

Cuestionamientos sobre la protección jurisdiccional de los funcionarios de carrera amparados por regímenes de inamovilidad laboral

Ramón Alfredo AGUILAR*
RVLJ, N.º 16, 2021, pp. 525-564.

SUMARIO

Introducción 1. Planteamiento del problema 2. Estabilidad laboral, inamovilidad y estabilidad funcional. Nociones básicas, semejanzas y diferencias 2.1. Precisiones terminológicas 2.2. Sobre la estabilidad laboral 2.3. Sobre la inamovilidad laboral 2.3.1. Definición 2.3.2. Características 2.4. Sobre la estabilidad de los funcionarios de carrera 2.5. Semejanzas y diferencias entre inamovilidad laboral y estabilidad funcional. Posibilidad de concurrencia de ambos regímenes 2.5.1. Semejanzas entre la inamovilidad laboral y la estabilidad funcional 2.5.2. Diferencias entre la inamovilidad laboral y la estabilidad funcional 3. Análisis de algunas decisiones judiciales y cuestionamientos respecto al tema 3.1. Sobre la coexistencia de los regímenes de estabilidad e inamovilidad 3.2. Sobre el órgano con competencia o jurisdicción para el procedimiento de calificación de faltas o desafuero. Procedimiento aplicable 3.3. Otros aspectos no resueltos por las decisiones analizadas Conclusiones

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado; Especialista en Derecho Procesal; Doctorando en Ciencias Mención Derecho; Profesor ordinario (categoría Agregado). **Universidad Católica Andrés Bello**, Especialista en Derecho del Trabajo (tesista). Secretario de la Asociación Venezolana de Derecho Disciplinario (AVDD). Este artículo fue realizado con la colaboración de investigación de la Abogado (UCV) y Comunicadora Social (UCAB) Mitchaelle HENRIQUEZ TROMPIZ.

Introducción

Puede parecer un sinsentido, inoficioso, inocuo o hasta bizantino, la elaboración y presentación de un artículo sobre un tema de Derecho Funcionario o relativo a la carrera administrativa, en momentos en que nuestro país transita por la peor crisis política, social, económica e institucional de su historia, que, entre otros muchos aspectos, ha afectado vorazmente la estructura organizativa de la Administración Pública, la designación y «retiro» de funcionarios; ha pulverizado las remuneraciones, y ha adoptado la «contratación» o designación «a dedo» como mecanismo de vinculación de empleo con las entidades públicas¹. Todo, en franco deterioro y violación de las normas y principios constitucionales y legales que regulan la carrera administrativa (en su sentido más amplio, es decir, extendiéndola a otras ramas del Poder Público), el ingreso por concurso, la meritocracia, la idoneidad y la estabilidad de los funcionarios.

Sin embargo, convergen cuando menos dos importantes razones para presentar estas líneas. La primera, acometer uno de los fines propios de la actividad académica: la presentación de instrumentos científicos que contribuyan al correcto entendimiento, interpretación, aplicación o reconstrucción de las instituciones, especialmente, en el ámbito jurídico, aquellas que impliquen el respeto de principios y garantías constitucionales, como ocurre con el tema que nos ocupa. En segundo lugar, el honor que constituye participar en una obra colectiva en homenaje al reputado jurista, colega profesor, admirado y muy apreciado amigo doctor Jesús CABALLERO ORTIZ, precursor del Derecho Funcionario en Venezuela y corredactor de la vigente Ley del Estatuto de la Función Pública².

¹ Véase: SILVA BOCANEY, José Gregorio y TROCONIS, Andrés: «Actualidad de la Función Pública en Venezuela», Ciclo de videoconferencias con motivo de los 10 años de la *Revista de Derecho Funcionario*. Universitas Fundación y FUNEDA, diciembre de 2020, <https://www.youtube.com/watch?v=FojhdrTkD2Q>

² Publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 522, del 06-09-02.

El carácter dialéctico y retórico del Derecho, aderezado por la vehemencia argumentativa de nuestro gentilicio patrio, siempre matizado por el respeto propio del desempeño académico, constituyen un escenario ideal para las discusiones entre colegas, siendo muchas las oportunidades en que esas tertulias y disensos argumentativos trascienden a las páginas de los textos doctrinarios. He tenido el placer de discutir muchos temas con Jesús, y el honor de controvertir posiciones jurídicas llevadas a la imprenta³, siendo esta una nueva oportunidad para tratar un tema en el que mantenemos posiciones diferenciadas, y donde, precisamente, se analiza como uno de los puntos centrales, una controvertida decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia⁴ dictada en ocasión de acción de revisión constitucional interpuesta por el homenajeado.

Nos pronunciaremos, en resumen, sobre el reconocimiento de la protección o fuero de inamovilidad laboral en amparo de los funcionarios de carrera, y sus consecuencias, entre ellas, los cuestionamientos que pueden surgir en torno a la necesidad de: verificar tanto el procedimiento disciplinario previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública como el procedimiento de «desafuero» (calificación de faltas o autorización para despedir-destituir); la jurisdicción para conocer de dicho procedimiento de desafuero, y la naturaleza y efectos de la decisión que se produzca. Dada la complejidad y extensión del tema, limitaremos este artículo a: referir las nociones básicas en discusión (aún inacabadas en la doctrina y la jurisprudencia); el análisis de la referida sentencia y otras proferidas en distintas instancias jurisdiccionales, y el planteamiento de algunos cuestionamientos aún no resueltos por las decisiones en estudio. Esperamos que este humilde trabajo reactive el

³ Véase publicación de nuestras diferenciadas posturas respecto a la caducidad y prescripción de las pretensiones de cobro de prestaciones sociales de los funcionarios en: *Revista de Derecho Funcionario*. FUNEDA. Caracas, 2013: CABALLERO ORTIZ, Jesús: «¿Puede replantearse la aplicación del lapso de prescripción laboral para el cobro de prestaciones sociales de los funcionarios públicos?», pp. 13-31; y AGUILAR CAMERO, Ramón A.: «Consideraciones sobre la caducidad de las pretensiones de cobro de prestaciones sociales y otros derechos patrimoniales de los funcionarios públicos», pp. 33-66.

⁴ TSJ/SC, sent. N.º 787, del 27-03-07.

debate ya iniciado con los colegas profesores y reconocidos estudiosos del Derecho Administrativo y Disciplinario: Carlos Luis CARRILLO ARTILES, José Gregorio SILVA BOCANEY y el propio Jesús CABALLERO, a quien especialmente dedicamos estas reflexiones en el contexto de tan merecido homenaje.

Cerramos esta breve introducción expresando nuestro agradecimiento a los profesores María Candelaria DOMÍNGUEZ GUILLÉN, Miguel Ángel TORREALBA SÁNCHEZ y Edison Lucio VARELA CÁCERES, tanto por su gentil invitación para participar en esta obra como por su muy encomiable esfuerzo por la producción y publicación de trabajos académicos a pesar de las adversas condiciones enunciadas preliminarmente.

1. Planteamiento del problema

La problemática surgida en torno a la existencia y efectiva vigencia de la institución de la inamovilidad laboral en amparo de los funcionarios de carrera tiene su origen fundamentalmente en los cambios normativos introducidos por la reforma de la Ley de Carrera Administrativa de 1975⁵ en materia de libertad sindical, la promulgación de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990⁶, y la aprobación y entrada en vigencia de la Constitución de 1999⁷.

En virtud de las innovaciones incorporadas por estos textos normativos, progresivamente se ha dado reconocimiento de derechos laborales en favor de los funcionarios, en el contexto del denominado proceso de «laboralización de la función pública»⁸, origen y producto del connatural traslado de instituciones

⁵ Publicada en la *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 1428 extraordinario, del 04-09-70, reformada por Decreto-Ley publicado en la *Gaceta Oficial* N.º 1745 extraordinario, del 23-05-75.

⁶ Publicada en *Gaceta Oficial de la República de Venezuela* N.º 4240 extraordinario, del 20-12-90.

⁷ Publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 36 860, del 30-12-99, reimpresa por error material en la *Gaceta Oficial* N.º 5453 extraordinario, del 24-03-00; con enmienda publicada en *Gaceta Oficial* N.º 5908 extraordinario, del 19-02-09.

⁸ Véase: DE PEDRO FERNÁNDEZ, Antonio: *Derecho de la función pública. La experiencia venezolana*. Vadell Hermanos Editores. Caracas, 2004; CABALLERO ORTIZ, Jesús:

jurídicas propias del Derecho del Trabajo a la regulación del régimen de empleo público⁹. Esta permeabilización obliga al estudio concienzudo y comprensión científica de estas instituciones por parte de los órganos y entes de la Administración Pública a los cuales rigen y, por supuesto, por parte de los jueces y estudiosos de la materia funcionarial, que ahora deben analizar la función pública bajo otras perspectivas y criterios que, en mucho, sobrepasan y desbordan la mera concepción iuspublicista.

La Constitución concibe la separación y regulación estatutaria de la función pública mediante normas que rigen «el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública» (artículo 144). No obstante, en otros aspectos distintos a los señalados, la misma Carta fundamental parece promover el mencionado proceso de «laboralización del Derecho Funcionarial», al tiempo que la legislación ha ido reconociendo e incorporando un importante número de instituciones propias del Derecho del Trabajo en la regulación de la prestación de servicios subordinados de tipo funcionarial¹⁰. Es así cómo las normas de los artículos 95, 96 y 97 constitucionales prevén y garantizan la actividad sindical, el

Incidencias del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el régimen jurídico del funcionario público. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991; CARRILLO ARTELES, Carlos Luis: «La reorbitación de los deberes y derechos de los funcionarios públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública». En: *El régimen jurídico de la función pública en Venezuela. Homenaje a la doctora Hildegard Rondón de Sansó.* FUNEDA. Caracas, 2005; VILLASMIL PRIETO, Humberto: «Los funcionarios públicos y la Ley Orgánica del Trabajo. El galimatías del artículo 8». En: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.* N.º 85. UCV. Caracas, 1992.

