº 293 del 14 de marzo de 2001, apuntó que se trata de un derecho de carácter alimentario, intransferible e irrenunciable en vida del funcionario o funcionaria trabajador o trabajadora y que salvo la ocurrencia de una causa legal que implique la pérdida del beneficio, como por ejemplo obtenerla mediante documentación fraudulenta o que sea acordada por una autoridad distinta al Poder Legislativo nacional, se extingue con la muerte del jubilado.

La jubilación se perfecciona con el retiro del funcionario o funcionaria del ejercicio de la función pública municipal, para adquirir un estatus personal que aún no es bien tratado por el propio Estado.

Computo de la Antigüedad

Para determinar la antigüedad de los funcionarios o funcionarias municipales, se deberá tomar en cuenta el tiempo que resulte de computar los años de servicio prestados en forma ininterrumpida o no en organismos del sector público, por disponerlo de esta manera el Artículo 10 de la Ley de Jubilaciones, con la condición de que el número de horas de trabajo diario sea al menos igual a la mitad de la jornada ordinaria del organismo

administrativo respectivo. También acepta la citada norma que la fracción mayor a ocho (8) meses se tenga como un año de servicio.

En otros términos, significa que quien trabaja con un horario inferior al medio tiempo, no tendrá derecho a adquirir el derecho a la jubilación. Si es un funcionario o funcionaria que venía de ser obrero u obrera y es aspirante a ser jubilado o jubilada por el tiempo de servicio que prestó, éste sólo deberá cumplir con el requisito legal de haber cancelado no menos de sesenta (60) cotizaciones mensuales. Cuando por la naturaleza misma del servicio rija un horario especial, el órgano o ente que otorgara el beneficio deberá pronunciarse sobre el número de horas trabajadas por el aspirante a jubilación.

Obligatoriedad de la Jubilación

Se ha dicho que la jubilación exhibe valores sociales y económicos, pues ésta sólo se obtiene luego que una persona dedica su vida útil al servicio de un empleador y conjugado con la edad, coinciden con el declive de esa vida útil, pues se configura como un logro a la dedicación de un esfuerzo que se prestó durante años y que va a ser compensada con una pensión vitalicia de carácter económico. Por esas razones, al ser obligatoria, de acuerdo con el Artículo 6° del Reglamento de la Ley de Jubilaciones, puede ser declarada de oficio o a solicitud de parte.

Petición del Beneficio

En este último caso, se debe efectuar la respectiva petición ante la máxima autoridad del organismo a través de la respectiva Oficina de Recursos Humanos con seis (6) meses de anticipación por lo menos a la fecha que se indique para hacerse efectiva, la que dispondrá de las más amplias facultades de investigación para comprobar la veracidad de los datos que acompañan la solicitud.

En todo caso, la aprobación de este beneficio deberá ser hecha por el jerarca respectivo en un plazo de treinta (30) días hábiles, dados las implicaciones financieras que tal decisión acarrea y luego se incorporará y archivará el expediente en el respectivo Registro de Jubilados.

Retiro

En cuanto al momento para hacer efectivo el retiro del trabajador o trabajadora del sector público, la norma reglamentaria del Artículo 11 dispuso que éste se produzca una vez que le es notificada de manera escrita esta decisión, y se efectúa el pago correspondiente, con el monto de la jubilación, todo lo cual le deberá ser indicado al beneficiario de este derecho social.

Dispensa del Beneficio

Sin embargo, este mandato de obligatoriedad, encuentra dispensa en el Artículo 11 de la Ley de Jubilaciones vigente, que faculta a los organismos administrativos para autorizar la continuación en el servicio de las personas con derecho a la jubilación. De esta manera se contempló en el artículo 12 de su Reglamento:

> "Los funcionarios o empleados con 35 o más años de servicio podrán ser autorizados por el organismo para permanecer en el servicio activo hasta alcanzar el límite de edad de sesenta (60) años de edad los hombres y cincuenta y cinco (55) años de edad las mujeres, sin perjuicio de que el empleado o funcionario pueda en todo caso solicitarla por estar cubierto este requisito".