⁹ Sobre la naturaleza jurídica de las relaciones de empleo público y los derechos laborales de los funcionarios, véase: AGUILAR CAMERO, Ramón A.: «El carácter jurídico laboral de la función pública. La necesidad de reconocimiento de garantías constitucionales de tipo laboral en favor de los funcionarios públicos». En: *Revista de Derecho Funcionarial.* N.º 11. FUNEDA. Caracas, 2014, pp. 37-86, https://www.amsabogados.com.ve/images/publicaciones/Ramon_Alfredo_Aguilar_el_caracter_juridico_laboral_de_la_funcion.pdf.

¹⁰ Incluido en la mencionada Ley Orgánica del Trabajo de 1990, en su artículo 8, y en las reformas posteriores, donde se dispuso el goce de los beneficios laborales previstos en la legislación del trabajo en favor de los funcionarios, siempre que no estuvieren previstos o regulados por las normas sobre carrera administrativa.

derecho a la contratación colectiva e incluso el derecho a huelga, a favor de los trabajadores del sector público, al tiempo que normas de rango legal contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública consagran la protección de las funcionarias en estado de gravidez (artículo 29) y la protección de la actividad sindical de los funcionarios (artículo 32), equiparando, en ambos casos, dicha protección a la establecida en la legislación laboral (Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras¹¹), solo diferenciándose por la atribución de competencia jurisdiccional para conocer de los conflictos que se susciten, en cabeza de los tribunales contencioso-administrativo funcionariales¹².

De manera que la creación de fueros especiales de protección a favor de los funcionarios en las señaladas circunstancias de actividad sindical y de situación maternal, y la natural consecuencia de protección a través de la figura de la inamovilidad laboral propia del Derecho del Trabajo, ha conllevado a que el empleador no puede poner fin a la relación de empleo, ni trasladar o desmejorar al funcionario, sino por causa justificada, previamente calificada como tal por un tercero conformado por un organismo competente (inspectoría del trabajo o tribunal¹³), a través de un previo procedimiento contencioso.

La problemática se presenta, en primer lugar, con base en la ya añeja discusión sobre los alcances del artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo de 1990, sobre la aplicación de normas y derechos laborales a los funcionarios de carrera¹⁴; en segundo lugar, a la disertación respecto a si la inamovilidad, por referir a una forma de limitación del retiro, está reservada o restringida a regulación estatutaria; y, en tercer lugar, a la aceptación o rechazo de la coexistencia y posible aplicación de dos distintos regímenes de protección: el de «estabilidad» propio de la carrera administrativa y el de «inamovilidad»

¹¹ Publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 6076 extraordinario, del 30-05-12.

¹² Aspecto sobre el cual volveremos más adelante como una de las aristas centrales de estas disertaciones.

¹³ La determinación del órgano competente o con jurisdicción para el desafuero, constituye otro de los aspectos medulares del presente tema, y se desarrolla *infra*.

¹⁴ Véase: CABALLERO ORTIZ: ob. cit. (*Incidencias del artículo 8...*); VILLASMIL PRIETO: ob. cit.

de fuente laboral. Lo que, también, podría implicar la necesidad de verificar dos distintos procedimientos antes del retiro disciplinario del funcionario.

En resumen, la problemática principal orbita en torno al reconocimiento de la existencia del régimen de protección o fuero de inamovilidad en favor de los funcionarios de carrera que se hallen en las condiciones que dan lugar a dicho fuero, y la coexistencia de este régimen de protección con el de estabilidad absoluta propio de la carrera administrativa (como ya ha sido reconocido en controvertidas decisiones la Sala Constitucional).

Al tiempo, de dicha conclusión, surgen otros cuestionamientos, como la posibilidad o legalidad de reconocer otros fueros de inamovilidad distintos a los expresamente referidos en el Estatuto de la Función Pública (como por ejemplo, el paternal, por suspensión de la relación, el de los delegados de prevención, entre otros); la determinación del órgano con competencia (o jurisdicción) para conocer del procedimiento de «desafuero»; el orden en que deben ejecutarse los procedimientos concomitantes (disciplinario y de desafuero) y su revisión jurisdiccional; e incluso, la influencia de las decisiones de un procedimiento sobre el otro. En estas líneas, intentamos proponer respuestas para algunos de estos asuntos, y nos limitamos al simple planteamiento de otros.

Culminamos este resumen de la problemática advirtiendo que el tema de la inamovilidad laboral, aun desde la óptica del Derecho del Trabajo, puede considerarse un tema complejo e inacabado, de allí que su traslado al Derecho de la Función Pública resulta igualmente complejo, y requiere la exposición previa –aunque resumida– de su contenido y alcance, con especial referencia a sus diferencias con los regímenes de estabilidad¹⁵.

¹⁵ Para el tema: AGUILAR CAMERO, Ramón A.: «Estabilidad e inamovilidad laboral. Un esfuerzo de distinción». En: *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*. N.º 5. Caracas, 2015, pp. 25-82, https://www.academia.edu/42069919/Estabilidad_e_Inamovilidad_Laboral_Un_esfuerzo_de_distinci%C3%B3n; CARBALLO MENA, César: «Despido nulo por discriminación». En: *Derecho del Trabajo. Derecho del Trabajo en los albores del siglo XXI*. Fundación Universitas. Barquisimeto, 2007; ORTIZ-ORTIZ, Rafael: «El despido nulo en la Constitución venezolana».

2. Estabilidad laboral, inamovilidad y estabilidad funcional. Nociones básicas, semejanzas y diferencias

2.1. Precisiones terminológicas

El término «estabilidad» generalmente está referido al derecho o garantía de protección del empleo, según connotaremos seguidamente. Sin embargo, al adjetivar el vocablo, para referimos a la «estabilidad absoluta» o «estabilidad relativa», pasamos a referirnos a los efectos o forma en que se patentiza o manifiesta la protección de estabilidad, pero debiendo advertir que estas consecuencias y forma de protección también pueden derivar de otras instituciones distintas, como ocurre con la inamovilidad; lo que posiblemente, en muchas ocasiones, ha llevado a confundir a ambas instituciones.

La estabilidad, cuando se manifiesta en su modalidad de «absoluta», coincide con la inamovilidad en uno de sus principales efectos, pero continúa siendo distinta y diferenciable de esta, por su finalidad (bienes jurídicos protegidos), por la forma de los procedimientos de protección (oportunidad, órgano competente) y por su ámbito objetivo, ya que la inamovilidad no solo impide el despido o retiro, sino que también protege contra otras formas de agravio al trabajador o funcionario (traslados y desmejoras injustificadas). Veamos:

2.2. Sobre la estabilidad laboral

Se entiende por estabilidad: «... la institución jurídico-laboral que protege a los trabajadores contra los despidos sin justa causa, garantizando la permanencia y continuidad en las labores, siempre que no medie una causa que permita legalmente su finalización»¹⁶. En el mismo sentido, se sostiene

En: *Revista de Derecho*. N.º 16. TSJ. Caracas, 2005; PARRA ARANGUREN, Fernando: «La estabilidad laboral y su vigencia en una economía globalizada». En: *1 Congreso latinoamericano sobre gerencia ley y jurisprudencia laborales su impacto en el desarrollo económico*. Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Caracas, 2005; y en la misma obra colectiva citada *ut supra*: PRO-RÍSQUEZ, Juan Carlos: «Comentarios sustantivos y procesales a la estabilidad y a la inamovilidad en el Derecho del Trabajo venezolano».

¹⁶ GARCÍA VARA, Juan: *Estabilidad laboral en Venezuela*. 2.ª, Editorial Pierre Tapia. Caracas, 1996, pp. 29 y 30.

que: «El conjunto de reglas jurídicas destinadas a propiciar la preservación del vínculo laboral, en particular frente a la voluntad arbitraria del patrono, configuran el régimen de estabilidad en el empleo, el cual se desgaja del más amplio derecho al trabajo»¹⁷. Se trata de una institución propia del Derecho Laboral que, bajo la óptica tuitiva que le es propia, procura la permanencia de cada individuo en el empleo, garantizando el derecho de trabajar, así como el sustento del trabajador y su familia.

La estabilidad tiene fuente constitucional, y está expresamente prevista en el artículo 93 de la Constitución, que dispone: «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».

Conforme a la normativa internacional¹⁸, esta protección o derecho de estabilidad se constituye a través de dos principales nociones: la exigencia de que la terminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador (despido) esté fundamentada en una causa justificada (definida por la ley), y la posibilidad de que la autoridad competente califique o juzgue la causa invocada por el empleador, para que en caso de despido injustificado o *ad nutum* se proceda a la reincorporación del trabajador, o alternativamente, al pago de una indemnización.

Según se desprende del «Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo», la forma general para verificar la protección contra los despidos injustificados parece ser la reincorporación o reenganche del trabajador, sin embargo, el mismo Convenio –como es lógico– prevé la posibilidad de que las legislaciones nacionales regulen o establezcan el pago sustitutivo o por equivalente de una indemnización en aquellos casos en que no sea posible la reincorporación, o respecto de determinada categoría de trabajadores o labores. Surge así la posibilidad de que la estabilidad laboral se proteja

¹⁷ CARBALLO MENA, César: «Régimen de estabilidad en el empleo». En: *Derecho del Trabajo*. N.º 15. Fundación Universitat. Barquisimeto, 2013, p. 63.

¹⁸ Véase: Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982, C158, <http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>.

y manifieste de dos diferenciadas maneras: i. mediante el mandato de reincorporación o renganche efectivo del trabajador, sin posibilidad de pago por equivalente, lo que se conoce como «estabilidad absoluta»¹⁹; o ii. permitiendo la posibilidad de liberarse de tal obligación por parte del patrono a través del pago alternativo y facultativo de una indemnización dineraria en favor del trabajador, en lo que se conoce como «estabilidad relativa»²⁰.

Debemos insistir, a los fines de prevenir confusiones terminológicas, que en este artículo utilizamos la expresión «estabilidad absoluta» atendiendo solamente a la referida característica o efecto que implica el mandato de reincorporación del trabajador sin que pueda suplirse tal obligación a través de pago compensatorio o formas alternativas. En otras palabras, el término «estabilidad absoluta» aquí empleado no siempre está referido a la «estabilidad laboral», del cual solo es una consecuencia en los casos en que así se dispone por ley o convencionalmente.

2.3. Sobre la inamovilidad laboral

2.3.1. Definición

Entendemos la inamovilidad como un fuero extraordinario y temporal que ampara a los trabajadores que se encuentran en una determinada situación que requiere especial protección, por representar intereses superiores del ordenamiento, a objeto de prevenir acciones de discriminación por parte del empleador, y que se concreta a través de la exigencia legal de previa calificación de la justificación para proceder al despido, el traslado o la desmejora

¹⁹ «La infracción del régimen de estabilidad absoluta supondría la nulidad de la medida extintiva del vínculo laboral y el consecuente deber patronal de reparar de modo perfecto el daño causado, es decir, restituir la situación jurídica infringida mediante la reinstalación del trabajador en su puesto de trabajo», CARBALLO MENA: ob. cit. («Régimen de estabilidad...»), p. 65.

²⁰ «Estabilidad relativa o impropia, que engendra, tan solo, derecho a una indemnización en favor del trabajador que se retire o sea despedido por causas imputables a su patrono, o se vea privado de su empleo por causas ajenas a su voluntad», ALFONZO-GUZMÁN, Rafael: *Nueva didáctica del Derecho del Trabajo*. 12.^a, Editorial Melvin. Caracas, 2001, p. 305. Véase también: TSJ/SC, sent. N.º 1952, del 15-12-11.

de los trabajadores amparados, por parte de un tercero constituido por la autoridad competente.

Precisemos los alcances de esta definición de inamovilidad, que bien servirán para el objetivo propuesto de diferenciarla de la estabilidad laboral²¹ y, especialmente, de la estabilidad derivada del sistema de carrera administrativa:

2.3.2. Características

i. Fuero extraordinario y temporal: A diferencia de la estabilidad que en principio obra como general y como derecho de todo trabajador, la inamovilidad se constituye en un privilegio que solo ampara a aquellos que se encuentran dentro de la situación jurídica especialmente definida y protegida por la ley por representar intereses superiores del ordenamiento (libertad sindical, maternidad, paternidad, interés colectivos de seguridad e higiene en el trabajo, etc.) y por la posibilidad de que dicha situación propenda a la discriminación del trabajador por parte del patrono. La estabilidad es la regla general y los casos de exclusión de trabajadores constituyen la excepción; por el contrario, la inamovilidad es un privilegio que limita el *ius variandi* del empleador, impidiendo o postergando la posibilidad de despido, traslado o desmejora, hasta tanto la autoridad competente –de forma previa– constate la justificación (licitud) de la actuación patronal, y autorice el despido-retiro, o alteración de las condiciones de trabajo. De allí que no pueda extenderse la inamovilidad por analogía a supuestos que no estén específicamente previstos, y que siempre deba sustentarse en una razón de interés general o de tutela especial que justifique el privilegio o fuero de inamovilidad.

Se trata de un régimen de excepción creado para prevenir actos discriminatorios, en protección de bienes jurídicos superiores, por lo que se exige un procedimiento previo de calificación, siendo que, en caso de contravención, los actos ejecutados por el empleador se consideran nulos, dando lugar a la reposición de la situación jurídica infringida, lo que, en caso de despido

²¹ Hemos presentado análisis pormenorizado de estas características en: AGUILAR CAMERO: ob. cit. («Estabilidad e inamovilidad...»).

o retiro (sin previa autorización), implica «estabilidad absoluta» (en el referido sentido de conllevar a la obligatoria reincorporación del trabajador).

ii. Se concede a los trabajadores que se encuentran en una situación jurídica que requiere especial protección por representar intereses superiores del ordenamiento: Según se ha referido, la estabilidad implica la protección del derecho individual de cada trabajador de permanecer en el empleo. Diferenciadamente, el interés jurídico protegido en los casos de inamovilidad está constituido por otros bienes superiores del ordenamiento²², distintos a la mera estabilidad o conservación del puesto de trabajo. Como enseña PARRA ARANGUREN, se trata de una institución originada o propia del derecho sindical²³, inicialmente concebida para la protección de los representantes sindicales y luego extendida al derecho colectivo para los trabajadores involucrados en acciones o situaciones propias del ejercicio de la libertad sindical (discusión de contratos colectivos, huelga, elecciones sindicales, etc.)²⁴, por lo que se requiere garantizar no solo su permanencia en el trabajo (estabilidad), sino prevenir y contener cualesquiera prácticas discriminatorias que pueda desarrollar el empleador en contra del ejercicio de los derechos colectivos en juego.

²² Destacamos que la inamovilidad protege el ejercicio del derecho colectivo (libertad sindical), para impedir la discriminación (prácticas antisindicales) que puede desplegar el empleador en contra de los sujetos que se encuentran en esta situación que constituye un interés superior del ordenamiento (artículos 95, 96 y 97 constitucionales y 2 y 3 del Convenio 98 de la OIT).

²³ Originado como instituto propio del derecho sindical, devino perteneciente del derecho colectivo del trabajo, en lo cual se diferencia de la estabilidad, conforme a lo señalado. Consistente de un privilegio mediante el cual sus titulares no pueden «ser despedidos, trasladados o desmejorados en sus condiciones de trabajo, sin justa causa previamente calificada por el inspector del Trabajo», PARRA ARANGUREN: ob. cit., p. 165.

²⁴ La libertad sindical no se limita a la posibilidad de crear sindicatos o de afiliarse (o no), lo que representaría el aspecto individual de este derecho, sino que conlleva también la posibilidad del ejercicio efectivo de la defensa de los derechos de los trabajadores, lo que representa su aspecto colectivo, y se manifiesta a través de los derechos a la negociación colectiva y la huelga, sin los cuales la libertad sindical se traduciría en un derecho vacío o inútil. Para el tema véase: OJEDA AVILÉS, Antonio: *Derecho Sindical*. 8.ª, Tecnos. Madrid, 2013.

Conforme a esto, resulta acertada la apreciación de PARRA ARANGUREN²⁵ de distinguir la inamovilidad de la estabilidad absoluta, pues, si bien ambas disponen como forma de protección la reincorporación efectiva del trabajador afectado en caso de despido, se diferencian en que la inamovilidad pertenece al derecho colectivo (protege intereses generales), mientras que la estabilidad pertenece al derecho individual, pues solo protege el derecho de cada trabajador²⁶. Tal pertenencia de la inamovilidad al derecho colectivo, aparece además del propio texto constitucional que en su artículo 95 consagra el goce de la inamovilidad como protección a los promotores e integrantes de las directivas sindicales durante el tiempo y en las condiciones que requieran para el ejercicio de sus funciones; origen que también ha sido reconocido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²⁷.

Así mismo, el legislador ha extendido la protección de inamovilidad a otras situaciones que también pueden dar lugar a discriminación y que requieren de un especial amparo por constituir intereses superiores. Desde esta perspectiva, la protección o fuero de inamovilidad de carácter colectivo (íntimamente vinculada al ejercicio de la libertad sindical) bien puede extenderse a la mujer embarazada, también sujeto de protección constitucional (artículo 76) y ubicada en una situación (maternidad) que comprende intereses generales, que al implicar mayores, distintas, temporales y adicionales cargas para el empleador, bien puede generar en este la idea de prescindir de la trabajadora, despidiéndola por su especial condición, o someterla a otras formas de trato discriminatorio (traslado o desmejora) con la intención de que renuncie. También puede extenderse la protección a un colectivo de trabajadores en determinadas circunstancias temporales o en otras situaciones en las que se pretenda proscribir o contrarrestar la discriminación (delegados de prevención, representantes laborales en junta directivas de empresas

²⁵ PARRA ARANGUREN: ob. cit.

²⁶ En el mismo sentido se pronuncia: PRO-RISQUEZ: ob. cit. («Comentarios sustantivos...»), p. 209.

²⁷ Ver entre otras: TSJ/SC, sents. N.ºs 1185, del 17-06-04 y 1076, del 02-06-05.

estatales, etc.); siempre circunscrito a prevenir la discriminación en situaciones excepcionales y temporales²⁸.

Se trata entonces de intereses superiores, como los define ORTÍZ-ORTÍZ, quien a pesar de mostrarse en desacuerdo con la ubicación de la inamovilidad en el plano del derecho colectivo, concluye:

La inamovilidad no se consagra como «privilegio personal», sino en razón de que el trabajador «representa» u «ostenta» una condición o una situación que se reputa importante para la sociedad y que el Estado, como su personificación jurídica, debe procurar su tutela y protección. Se trata entonces de un interés superior a la voluntad de las partes que se constituye en pilar necesario para la paz social y el ejercicio de los derechos colectivos²⁹.