Como puede verse de esta última disposición reglamentaria se desprende que aun cuando el jubilable pueda reunir el requisito de 35 o más años de servicio, la Administración Pública Municipal, lo puede disuadir para que espere alcanzar el límite de edad, lo que no parece estar muy claro dentro del actual marco constitucional del Estado Social de Derecho y de Justicia, pues una persona que haya dedicado este tiempo a la función pública, tiene en puridad derecho a la jubilación, sin que exista aparentemente razón alguna para condicionarle su permanencia, pues se

trata de un tiempo bastante prolongado que indudablemente hará mella en su vida útil laboral.

Prescripción del Derecho a Reclamar Jubilación

A mi juicio concibo que quien recibe legalmente el estatus de jubilado, posee objetivamente un indiscutible derecho personal, que no puede ser discernido erga omnes, una vez el acto administrativo que la confiere adquiere firmeza. Por tanto, conforme al Artículo 1.977 del Código Civil vigente, el derecho subjetivo a solicitar la revisión del monto de una jubilación cualquiera, consecuencia de ese Derecho Personal, no caduca, como erróneamente lo sostiene la Jurisdicción del Contencioso Funcionarial, sino que tiene lapsos de prescripción, como de manera pacífica, reiterada y pública, lo ha sentenciado la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia. Al respecto, ha dispuesto el máximo Tribunal de la Jurisdicción Laboral venezolana:

> "Considerando ahora la materia relativa al lapso para que prescriba la acción para demandar el derecho a la jubilación, la doctrina y alguna jurisprudencia, han considerado tres (3) opciones: que tal acción prescribe a los 10 años, por ser personal (artículo 1.977 C.C); que prescribe a los 3 años, por consistir su cumplimiento en un pago periódico menor al año (artículo 1.980 C.C) o que prescribe al año, conforme lo prevé la ley especial sustantiva, por ser su causa un vínculo de trabajo (artículo 61 L.O.T)".

Para este alto Tribunal las acciones personales son aquellas que se derivan de las obligaciones de crédito, dado que el trabajador o trabajadora del sector público mantiene una acreencia permanente contra su patrono público, al quedar obligado éste a pagar una renta vitalicia, de allí que se califiquen como acciones personales.

Por esa razón, el lapso de diez años servirá como espacio de tiempo para que cualquier interesado o interesada que cumpla con los requisitos legales requeridos, para el otorgamiento de la jubilación, pueda accionar en hacer efectivo este derecho, ya que de hecho ya la adquirió. En cuanto al lapso de tres años, el mismo sería para reclamar ajustes en la pensión de jubilación y no se siga aplicando como ha ocurrido hasta el presente un

odioso lapso de caducidad, contra tales reclamaciones, siendo que se trata de hacer prevalecer derechos sociales de naturaleza personal garantizados constitucionalmente.

Antecedentes

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 20 de julio de 2014, en una sentencia controvertida[87] que dividió la unanimidad que usualmente exhibe en otras sentencias, conoció de un recurso de revisión interpuesto por el ciudadano Pedro Marcano Urriola contra la sentencia N° 1841 de fecha 20 de julio de 2006, emanada de la Sala Político-Administrativa, que dictaminó que se le podía seguir un procedimiento disciplinario de destitución dentro del Poder judicial, no obstante ser jubilable por tener casi veintiocho (28) años en la Administración Pública.

El alegato del actor en ese momento, era que había operado a su favor, el lapso de prescripción de una sanción disciplinaria, que se le pretendía imponer, pues había transcurrido más de un año (1) del hecho generador de la responsabilidad disciplinaria, sin que se le iniciara el respectivo Procedimiento Disciplinario, no sin antes discernir respecto al lapso de prescripción a aplicar, ya que la Sala Político-Administrativa sostenía que era de tres (3) años con base en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura.

Motivación de la Sentencia en Estudio

La Sala Constitucional en el fallo analizado, en primer lugar tomó en consideración el tiempo de antigüedad del accionante, esto es, constató que tenía veintiocho (28) años de servicio y la edad requerida y por lo tanto era susceptible del beneficio de la jubilación. Recordó la Sala que este derecho se encuentra consagrado en el Artículo 147 de la Constitución de la

[87] *www.tsj.gov.ve.decisiones/SalaConstitucionaldelTribunalSupremodeJusticia.Caso:PedroMarcanoUrriolavs.SalaPolítico-Administrativa*.ExpedienteN°07-0498.Fecha:20dejuliode 2007.Ponente:LuisaStellaMoralesLamuño.