Contrariamente, en nuestro país, desde hace veinte años, se ha mantenido un perverso, injustificado e inconstitucional³⁰ sistema de inamovilidad general y permanente, acordado a través de consecutivos decretos presidenciales³¹, que obviamente desvirtúa la razón de ser de la institución, irrumpiendo con las características que la conforman, y contraviniendo su condición de fuero extraordinario y temporal destinado a proteger intereses superiores del

²⁸ Fueros en caso de: i. libertad sindical y representación de los trabajadores: artículos 419 y 148 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y 44 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo; ii. maternidad y paternidad: artículos 335, 339 y 420 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras; y iii. salud o seguridad social: artículos 74 en concordancia con el 72 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras y 100 (cuarto aparte), 420.4 y 347 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo.

²⁹ ORTÍZ-ORTÍZ, Rafael: «Algunas consideraciones sobre la inamovilidad laboral». En: *Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social. Libro homenaje a la memoria del profesor Rafael Caldera*. Vol. II. UCAB. F. PARRA ARANGUREN y C. CARBALLO MENA, coords., Caracas, 2011, p. 287.

³⁰ AGUILAR CAMERO: ob. cit. («Estabilidad e inamovilidad...»), pp. 54-58.

³¹ El primero: Decreto N.º 1472, *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 37 298, del 05-11-01; y el último y actualmente vigente: Decreto N.º 4414, *Gaceta Oficial* N.º 6611 extraordinario, del 31-12-20.

ordenamiento³². Afortunadamente, se ha excluido del ámbito subjetivo³³ de dichos decretos a los funcionarios, por lo que no afectan los análisis a que circunscribe esta obra.

iii. Tiene por objeto prevenir acciones discriminatorias por parte del empleador: Amén de otras características diferenciadoras que hemos venido destacando y las que se desarrollan *infra*, consideramos que una fundamental distinción entre la estabilidad y la inamovilidad se consigue en su finalidad o sustento teleológico. La finalidad y razón de ser de la estabilidad es la protección del empleo, la conservación del puesto de trabajo, la procura de que el patrono no ponga fin a la relación de manera arbitraria, injustificada o *ad nutum*. Diferenciadamente, el fin o razón de ser de la inamovilidad es prevenir algunas formas de discriminación que pueda ejercer el empleador en contra de los trabajadores que se encuentran en determinadas condiciones que requieren de especial protección. En la inamovilidad no solo se pretende verificar la justificación o no de un despido, lo que se quiere es prevenir que las razones del despido (traslado o desmejora) tengan como motivo la condición que ostenta el trabajador, pues en tal caso se estaría en presencia de un acto que violenta el derecho a la igualdad y se constituye en discriminatorio³⁴.

³² ORTÍZ-ORTÍZ: ob. cit. («Algunas consideraciones...»), pp. 296 y 297, al referirse a los decretos presidenciales de inamovilidad, a los que denomina «estabilidad ejecutiva», concluye que: «tales actos administrativos no tienen sustento ni basamento en una situación semejante a las analizadas (tutela de intereses superiores), de modo que la “causa” del acto administrativo que ordena la inamovilidad tiene un vicio en su causa que lo nulifica, pues constituiría una injerencia arbitraria y no legitimada del Estado en la esfera de los derechos económicos de los particulares» (paréntesis nuestro).

³³ La estabilidad de los funcionarios se regirá por las normas de protección contenidas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, sin perjuicio de las demás disposiciones que le resulten aplicables.

³⁴ «Como se desprende de lo antes indicado, la inamovilidad exhibe carácter preventivo, razón por la que, en todo caso, el despido traslado o alteración de las condiciones laborales del titular solo procederá en supuestos justificados y previamente calificados como tales por el inspector del trabajo competente», CARBALLO MENA: ob. cit. («Régimen de estabilidad...»), p. 68.

Siendo la inamovilidad una institución originada en el derecho colectivo, es fácil advertir que su fin inmediato no era proteger la estabilidad de los dirigentes sindicales, sino proteger la institución de la libertad sindical, que sería vulnerada si los dirigentes son afectados por su condición, discriminándolos con motivo de su situación³⁵.

El Derecho del Trabajo, su nacimiento y desarrollo se fundamentan en la existencia, reconocimiento y protección de la libertad sindical, en tanto esta constituye la primera forma de equilibrio entre patronos y trabajadores. Derechos que se verían minimizados o neutralizados, si se permite que los empleadores arremetan contra la dirigencia sindical, y por ello, los representantes del colectivo no pueden ser libre y arbitrariamente desmejorados, traslados o despedidos³⁶.

La protección de inamovilidad se constituye entonces en un mecanismo que consiste en que la justificación para cambiar las condiciones de trabajo (desmejora o traslado) o para poner fin a la relación (despido), sean calificadas y autorizadas previamente por la autoridad, pues la ley presume que tales actuaciones patronales podrían tener como motivo la condición que se ostenta, lo que se traduciría en una discriminación que infringe directamente la garantía de igualdad ante la ley prevista en el artículo 21 constitucional, así

³⁵ La inamovilidad «No se circunscribe a la imposibilidad del despido injustificado únicamente, sino que amplía su espectro y prohíbe los traslados o desmejoras sin justa causa, con el adicional de que si existiera esta, debe ser previamente calificada por el órgano respectivo, en caso venezolano, la inspectoría del trabajo», BONTES CALDERON, Irma: «Régimen de estabilidad previsto en la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras (LOTTT)». En: *Jornadas LOTTT. Evaluación del primer año de vigencia*. UCAB. M. VÁZQUEZ, coord. Caracas, 2013, p. 37.

³⁶ «Nadie debe ser despedido u objeto de medidas perjudiciales en el empleo a causa de su filiación sindical o de la realización de actividades sindicales legítimas, y es importante que en la práctica se prohíban y sancionen todos los actos de discriminación en relación con el empleo», *La libertad sindical. Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*. 5.^a, OIT. Ginebra, 2006, p. 165.

como los derechos colectivos de toda la masa trabajadora previstos en los artículos 93, 94 y 95 del mismo texto constitucional³⁷.

La protección de un interés superior justifica el por qué y el para qué de la protección. Se ampara la libertad sindical porque, siendo un derecho humano fundamental que permite la equiparación de los trabajadores y la defensa de sus derechos, implica una carga para los patronos y consecuentemente puede representar una contraposición a sus intereses. Siendo así, la inamovilidad se crea para impedir que el patrono atente contra este derecho a través de prácticas antisindicales, entre las cuales las más comunes están constituidas por actos discriminatorios contra los representantes o contra los trabajadores participantes en un conflicto o que ejercen la democracia sindical.

Según hemos referido previamente, el legislador ha extendido la protección de inamovilidad a otras situaciones que también pueden dar lugar a discriminación y que requieren de un especial amparo por constituir intereses superiores. Tal es el caso de la protección o fuero maternal, que se concede a la mujer embarazada y en puerperio (hasta dos años después del parto), la cual no tiene ni puede tener como fundamento la necesidad de conservar el empleo o garantizar la manutención del recién nacido –como reiterada

³⁷ Nuestro ordenamiento jurídico reconoce inamovilidad a ciertas categorías de trabajadores en atención a las peculiares circunstancias en que esto se encuentran y que, en definitiva, recomiendan brindarles tutela reforzada por virtud de la potencial discriminación de la que podrían ser víctimas. En otros términos, «es el carácter de sujeto pasivo de una potencial discriminación el elemento común de las diversas manifestaciones de inamovilidad consagradas en nuestro ordenamiento jurídico», «La inamovilidad entraña, de una parte, la estabilidad absoluta del titular, y de la otra, la intangibilidad de los contenidos de la aludida relación jurídica pues impide tanto el traslado como la alteración de las condiciones de trabajo, salvo que mediare causa para ello y fuere así previamente declarado por el funcionario administrativo competente: en otras palabras, insertando el régimen de inamovilidades dentro del perímetro de las discriminaciones presuntas, se proscribe toda conducta patronal que tenga por objeto anular o alterar arbitrariamente el goce o disfrute de los derechos del trabajador inamovible», CARBALLO MENA: ob. cit. («Régimen de estabilidad...»), p. 68.

y erróneamente ha sostenido la jurisprudencia administrativa³⁸—, pues si así fuere, la misma correspondería a todo trabajador con hijos y hasta tanto estos tengan edad para sostenerse por sí mismos, lo que se ve contrariado por la consagración de un plazo mucho más breve (dos años). El fundamento lógico de la protección, en realidad, es impedir la discriminación de la mujer en esta condición, habida cuenta de que a diferencia de otros trabajadores representa una carga mayor para el empleador, en tanto: a. puede surgir la obligatoriedad para el patrono de modificar o adaptar sus condiciones de trabajo (artículos 333 y 334 de la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras)³⁹; b. debe disfrutar un extenso período de descanso o licencia pre- y postnatal de aproximadamente seis meses (artículo 336 *eiusdem*) en el cual debe ser suplida por otro trabajador, y a pesar de no prestar servicios recibe beneficios a cargo del patrono, como el *ticket* de alimentación (artículo 6 de la Ley de Alimentación para los Trabajadores⁴⁰); c. una vez reincorporada después del parto goza de jornada laboral reducida hasta en tres horas diarias a los fines de la lactancia (artículo 345 de la Ley Orgánica); y d. posteriormente tendrá derecho al pago de guardería (artículo 344 *eiusdem*). Todo lo cual implica onerosidad y distorsiones en la prestación de servicios, que la convierten en potencial víctima de discriminación, justificando la especial protección.