República Bolivariana de Venezuela, cuando establece que es la ley nacional la que se encargará de establecer el régimen de jubilaciones de los funcionarios públicos municipales.

En esta sentencia la Sala Constitucional como máxima y última interprete del texto constitucional, definió que cumplidos los requisitos legales en años de servicio y edad, para obtener el beneficio, su otorgamiento se erige como un deber para el Estado Venezolano y en particular para los municipios, los que quedarán obligados a brindar un subsidio perenne e intransferible al funcionario o funcionaria municipal, como un sustento a su vejez.

Prosigue este máximo Tribunal constitucional indicando, que el contenido del Artículo 147 constitucional, refleja la intención del constituyente de hacer prevalecer la figura de la jubilación por sobre los "actos administrativos de remoción, retiro o destitución" aun cuando estas manifestaciones de la voluntad administrativa, pudiera dictarse en ejercicio de Potestades Disciplinarias, ya que la Administración Pública debe proceder a verificar si el funcionario o funcionaria municipal ha invocado su derecho a la jubilación o éste puede ser acreedor de aquél, razón por la cual priva dicho derecho aún sobre los actos de retiro.

Funcionarios Municipales Débiles Jurídicos

Con base en esta decisión judicial, se puede expresar que quedan en primer lugar los funcionarios o funcionarias municipales, gozando de una protección jurídico-constitucional, frente a la Potestades Disciplinarias de que está dotada la Administración Pública Municipal al igual que las restantes en otros niveles político-territoriales, lo que hace que se encuentre en una posición de débil jurídico, que será protegida, con más vigor que la de la Administración Pública Municipal a los efectos de salvaguardar el derecho constitucional a la jubilación.

Por tal motivo, exhorto a la Administración Pública Municipal a que antes de iniciar un Procedimiento Disciplinario de Destitución en contra de uno de sus funcionarios o funcionarias públicos, verificar aún de oficio si cualquiera de ellos puede ser acreedor del derecho a la jubilación y por ende serle tramitado con preeminencia.

Críticas a la Decisión

La decisión judicial antes descrita fue cuestionada por un sector de la Sala Constitucional, encabezada por la magistrada Zuleta Merchán quien opinó que esta sentencia extendió los efectos jurídicos de la jubilación, más allá de lo que contempla el texto constitucional y la legislación del trabajo común y funcionarial, por cuanto si bien la jubilación es un beneficio de seguridad social, la legislación del trabajo, no la contempla como un derecho y la Ley del Estatuto de la Función Pública, sólo la menciona como causal de retiro.

Por las anteriores circunstancias plantea Zuleta Merchán, queda pendiente de desarrollo por vía legislativa la jubilación como un beneficio laboral frente al patrono, esto es, que se determine si la jubilación es un derecho adquirido y si puede invocarse la condición de jubilable frente al acto de despido. Sin embargo, pienso que tal posición es excesivamente legalista y poco apegada a la Constitución, pues desconoce la naturaleza constitucional de la jubilación y sólo se limita a pedir una aplicación fría e inhumana de normas legales.

CONCLUSIONES

Constitucional y legalmente el ordenamiento jurídico venezolano ha contemplado la garantía fundamental del derecho a la defensa en los Procedimientos Disciplinarios de Destitución, tal como lo estableció la Constitución de 1961, en los supuestos de que contra los funcionarios se instaurarán esta clase de investigaciones. Sin embargo, esa garantía procesal en sede administrativa no estaba extensamente difundida, hoy día si lo está junto a otras más en el Artículo 49 que la fijó formando parte del debido proceso.

Se demostró a lo largo del trabajo de investigación el antecedente de la figura procedimental, la derogada Ley de Carrera Administrativa de 1970, que otorgaba en virtud de la potestad disciplinaria de que estaba provista la Administración Municipal, la facultad de nombrar y remover, previa sustanciación del respectivo expediente administrativo (actas que servían de soporte a tan drástica decisión), y del cumplimiento de la garantía al debido proceso y al derecho a la defensa.