Asimismo, es pertinente prevenir la discriminación en protección del colectivo de trabajadores en determinadas circunstancias temporales o en otras situaciones en las que la actividad del trabajador amparado implique poderes para este que se contraponen a los intereses del empleador, como ocurre en los supuestos de los delegados de higiene y prevención, y los representantes laborales en junta directivas de empresas estatales. Estos sujetos son órganos de control de la actividad del empleador y pueden forzar la toma de decisiones respecto de

³⁸ Ver entre otras: TSJ/SPA, sents. N.ºs 1537, del 15-12-16 y 774, del 04-07-18.

³⁹ En relación con este aspecto se sostiene: «En efecto, el embarazo hace de la trabajadora una potencial víctima de discriminaciones de origen patronal, toda vez que con él se inician un cúmulo de significativas alteraciones fisiológicas, metabólicas y morfológicas que han de afectar en algún grado su normal desenvolvimiento en el puesto de trabajo», CARBALLO MENA: ob. cit. («Régimen de estabilidad...»), p. 72.

⁴⁰ Publicada en *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N.º 39 660, del 04-05-11.

las condiciones de trabajo u otros aspectos administrativos u operativos de la empresa, por lo que limitan las potestades del empresario, pudiendo dar lugar a la toma de represalias o a procurar su amedrentamiento para que se plieguen a los intereses patronales.

En definitiva, la inamovilidad protege estas instituciones o intereses superiores no solo por su entereza e importancia, sino por la circunstancia de que implican la posibilidad cierta de que degeneren en prácticas discriminatorias por parte del patrono, y es por eso que en tales situaciones se exige que la justificación del despido, el traslado o el cambio *in peius* de condiciones (desmejora), sea previamente calificado y autorizado por la autoridad competente, a los fines de que el patrono evidencie que existen razones justificadas, y desvirtúe la presunción de que la actuación patronal tiene como motivo las circunstancias propias de la institución que se protege, es decir, se previene la posibilidad de que se dé trato diferenciado y perjudicial al trabajador con motivo de su especial condición o situación⁴¹.

iv. Se verifica a través de la exigencia legal de la previa calificación de la justificación del despido, traslado o desmejora, por parte de la autoridad competente (tercero ajeno a la relación): La protección del trabajador inamovible se verifica a través de la exigencia legal de que el patrono alegue, pruebe y justifique ante la autoridad competente la licitud de su decisión de despedir o alternar las condiciones de trabajo (traslado o desmejora), lo cual debe hacer de forma previa y como requisito de validez de la actuación, que en caso de contravención será considerada como írrita y sin efectos.

El empleador está forzado a desvirtuar previamente tal presunción, lo que debe hacer a través de un procedimiento contradictorio en el que se debata, pruebe y califique jurídicamente la justificación o licitud del despido,

⁴¹ En nuestra legislación, lamentablemente, no se ha desarrollado la especial protección contra los despidos nulos, que se verifican por violaciones directas a la Constitución, principalmente por motivos que implican discriminación. Por suerte, aun antes de la existencia de la norma del artículo 93 constitucional, ya nuestro previo ordenamiento había dispuesto esta forma de protección (inamovilidad) que precisamente es un mecanismo que previene tales situaciones.

traslado o desmejora. Tal es la forma de protección acogida en nuestro ordenamiento, que podría denominarse «desafuero»⁴², en cuanto implica la posibilidad de despedir o alterar las condiciones de trabajo de un trabajador amparado por un fuero de protección.

Adicionalmente, la determinación previa de la justificación y licitud del despido, traslado o desmejora se realiza a través de un procedimiento que debe ser tramitado y decidido por un tercero (ajeno a la relación) según determine la ley. Esta constituye una contundente diferencia con los regímenes de estabilidad.

Tratándose de un conflicto de intereses de carácter jurídico, en el que se debe garantizar el debido proceso, establecer hechos y aplicar consecuencias jurídicas, no nos cabe dudas de que se trata de una típica actividad jurisdiccional, cuyo conocimiento debe corresponder a los tribunales del trabajo en tanto jurisdicción especial creada por mandato constitucional⁴³, o cuando menos a una comisión tripartita como se dispone en otros ordenamientos y se establecía respecto de la estabilidad en la Ley contra Despedidos Injustificados de 1974. En este sentido, el Comité de Libertad Sindical de Consejo de Administración de la OIT ha destacado la necesidad de acudir a tribunales o a personas imparciales, exigiendo siempre que «los trabajadores que se consideran perjudicados como consecuencia de sus actividades sindicales deben disponer de medios de reparación que sean rápidos, económicos y totalmente imparciales»⁴⁴.

No obstante, en nuestro país el conocimiento de los conflictos relativos a inamovilidad laboral ha sido atribuido históricamente a las inspectorías del

⁴² El término «desafuero» puede resultar inapropiado en sentido gramatical, pues implicaría privar al trabajador del fuero (protección), siendo que, por el contrario, el procedimiento previo de calificación y autorización representa la consolidación del privilegio; sin embargo, el uso cotidiano de la expresión en el medio forense y la idea que traduce, de ser un mecanismo que permite el despido o alteración de las condiciones de trabajo, nos hace considerarlo aceptable a fines de estas líneas.

⁴³ Disposición transitoria cuarta constitucional.

⁴⁴ Ob. cit. (*La libertad sindical...*), p. 63.

trabajo⁴⁵, órganos administrativos, subordinados al Ejecutivo nacional, no independientes ni imparciales⁴⁶, que además no cuentan con las condiciones de infraestructura, personal, ni técnicas, necesarias para resolver satisfactoriamente estos asuntos⁴⁷.

Este tercero tendrá la función de tramitar y decidir el respectivo procedimiento, en el cual el empleador debe desvirtuar la presunción de discriminación, alegando y probando las razones que justifiquen el desafuero del trabajador amparado, quien en todo caso, en virtud de los derechos a la defensa y al debido proceso, debe ser citado, y tener oportunidad de oponerse a la solicitud, formular alegatos y defensas, y aportar y controlar las pruebas respectivas. Como se ha dicho, se trata de un auténtico proceso jurisdiccional, lamentablemente asignado en nuestro país por la legislación laboral a los órganos administrativos del trabajo.

2.4. Sobre la estabilidad de los funcionarios de carrera

Para nosotros, la relación de empleo público se enmarca en general en el ámbito del Derecho del Trabajo y los derechos que la Constitución dispone sin distinción en favor de todos los trabajadores, pero con características que la vinculan estrechamente con el Derecho público y, específicamente, Administrativo.

⁴⁵ Destacamos que tanto en el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Trabajo, como en el proyecto original de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo elaborado por magistrados del TSJ, se propuso que el conocimiento de estos procedimientos se encomendara a los tribunales del trabajo atendiendo así a su naturaleza jurisdiccional. Sin embargo, hasta la fecha, se ha mantenido esta espuria «competencia» administrativa en franco desconocimiento de los derechos de acción y tutela judicial efectiva.

⁴⁶ Véase: CARBALLO MENA, César: «Derecho a la igualdad e interdicción de discriminaciones en el empleo por razón de sexo, género y preferencia sexual». En: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, estudios en homenaje a la memoria del profesor Rafael Caldera*. UCAB-Fundación Universitas. Caracas, 2011, p. 391, nota al pie.

⁴⁷ Solo a modo de ejemplo cuantitativo, considérese que en el Área Metropolitana de Caracas existen apenas tres inspectorías del trabajo que conocen de las distintas reclamaciones por inamovilidad, derivadas del fuero sindical, fuero maternal, del decreto presidencial y todas las demás previstas en la ley, siendo que, por contraste, existen cuarenta y cinco tribunales de primera instancia laboral (sustanciación y mediación), que bien pudieran conocer de estos asuntos.

En tanto involucra los intereses patrimoniales y los fines mismos de la actividad pública (artículo 141 de la Constitución), de innegable contenido o interés general, limitado por aspectos presupuestarios y que además implica una especial regulación de la gestión de empleo público que proscriba arbitrariedades y ventajismo político o personales al momento de la elección, nombramiento, ascenso o retiro de los funcionarios, que garantice la idoneidad y eficiencia de estos por medio de los concursos de ingreso y ascenso (sistema de méritos), así como su protección a través de la consagración de la carrera administrativa y su especial régimen de estabilidad. Todo lo cual justifica el propósito y mandato constitucional de regir estatutariamente algunos de los aspectos relevantes de dichas relaciones, específicamente los relativos al «ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro», incluida la necesidad de ingreso por concurso público, así como otros aspectos concernientes a las escalas de salarios que se dispondrán por vía reglamentaria y el régimen de pensiones y jubilaciones sometido a estricta reserva legal nacional (artículos 144 a 148 constitucionales).

Estos mandatos constitucionales han sido recogidos y desarrollados en la Ley especial que rige la materia o estatuto funcional (Ley del Estatuto de la Función Pública), que expresamente reconoce en su artículo 30 el derecho de estabilidad de los funcionarios en el desempeño de sus cargos, determinando que: «En consecuencia, solo podrán ser retirados del servicio por las causales contempladas en la presente Ley». Dispone además el régimen disciplinario respectivo, contempla las causas de retiro, entre ellas la destitución y las causales que darían lugar a dicha sanción (artículo 86), así como el correspondiente procedimiento previo e interno, que implica la formación de un expediente, la precalificación de las supuestas faltas, la notificación de los cargos al funcionario en cuestión, la oportunidad para que este formule su defensa (descargos y pruebas) y las autoridades que intervienen en el procedimiento (oficina de personal, consultoría jurídica u órgano afín y la máxima autoridad). La decisión de la máxima autoridad pone fin al procedimiento administrativo disciplinario, que no contempla recursos administrativos (de reconsideración o jerárquico) y que, en todo caso, daría paso a la vía contencioso-administrativa funcional, conforme al procedimiento jurisdiccional, también previsto en el mismo Estatuto.