Para el año de 1982, se dictó el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, disponiendo que los Procedimientos Disciplinarios debieran ser sustanciados por las respectivas Oficinas de Recursos Humanos, tal como se estipula en la actual Ley del Estatuto de la Función Pública a solicitud del Director o funcionario de mayor jerarquía dentro de la unidad administrativa a la cual estuviera adscrito el presunto infractor disciplinario, pero sin delinear, las formalidades a seguir por los funcionarios instructores, sus condiciones y los requisitos de las solicitudes de averiguación.

No es de extrañar entonces, que tanto la Ley de Carrera Administrativa como la vigente Ley del Estatuto de la Función, los funcionarios o funcionarias públicos municipales, hayan quedado expuestos a la discrecionalidad o arbitrariedad de las Oficinas de Recursos Humanos.

Con relación a la estabilidad objetivo desarrollado en el presente trabajo, se pudo comprobar que además de garantizar el debido proceso y el

derecho a la defensa, la legislación funcionarial se ha preocupado también por asegurarle el derecho a la estabilidad a través de la imparcialidad del servidor público municipal, por ser ambos conceptos de origen constitucional, aunque condicionado al cumplimiento de un conjunto de requisitos, resumidas en ganar un concurso público, superar el período de prueba y prestar juramento.

Se busca que la institución de la estabilidad, sea la contraprestación que brinda el ordenamiento jurídico especializado a quienes resultan designados como funcionarios de carrera administrativa, dado que estos conceptos se complementan dentro del Derecho Funcionarial nacional. Por tanto la estabilidad debe ser protegida, como elemento fundamental de un régimen funcionarial de estructura cerrada y lograr evitar los retiros injustos o arbitrarios.

Sobre la estabilidad funcionarial, cabe destacar que es común se le mire con gran interés por la percepción que se tiene de la permanencia en los cargos, muchas veces son anhelados, sólo por la aspiración de la jubilación, sin medir o conocer las múltiples circunstancias que amenazan esta institución: los actos de retiro, procesos de reorganización administrativa y reformas legislativas entre las más frecuentes; razón por la cual, dentro de las bases teóricas desarrolladas, se denominó a este tipo de eventos factores invisibles que afectan la aparente estabilidad.

Se apreció la posición de la jurisprudencia del Contencioso Administrativa Funcionarial, respecto de las omisiones de la Administración Pública Municipal en cumplir con los pasos que conducen a configurar la estabilidad, aunque en la práctica se pueda ver cómo le atribuyen esta condición de funcionarios de carrera que gozan de estabilidad a quienes en realidad no han cumplido con las formalidades de ingreso y las percepciones coincidentes y diferenciadoras sobre la estabilidad y la inamovilidad. Refiriéndose al Procedimiento Disciplinario de Destitución, se comprobó que esta función administrativa es resultado del deber de sancionar que tienen los órganos y entes de la Administración Pública Municipal so pena de ser castigados, cuando un funcionario o funcionaria público haya incurrido en

una causal de destitución, pues su finalidad es servir de herramienta instrumental para determinar la veracidad de unos hechos investigados en materia disciplinaria.

Se determinó basándose en la jurisprudencia de la sala constitucional, otro criterio relacionado con el lapso de prescripción de las causales de destitución, distinta a la prevista en el Artículo 88 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y es la consistente en la inactividad instructora luego de ocho (8) meses de iniciado el Procedimiento Disciplinario.

Otro aspecto de relevancia relacionado con el Procedimiento Disciplinario, fue el concerniente a los órganos instructores, ya que si bien esta delicada tarea, corresponde a las Oficinas de Recursos Humanos, existen en la actualidad muchas dudas respecto de la idoneidad del personal encargado de sustanciar tales investigaciones, dado el injustificado silencio que sobre ese particular exhibe la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Es importante resaltar la falta de seguridad jurídica a la que están sometidos los funcionarios y funcionarias públicos al momento de ser impuestos del acto de cargos, puesto que no existen normas procesales que orienten la estructura de esa clase de actos, el auto de apertura, formalidades cubiertas en otras legislaciones, ejemplo de ello la colombiana y la española.