Se trata de un sistema que implica «estabilidad absoluta», en el sentido de que la determinación jurisdiccional de la violación de los derechos del funcionario, bien por la falta absoluta o vicios en el procedimiento, o bien por considerarse que no es procedente la destitución por no existir las faltas que darían lugar a la misma, la consecuencia resulta en la nulidad del acto de retiro y la orden de efectiva restitución del funcionario en su cargo, sin que la ley prevea alguna fórmula alternativa de cumplimiento (pago de indemnización sustitutiva). Además, al igual que se dispone en el Derecho del Trabajo, la misma decisión debe implicar la condena al pago de los salarios y beneficios dejados de percibir desde la írrita destitución y la efectiva reincorporación. Al respecto, la Sala Constitucional ha establecido:

En ese sentido, la Sala observa que, normalmente, quien pretende la nulidad de un acto de destitución, también persigue la reincorporación al cargo público que ocupaba, así como también el pago de los salarios caídos. En caso de que el tribunal declare la nulidad del acto administrativo, la consecuencia jurídica lógica e inmediata es la reincorporación del demandante y, como indemnización, el pago de las cantidades de dinero que dejó de percibir, debido a la ilegal desincorporación del cargo, restablecimiento este que encuentra cobertura en el artículo 259 constitucional y, anteriormente, en el artículo 206 de la Constitución derogada...⁴⁸

2.5. Semejanzas y diferencias entre inamovilidad laboral y estabilidad funcional. Posibilidad de concurrencia de ambos regímenes

Nos hemos extendido previamente en las características de cada uno de los regímenes en comparación, precisamente para poner de manifiesto las que resultan comunes y, especialmente, las que determinan sus diferencias.

2.5.1. Semejanzas entre la inamovilidad laboral y la estabilidad funcional

Se advierte como características comunes las siguientes: i. En ambos regímenes, la calificación de las faltas que darían lugar a la terminación justificada de la relación de empleo (despido o destitución) se verifican a través de

⁴⁸ TSJ/SC, sent. N.º 437, del 28-04-09.

procedimientos previos a la decisión respectiva, en los que debe y puede participar el sujeto de la sanción disciplinaria para ejercer su derecho de defensa y al debido proceso (alegación, promoción, evacuación y control de pruebas); ii. tanto en el régimen de inamovilidad laboral como en el de estabilidad funcional, la protección se manifiesta como un sistema de «estabilidad absoluta», es decir, determinada la ilicitud del despido o destitución se debe reincorporar efectivamente al empleado, sin que la ley disponga mecanismos alternativos de compensación o cumplimiento; iii. en ambos casos, la orden de reincorporación va aparejada del pago de los correspondientes salarios caídos.

Incluso, podrían también coincidir en que no se limitan a proteger la conservación del empleo, sino que salvaguardan otros intereses superiores del ordenamiento, como sería, en el caso de la función pública, garantizar la idoneidad y responsabilidad de los funcionarios, la meritocracia y prevenir la arbitrariedad, el clientelismo político y el «sistema de botín».

Estas características comunes, y especialmente las circunstancias de que ambos regímenes implican formas de estabilidad absoluta, han servido de sustento a la doctrina administrativa y a algunas decisiones judiciales (incluidos los votos salvados que más adelante se analizan), para sostener, entre otros argumentos, la exclusión de la figura de inamovilidad respecto a los funcionarios de carrera, al considerarlo innecesario frente a la existencia del régimen de estabilidad, que incluso consideran más amplio o tuitivo⁴⁹.

2.5.2. Diferencias entre la inamovilidad laboral y la estabilidad funcional
Ambos regímenes de protección poseen las referidas características comunes, sin embargo, obran diferencias que permiten concluir que se trata de sistemas disímiles y, en algunos casos, concurrentes: i. La estabilidad es un sistema general y permanente que protege a todos los funcionarios de carrera, mientras que la inamovilidad posee naturaleza extraordinaria y temporal, de allí que no existe situación análoga entre quien solo ostenta la condición de funcionario de carrera y quien, además, ostenta una especial situación o condición protegida por mandato constitucional o legal. Desconocer una

⁴⁹ Ver, entre otras: TSJ/SC, sents. N.ºs 555, del 28-05-07 y 787, citada *supra*.

protección por existencia de la otra, implicaría un trato discriminatorio, al tratar por igual, a quien ostenta condiciones diferentes; ii. la estabilidad protege al funcionario de actos arbitrarios, en general; mientras que la inamovilidad protege de actos de discriminación surgidos de la especial condición en que se encuentra el funcionario (actividad sindical, maternidad, etc.); iii. la estabilidad protege al funcionario solo respecto a la destitución injustificada o sin previo procedimiento (o vicios dentro de este), mientras que la inamovilidad, adicionalmente, impide o protege contra traslados⁵⁰ o desmejoras, lo que implica una protección objetivamente más amplia; iv. si bien ambos mecanismos de protección implican un procedimiento previo, existen una significativa diferencia entre dichos procedimientos, en tanto, en la estabilidad funcional, el procedimiento disciplinario es un trámite interno que en definitiva es resuelto por la propia entidad u órgano empleador; en la inamovilidad, el procedimiento previo es tramitado y decidido por un tercero –ajeno a la relación–, que garantiza o debería garantizar mayor imparcialidad y seguridad para el funcionario⁵¹.

Desde la perspectiva de la protección derivada de ambos regímenes, resalta que la inamovilidad protege no solo contra el retiro, sino que también protege contra el traslado y la desmejora; al tiempo que el sistema de revisión y calificación previa por parte de un tercero imparcial, y no por parte del mismo empleador, evidentemente constituye una mayor garantía. Habiéndose reconocido tanto nacional como internacionalmente el ejercicio de la libertad sindical por parte de los funcionarios, estos dirigentes sindicales y otros funcionarios involucrados en el desarrollo de dichas libertades (por ejemplo, los partícipes en un conflicto colectivo) pueden ser sujetos de hostigamiento o de prácticas discriminatorias por parte de sus empleadores, en idénticas

⁵⁰ En materia sindical, el Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa prevé en su artículo 83 la prohibición de traslados de los miembros de la junta directiva del sindicato, empero no dispone procedimientos o mecanismos para la protección de esta garantía.

⁵¹ Solo a modo de reflexión, piénsese en la parcialidad de la máxima autoridad que resuelve por la falta de respeto proferida en su contra con el funcionario sujeto al procedimiento disciplinario, o del «juzgamiento» de un dirigente sindical que exige reivindicaciones.

o quizás peores (más severas) condiciones que los dirigentes del sector privado, en tanto las entidades públicas, incluso gozan con facilidad del uso de la fuerza pública. Al igual que en el sector privado, estos funcionarios requieren de especial protección, y que las acciones disciplinarias en su contra, o los cambios en sus condiciones laborales (traslado o desmejora) sean autorizados por un tercero imparcial y no por el propio empleador, contra el cual representan intereses contrapuestos. Igual ocurre con la mujer embarazada o en puerperio, que indistintamente labore en el sector público o en el privado, puede ser sujeto de discriminación, siendo la garantía para prevenir o descartarla, el procedimiento y pronunciamiento previo por parte de un tercero imparcial.

En resumen, consideramos que la protección derivada de la inamovilidad por fuero sindical y maternal es distinta, más amplia que la protección de estabilidad propia de la carrera, en tanto protege no solo contra el retiro (despido), sino contra los traslados y desmejoras, al tiempo que resulta más garantista al disponerse un procedimiento previo cuya resolución o decisión se encomienda a un tercero (imparcial) y no al mismo órgano o ente empleador⁵².

3. Análisis de algunas decisiones judiciales y cuestionamientos respecto al tema

Como hemos referido en el planteamiento de la problemática y en nuestra introducción, desde el año 2007 la Sala Constitucional ha dictado varias decisiones que declaran o reconocen la coexistencia de la protección de inamovilidad laboral con la estabilidad derivada de la carrera administrativa. Sin embargo, dichas decisiones tienen la peculiaridad de no constituir un precedente pacífico, en tanto han sido dictadas con votos salvados, e incluso, voto concurrente en cuanto al fondo, pero disidente con relación al tema principal que nos ocupa. Asimismo, se encuentran algunas decisiones posteriores de la Sala Político-Administrativa que parecen concluir en contra de lo decidido por la Sala Constitucional, con relación a la jurisdicción para conocer del asunto.

⁵² AGUILAR CAMERO: ob. cit. («El carácter jurídico...»), p. 78.

En el presente estudio brindamos tributo al homenajeado utilizando como referencia para el análisis del tema una decisión dictada en resolución de acción de revisión constitucional interpuesta por él ante la Sala Constitucional. Se trata de la sentencia N.º 787/2007⁵³, que además resulta de relevancia científica por contener criterios disidentes con posiciones contrapuestas; sin perjuicio de que en los diferentes aspectos que se desarrollan se comenten otras decisiones, así como doctrina pertinente.