Se logró enfatizar la falta de actuaciones preliminares tendientes a verificar la seriedad, credibilidad y fundamentación de las solicitudes de inicio de procedimientos disciplinarios, motivado tal vez a la obsolescencia de la Ley del Estatuto de la Función Pública, que aún no es reformada para abordar este y otros particulares, a pesar de los reiterados pronunciamientos de la Sala Política-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia al respecto.

A fin de explicar el privilegio del derecho a la jubilación por sobre la destitución, cuyo origen es jurisprudencial, se define el Estado Social de anclaje constitucional, que protege a los más débiles asegurándoles estabilidad, en este caso a los funcionarios o funcionarias que se encuentran

en condición de jubilables, quienes quedarían en situación de inseguridad social, minusvalía o indefensión en caso de ser retirados por su avanzada edad de la Administración Pública, frente al mismo Estado y la sociedad.

Por ende la jubilación es un derecho de carácter alimentario e intransferible que se adquiere por los años de servicio y la edad dentro de la Administración Pública Municipal y que debe ser asegurado aún por sobre las Potestades Disciplinarias de que está dotada, por tratarse en criterio de la Sala de un derecho humano que sirve de límite a aquellos poderes. Por estas razones de manera particular la Administración Pública está obligada antes de emitir un acto administrativo de retiro o remoción a verificar si el investigado es jubilable o solicitó formalmente ese beneficio.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Araujo J. *Tratado de Derecho Administrativo Formal*. Tercera Edición. Valencia-Caracas. Vadell Hermanos Editores. 1998.

Araujo, J. *Derecho Administrativo. Parte General*. Caracas: Ediciones Paredes. 2007.

Araujo, J. *Introducción al Derecho Administrativo Constitucional.* Serie cuadernos. Caracas: Ediciones Paredes.2009.

Ballestrini, M. *Como se elabora el Proyecto de Investigación.* Caracas: Consultores Asociados. Servicio Editorial.2002.

Barrios, B. *Teoría de la sana crítica.* http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/Teoria_de_la_sana_critica_Boris_Barrios.pdf [consulta: 2006, s/f].

Becerra, F. *La Función Pública en el Ámbito Municipal venezolano*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2006.

Bello, H y otro. *Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales*. Caracas: Ediciones Paredes. 2004. Bogotá D.C. 12 de Septiembre de 2012. http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-713-12.htm. **Sentencia C-713/12.**

Brewer, A. *El Régimen Municipal en Venezuela*. Colección Estudios Administrativos No. 2. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1984. p-23.

Brewer, A. *Federalismo y Municipalismo en la Constitución de 1999*. Cuadernos de la cátedra Allan R. Brewer Carías de Derecho Público. Universidad Católica del Táchira- No. 7. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 2001.

Brewer, A. *Instituciones Políticas e Institucionales.* Tomo 2. Primera Edición. Caracas-San Cristóbal: Universidad Católica del Táchira. Editorial Jurídica Venezolana. 1982.

Brewer, A. *La Constitución y sus Enmiendas.* Colección Textos Legislativos No. 4. 3ra edición aumentada. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. 1991.

Caballero, J. *El Derecho del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público.* Caracas: Ediciones Paredes.2006.

Canova, A. El Procedimiento Disciplinario de Destitución y las Medidas Cautelares Administrativas en la nueva Ley del Estatuto de la Función Pública*.* "*El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó".* Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2003.

Cantero, J. *El Empleo Público: entre estatuto funcionarial y contrato laboral*. Madrid: Revista de Administración Pública N° 123. 2001.

Carrasco, A. Comentarios al Régimen Disciplinario en la Ley del Estatuto de la Función Pública. "*El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela. Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó".* Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2003.

Caso: Carlo Palli Vs. Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, con sede en Cagua. Expediente: 02-3057. Fecha: 23 de julio de dos mil cuatro (2004). Magistrado Ponente: Pedro Rondón Haaz. **http://www.tsj.gov.ve/ decisiones/scon/junio/1212-230604-02-3057.htm.**

Corte Constitucional de la República de Colombia. sentencia C-258/11 http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-258-11.htm.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. *Expediente N° 03-1535.* Fecha: 26 de junio de 2003. Caso: Alexander Pérez. Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño www.jca.gov.ve.decisiones.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. *Jurisprudencia. Volumen I*. Con un índice alfabético del contenido de las sentencias. 2001.

Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: *Jurisprudencia con un Índice Alfabético del contenido de las Sentencias. Volumen I.* Caracas: Editorial Melvin C.A. 2001.

Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. Expediente Número AP42-R-2010.Caso: Endrick Joseph Fernández Ávilan vs. Instituto Neoespartano de Policía del Estado Nueva Esparta. Juez Ponente: Emilio Ramos.2011.

Daza, M. *Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario ¿Autónoma o Independiente?* tercera y cuarta edición. guayacan.uninorte.edu.co/ publicaciones/revista_actualidad_jurídica/upload/file/3%20y%204%20edición/ actualidad%20jurídica%209.pdf.

Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición. Tomo I. México. Gráficas Monte Albán, S.A. 2001.

Dictamen Jurídico de la Secretaría de la Función Pública N°102/11 de fecha 21 de febrero de 2011. File:///C:/ Users/principal/ downloads/ Dictamen% 20 DGAJ%20N%20102.

Expediente Judicial N°03-1535. Fecha: 26 de junio de 2003. Caso: Alexander Pérez Vs. Contraloría del estado Táchira. Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño www.jca.tsj.gov.ve.CortePrimeradeloContenciosoAdminidstrativo.

Expediente N° AP42-N-2007-000295. *Caso: Julio César Hernández C. vs. Instituto Autónomo de Vialidad del estado Táchira.* Fecha: 27 de marzo de 2008. Ponente: Alejandro Soto Villasmil.

Fajardo, A. *Cuestionario de la Constitución de la República de Venezuela*. 9° edición. Corregida y aumentada. Caracas: Lex. 1993.

Fernández, A. *Régimen Funcionarial de la Ley de Carrera Administrativa.* Caracas-Valencia: Vadell Hermanos Editores. 1997.

Fernández, S. *El Procedimiento Administrativo Disciplinario de los Funcionarios Públicos.* Universidad de Cádiz. Departamento de Derecho Público.rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/11462/16057739pdf.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.453 extraordinario. Fecha: 24 de marzo de 2000. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*.

Gaceta Oficial N° 2.818 extraordinaria del 1° de julio de 1981. *Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos*.

Gaceta Oficial N° 37.522 de fecha 06 de septiembre de 2002. Ley del Estatuto de la Función Pública.

Gaceta Oficial N° 6.015 extraordinaria de fecha 28 de diciembre de 2010. *Ley Orgánica del Poder Público Municipal.* Artículo75

González 000692 http://www.tsj.gov.ve/tsj_regiones/Decisiones/2011/Febrero/1478-8-AP42-R-2010-000692-2011-0127.HTML.

Govea & Bernardoni. *Las respuestas del Supremo T.S.J. sobre la Constitución venezolana de 1999. 250 preguntas y sus respuestas*. Primera Edición. Colección Manuales Micromega. Caracas: Editorial La Semana Jurídica, c.a. 2002. Sentencia N° 520. Fecha: 07 de junio de 2000. Expediente: 00-00380. Caso: Athanassios Frangogiannis.

Guerrero, G. *Objeto de la Prueba Judicial Civil y su Alegación.* Colección Estudios Jurídicos, N° 11, Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. 2005.

Hernández, J. *Lecciones de Procedimiento Administrativo.* Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2012.

Juzgado Superior Quinto de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital. Expediente 10-2758. Fecha: 09 de marzo de 2011. Caso: David S Pilo vs. Ministerio del Poder Popular para Relaciones Interiores y Justicia-Servicio Autónomo de Registros y Notarías. (SAREN)). Caracas.tsj.gov.ve/DECISIONES/2011/MARZO/2110-9-10-2758-.HTML.

M, Pardo y otros. *Especial consideración de los aspectos problemáticos del principio non bis in idem en la jurisprudencia constitucional. Universidad de Murcia.*http://ocw.um.es/cc.-juridicas/derecho-constitucional-iii/material-de-clase-1/non-bis-in-idem.pdf.