3.1. Sobre la coexistencia de los regímenes de estabilidad e inamovilidad

En la mencionada sentencia de la Sala Constitucional (un recurso de revisión de un fallo relacionado con un funcionario docente removido de su cargo a pesar de tener fuero sindical) se reconoció la coexistencia del fuero de inamovilidad con el de la estabilidad de los funcionarios, concluyendo:

Observa la Sala, que el ciudadano (...) gozaba de inamovilidad en su condición de dirigente sindical, razón por la cual se le aplicó el procedimiento previsto para la calificación de despido de los funcionarios que gozan de fuero sindical en la Ley Orgánica del Trabajo. No obstante, por gozar por otro lado de la estabilidad propia de todos los funcionarios al servicio de la Administración Pública, ha debido también utilizarse el procedimiento de la Ley del Estatuto de la Función Pública correspondiente a la destitución y la normativa prevista en la Ley Orgánica de Educación y en el Reglamento de Institutos y Colegios Universitarios, ya que la aplicación del procedimiento establecido en la Ley Orgánica del Trabajo no exime al órgano administrativo de la aplicación del procedimiento previsto en la norma estatutaria 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 funcional...

Extraña y contradictoriamente, la misma mayoría recalcó: «Debe insistirse en que no se está en presencia de una doble estabilidad en sentido estricto», afirmación que, obviamente, contradice su conclusión principal conforme

⁵³ TSJ/SC, sent. N.º 787, citada *supra*.

a la cual se hacía necesario verificar el procedimiento de calificación de despido (desafuero de la inamovilidad) y «también» el procedimiento disciplinario para la destitución.

Asimismo, el fallo presenta dos votos salvados y uno concurrente que rechazan la postura mayoritaria. Los votos disidentes sostienen que no existe razón para trasladar al ámbito funcional los efectos jurídicos de la inamovilidad en el régimen laboral común, en virtud de que el régimen estatutario al que están sometidos los funcionarios es más favorable al trabajador porque le impide a la Administración 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 (posición de las magistradas Luisa Estella Morales Lamuño y Carmen Zuleta de Merchán); de su parte, el voto concurrente plantea 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 podrían 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 (posición del magistrado Marcos Tulio Dugarte Padrón).

Esta decisión de carácter vinculante (a pesar de los votos salvados) acepta como legítimo que los funcionarios también estén sometidos al régimen de inamovilidad establecido en la legislación laboral. Sin embargo, sobreviven dudas respecto a este criterio, debido a la precariedad de la mayoría con que habría sido dictado el fallo, y la posibilidad cierta de que con ulteriores cambios de magistrados también se verifique un cambio de criterio.

Los votos salvados en cuestión, más allá de desconocer la inamovilidad, lo que atacan o rechazan frontalmente es la procedencia o necesidad de realizar el procedimiento de desafuero, por considerar que es suficiente la verificación del procedimiento disciplinario previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública.

Al igual que los votos salvados de la referida decisión, la mayor parte de la doctrina administrativa se ha manifestado en contra de la coexistencia de

los regímenes de protección de estabilidad e inamovilidad en favor de los funcionarios. En tal sentido, CABALLERO ORTIZ expresa:

En efecto, el cumplimiento de un procedimiento administrativo previo, implica, respecto a las funciones públicas, el acatamiento del previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública para la destitución. Es este el procedimiento que la Administración debe aplicar a la funcionaria en estado de gravidez y en ningún modo el establecido en los artículos 453 y 454 de la Ley Orgánica del Trabajo, el cual se cumple ante la inspección del trabajo, por las siguientes razones: Ya hemos indicado con anterioridad, al estudiar la protección de la cual gozan los funcionarios que ejerzan cargos directivos y de representación en las organizaciones gremiales y sindicales de los profesionales de la docencia, que el inspector del trabajo ostenta competencias para calificar los despidos bajo las causales previstas en la legislación laboral. El régimen de la destitución en la función pública obedece, por tanto, a fundamentos distintos de los que rigen en la Ley Orgánica del Trabajo. En consecuencia, el inspector del trabajo carece de competencia para calificar las destituciones que puedan producirse en el ámbito de la función pública⁵⁴.

En una posición aún más radical, PETIT DA COSTA concluye que la inamovilidad laboral no constituye una forma de estabilidad absoluta, y que tal estabilidad absoluta es en realidad la que de ordinario ampara a los funcionarios de carrera, con lo cual este autor estima que la protección por inamovilidad es inferior o menos tuitiva que la general concedida a los funcionarios⁵⁵. Por su parte, SILVA BOCANEY plantea:

... la estabilidad del funcionario público de carrera se considera absoluta, toda vez que se asimila a la inamovilidad del Derecho Laboral común, pero se alcanza y protege a todos los funcionarios –de carrera– de forma

⁵⁴ CABALLERO ORTIZ, Jesús: *El Derecho del Trabajo en el régimen jurídico del funcionario público*. Ediciones Paredes. Caracas, 2006.

⁵⁵ PETIT DA COSTA, Frank: *Los procesos de estabilidad laboral en Venezuela*. Ediciones Liber. Caracas, 2005, p. 22.

permanente y no atendiendo particularidades; en tal sentido no pueden ser retirados sino bajo los supuestos previstos en la Ley. No procede el despido de un funcionario, sino la destitución, en cuyo caso, no amerita la intervención de ningún otro órgano de la Administración que califique o autorice su procedencia, sino que debe ser el resultado de un debido proceso (artículo 49 constitucional) que otorgue las debidas garantías al expedientado, resaltando una noción más garantista a favor de quien ejerce la función en condición de funcionario de carrera⁵⁶.

CARRILLO ARTILES define la estabilidad de los funcionarios como absoluta, empero, al tratar el tema de la inamovilidad por fuero maternal, no solo reconoce su existencia, sino que alaba el hecho de haberse atribuido competencia a los tribunales contencioso-funcionariales para «solventar los conflictos generados con ocasión de estos derechos asimilados de la legislación laboral»⁵⁷. Más adelante, formulamos el desarrollo de nuestra postura en torno a este relevante aspecto.

La Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo se ha pronunciado negativamente en cuanto a la existencia de la protección por inamovilidad derivada de fuero sindical, concluyendo: «Los funcionarios de carrera gozan de estabilidad absoluta, protección especialísima contenida en la Ley del Estatuto de la Función Pública, y no les es aplicable a estos la inamovilidad laboral prevista en la Ley Orgánica del Trabajo que protege a aquellos trabajadores que estén ejerciendo su derecho a organizarse sindicalmente»⁵⁸.

En igual sentido, la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo tenía establecido:

⁵⁶ SILVA BOCANEY, José Gregorio: «El fuero sindical y sus efectos en la función pública». En: *Derecho Administrativo Iberoamericano. 100 autores en homenaje al Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. T. I. Ediciones Paredes. Caracas, 2007, pp. 922 y 923.

⁵⁷ CARRILLO ARTILES: ob. cit., pp. 80 y 83.

⁵⁸ Consultoría Jurídica del Ministerio del Trabajo. Dictamen N.º 17, 2003, http://www.mintra.gov.ve/consultoria/dictamenes/dictamen17_03.html.

Es decir, que la Ley de Carrera Administrativa regula, pues, la figura de la estabilidad absoluta, mas no de la inamovilidad ni el de la estabilidad relativa ya que habiendo garantizado a todo funcionario de carrera el derecho a no ser destituido sin justa causa, no tiene sentido regular otras figuras que son contradictorias –como la estabilidad relativa– o innecesarias, como la inmovilidad⁵⁹.

Como se observa, se pretende excluir la protección de inamovilidad por fuero sindical, so pretexto de la existencia de la estabilidad que ampara a todos los funcionarios de carrera, empero, paradójicamente en supuestos similares, la misma Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo ha reconocido constantemente la inamovilidad derivada del fuero maternal⁶⁰.

De su parte, la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa y de las cortes de lo contencioso-administrativo (hoy tribunales nacionales), también se habían pronunciado negativamente –antes de la sentencia de la Sala Constitucional– basadas en los mismos argumentos, sin embargo, debe observarse, que ya desde hace bastante tiempo, se había venido reconociendo el fuero de protección maternal, inicialmente negándole su vinculación con inamovilidad (exaltando su carácter constitucional)⁶¹ y posteriormente, reconociendo un auténtico fuero⁶², pero sin implicar que la afectada pudiera recurrir a los mecanismos propios de la inamovilidad laboral. Por el contrario, muchas de las acciones se tramitaron y declararon con lugar a través de procedimientos de amparo constitucional⁶³.

⁵⁹ CPCA, sent. N.º 2001-2506, del 02-10-01, <http://www.tsj.gov.ve/tsj-regiones/decisiones/2001/octubre/025-11-00-24105-2001-2506.html>.

⁶⁰ Por ejemplo véase: CPCA, sent. N.º 2002-1020, del 10-05-02, <http://www.tsj.gov.ve/tsj-regiones/decisiones/2002/mayo/025-10-01-26366-2002-1020.html>.

⁶¹ Ver, entre otras: TSJ/SPA, sent. N.º 287, del 11-04-12; CPCA, sents. N.ºs 2001-3040, del 28-11-01 y 2009-210, del 04-05-09 y CSPA, sents. N.º 2004-122, del 01-11-04.

⁶² Ver, entre otras: CSJ/SPA, sent. de fecha 03-12-90, reproducida en CPCA, sent. N.º 2009-210, citada *ut supra*; y N.º 1041, del 09-07-14.

⁶³ Ver, entre otras: TSJ/SC, sents. N.ºs 742, del 05-04-06 y 1617, del 10-08-06.

En resumen observamos que, cuando menos antes de la decisión de 2007 de la Sala Constitucional, era criterio de la doctrina administrativa mayoritaria, de los tribunales funcionariales e incluso del Ministerio del Trabajo, que no coexistía la protección de inamovilidad por fuero sindical y la estabilidad general que ampara a los funcionarios, sin embargo, los mismos tribunales funcionariales y algunos autores, contradictoriamente y desde hace tiempo atrás, han dado reconocimiento a la inamovilidad por fuero maternal, sin razones aparentes que justifique el disímil trato y conclusiones.