Marrero, E. *Doctrina de la Sala Político Administrativa 2010. N°53. Colección Doctrina Judicial.* Tribunal Supremo de Justicia. Caracas: Fundación Gaceta Forense. 2011. p-160. N° de sentencia 01103. Fecha: 10 de noviembre de

2010. Caso: Janett Ledesma Zarcos Vs. Ministro del Poder Popular para la Educación. Ponente: Hadel Mostafá Paolini.

Marrero, E. Doctrina de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia. Colección Doctrina Judicial N° 53. Fundación Gaceta Forense.

Marrero, E. Doctrina de la Sala Político-Administrativa, octubre 2005-diciembre 2006. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia. Colección Doctrina Judicial N° 22. *Sentencia N° 1698.*

Martínez, I. *Régimen Jurídico de la Función Pública.* Madrid: Editorial Civitas S.A.1.995.

Mejía, J y Quiñones, S. *Procedimiento Disciplinario*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA. 2004.

Méndez, C. *Metodología*. Segunda Edición. Santa Fe de Bogotá. Mc Graw hill Editores.1995.

Molina, R. *Reflexiones sobre una nueva Visión Constitucional del Proceso y su Tendencia Jurisprudencial. ¿hacia un Gobierno Judicial?* Segunda edición. Revisada y ampliada. Caracas: Ediciones Paredes. 2008.

Morales, L. Urriola *vs. SalaPolítico-Administrativa*.ExpedienteN°07-0498. Fecha: 20 de julio de 2007. *www.tsj.gov.ve.decisiones/SalaConstitucionaldelTribunalSupremodeJusticia. Caso:PedroMarcano*.

Pérez, A. *La Seguridad Jurídica*. 2ª edición. Barcelona: Editorial Ariel. 1994.

Rojas, J. *Los Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador como límites de la Potestad Administrativa Sancionatoria*. Caracas: Paredes Libros Jurídicos, C.A. 2004.

Rojas, M. *La Ética en la Administración Pública y el Código de Conducta de los Servidores Públicos*. Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2006.

Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Sentencia N° 2006-1599. Expediente 2007-0091. De fecha 27 de abril de 2007. Caso. José Gregorio Rodríguez vs. Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo. http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Abril/787-270407-07-0091.htm.

Sala Constitucional. Expediente 01-1968. Fecha: 16 de septiembre de 2002. Caso: Pedro Alejandro Vivas González. Ponente: Pedro Rondón Haaz www.tsj.gov.ve.decisiones.

Sánchez M. *Derecho de la Función Pública.* Tercera Edición. Madrid: Editorial Tecnos. 2001.

Sánchez, M. *Derecho Administrativo. Parte General*. Novena Edición. Madrid: Editorial Tecnos. 2013.

Sentencia N° 01122. Fecha: 10 de noviembre de 2.010. Caso: Sucesión de Erlinda del Carmen Bastidas Márquez de Estebanez vs. Contraloría General de la República. 2010.

Solís, J. *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana.* Caracas: Colección Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. 2005.

Tamayo y Tamayo: *El Proceso de Investigación Científica. Fundamentos de Investigación. Manual de Investigación y Proyectos*. Novena Edición. Limusa. Grupo Noriega Editores.1998.

Torres, I. *Derechos y Deberes del Trabajador y del Funcionario Público*. Caracas: Talleres Italgráfica S.A.1994.

Urosa, D y otros. *Actualización en Procedimiento Administrativo.* Caracas: Fundación Estudios de Derecho Administrativo. 2007.

Villegas, J. *Derecho Administrativo Municipal.* San Cristóbal: Librería y Galería Sin Límite. 2007.

www.jca.tsj.gov.ve/decisionesCorteSegundadeloContenciosoAdministrativo.
Younes, D. *Derecho Administrativo Laboral*. Novena Edición. Bogotá: Editorial Temis S.A. 2001.

Zamora, R. *Medidas Preventivas en la Ley del Estatuto de la Función Pública.* Universidad Rómulo Gallegos. Decanato de postgrado especialización: derecho procesal civil cátedra: sistema cautelar en el proceso. http://es.scribd.com/doc/43681012/Las-Medidas-Preventivas-en-la-Ley-de-Estatuto-de-la-Funcion-Publica. [consulta 2005, s/f].