De nuestra parte, coincidimos con la conclusión de la mayoría sentenciadora, en cuanto a la necesidad de que se verifiquen los dos procedimientos creados constitucional y legalmente para la protección de los funcionarios carrera, vale decir, el procedimiento disciplinario previo, protector del derecho a la estabilidad, y el procedimiento de «desafuero», protector de la condición de inamovible derivado de la especial y temporal situación sindical o de maternidad. Contrariamente a lo que señala la mayoría, sí existe una doble protección, que tiene distinta fuente legal, que protege distintos intereses, contra diferentes tipos de actos y a través de diferenciados procedimientos. La estabilidad general de los funcionarios de carrera tiene su origen en el artículo 144 constitucional y en artículo 30 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, mientras que la protección de fuero sindical tiene su fuente en los artículos 93, 94 y 95 constitucionales y en el artículo 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, y el fuero maternal tiene su fuente en el artículo 76 constitucional y en el artículo 29 de la Ley del Estatuto. Así las cosas, ya no es procedente la discusión sobre la reserva legal estatutaria, o pretender distinguir si el tema de la inamovilidad es inherente o no al «retiro» reservado a la legislación especial y excluyente de la legislación laboral. El mandato de protección constitucional es inclusivo (no distingue entre sector público o privado), y por si existiere dudas, el propio Estatuto Funcionario ha recogido la institución y reconocido expresamente la protección en favor de los funcionarios de carrera:

Artículo 29.- Las funcionarias públicas en estado de gravidez gozarán de la protección integral a la maternidad en los términos consagrados en la

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento. No obstante, las controversias a las cuales pudiera dar lugar la presente disposición serán sustanciadas y decididas por los tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo funcional.

Artículo 32.- Los funcionarios o funcionarias públicos de carrera, que ocupen cargos de carrera, tendrán el derecho a organizarse sindicalmente, a la solución pacífica de los conflictos, a la convención colectiva y a la huelga, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Trabajo y su Reglamento, en cuanto sea compatible con la índole de los servicios que prestan y con las exigencias de la Administración Pública. Todos los conflictos a los cuales diere lugar la presente disposición serán conocidos por los tribunales competentes en lo contencioso-administrativo funcional.

Ambas disposiciones estatutarias de manera diáfana reconocen la protección y hacen expresa remisión a los términos y de conformidad con la Ley laboral. No caben aquí discusiones estatutarias, ni interpretaciones correctivas, se trata de garantías constitucionales expresamente reconocidas en favor de los funcionarios de carrera, perfectamente equiparadas con los términos y de conformidad con la legislación laboral ordinaria (Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras), con la única salvedad, de la atribución de jurisdicción y competencias designadas para la resolución de los conflictos o controversias, a lo cual nos referimos en el acápite siguiente.

Por otra parte, más allá del destacado aspecto literal que obra suficiente e irrefutable, a todo evento, recordamos que se trata de regímenes diferentes, y contrariamente a lo sostenido por los votos salvados y la citada doctrina administrativa, sostenemos que la estabilidad funcional (el procedimiento disciplinario) no resulta más garantista, pues no protege contra el traslado y la desmejora, mientras que la inamovilidad sí, al tiempo que, al encomendarse la calificación de la falta o desafuero a un tercero imparcial, y no al propio empleador, ostensiblemente el procedimiento por inamovilidad brinda mayor seguridad en favor del funcionario amparado.

Añadidamente, pero no menos importante, recordamos que, si la Ley ha concedido una protección adicional y especial a un funcionario de carrera por encontrarse en una especial situación, privarle de tal protección igualándolo a otro funcionario de carrera que no goza del mismo estatus consistiría en un evidente trato desigual, proscrito por el artículo 21 constitucional. Todo lo cual nos lleva a coincidir en este aspecto con el criterio mayoritario de la decisión en comentario.

3.2. Sobre el órgano con competencia o jurisdicción para el procedimiento de calificación de faltas o desafuero.

Procedimiento aplicable

Con relación al órgano con competencia y al procedimiento aplicable para los casos de inamovilidad de funcionarios, la sentencia en cuestión se pronuncia de la misma manera que dos fallos precedentes dictados por la misma Sala Constitucional⁶⁴, al entender como necesaria la verificación de un procedimiento administrativo de desafuero ante la inspección del trabajo.

Los votos salvados del fallo contrarían esta posición al indicar que resulta innecesario que dos autoridades públicas mediante dos procedimientos administrativos, intenten justificar, ante la comisión de una falta grave, el retiro de la Administración de un funcionario con un fuero especial, sometiéndolo al procedimiento tramitado ante las inspecciones del trabajo (establecido en la Ley Orgánica del Trabajo) y al mismo tiempo aplicarle el respectivo procedimiento disciplinario, pues atentaría contra la prohibición constitucional (artículo 49.7) de ser juzgado dos veces por los mismos hechos (*non bis in idem*).

De nuestra parte, coincidimos con la decisión del fallo en comentario en cuanto a la coexistencia de dos regímenes de protección y a la necesidad de que se verifique tanto el procedimiento disciplinario (interno) como el procedimiento de calificación de falta o de autorización para despedir (*rectius*: destituir); también estamos de acuerdo con uno de los votos salvados y con el criterio de SILVA BOCANEY, en cuanto a que tal decisión no puede corresponder a las inspecciones del trabajo, puesto que la misma Ley del Estatuto de

⁶⁴ TSJ/SC, sents. N.ºs 742 y 555, citadas *supra*.

la Función Pública prevé seguir la vía contencioso-administrativa funcional en estos casos.

Cabe aquí verificar el análisis sistemático de las citadas normas de los artículos 29 y 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, pues dichas normas acogen o remiten a la legislación laboral en cuanto a los regímenes de protección de la libertad sindical y la maternidad (que no es otra cosa que la protección de inamovilidad), empero, en ambos, para la tramitación y resolución de conflictos y controversias, atribuyen jurisdicción a los «tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo funcional».

El mismo Estatuto Funcional contempla un procedimiento especial (contencioso funcional) y atribuye jurisdicción y competencia a los tribunales funcionales para «conocer y decidir todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley». Sin embargo, y como para no dejar lugar a dudas, en las referidas normas de los artículos 29 y 32, redundante, atribuyendo competencia a esos mismos tribunales, para conocer de las controversias suscitadas en torno a la inamovilidad por fuero sindical y maternal.

Estas premisas nos llevan a entender que el Estatuto reconoce la protección, el privilegio, el fuero, y con ello, la necesidad del respectivo desfuero como requisito previo para proceder a la destitución, traslado o desmejora, pero sin que pueda atribuirse el conocimiento de dicho procedimiento a las inspectorías del trabajo, pues la Ley especial claramente atribuyó jurisdicción y competencia para ello a los tribunales con competencia en lo contencioso-administrativo funcional.

En tal sentido, observamos que en numerosas oportunidades tanto la Sala Constitucional como la Político-Administrativa y las cortes contencioso-administrativas han atribuido jurisdicción a los tribunales contencioso-administrativos para conocer y decidir los casos de retiro de funcionarios (de carrera o de libre nombramiento y remoción) amparados por algún fuero especial (sindical o maternal), en virtud de que los funcionarios no se rigen por la Ley Orgánica del Trabajo sino por la Ley del Estatuto de la Función Pública (y antes por la derogada Ley

de Carrera Administrativa), por lo cual el órgano con jurisdicción son los tribunales funcionariales y el procedimiento aplicable debe ser el previsto en esta⁶⁵. Siendo así, conforme a las normas invocadas y en aplicación del principio de paralelismo de las formas, resulta claro que, si las inspectorías no son competentes (ni tienen jurisdicción) para conocer de las solicitudes de reenganche o reincorporación (declaración de nulidad del acto de retiro) de los funcionarios que gozan de inamovilidad, tampoco, pueden tener jurisdicción ni competencia para conocer y decidir el procedimiento previo de calificación de falta, autorización de despido o desafuero. Dicha jurisdicción y competencia corresponde por expreso mandado legal a los tribunales contencioso-administrativo funcionariales. Esta propuesta, quizá, constituya el principal aporte que persiguen estas líneas.

En cuanto al procedimiento aplicable para el trámite de desafuero, existirían dos posibilidades: la primera, es entender que la atribución de competencia a los tribunales funcionariales no desvirtúa la aplicación del trámite procedimental previsto en la Ley laboral, en tanto las normas en comentario remiten a esta, y solo modifican el órgano con jurisdicción, sin hacer modificación del procedimiento. Otra alternativa sería considerar la aplicación del procedimiento judicial previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, y no el previsto en la Ley laboral, pues la Ley especial ha creado e impuesto un procedimiento único para todos los trámites jurisdiccionales. Obviamente, en esta segunda hipótesis existirían los inconvenientes propios de adaptar dicho procedimiento en ciertos aspectos, en tanto fue diseñado o concebido para actuar en contra de la Administración empleadora o sus actos, y no para que el empleador accione contra el funcionario. Con relación a las causales a ser calificadas, consideramos que, por tratarse de materia estatutaria, lo que debe discutirse tanto en el procedimiento disciplinario como en el procedimiento de desafuero, son las causales de destitución previstas en la Ley del Estatuto de la Función Pública, y no las causales de despido justificado de la legislación laboral.

⁶⁵ Ver, entre otras: TSJ/SC, sents. N.ºs 1076 y 789, citadas *supra*; TSJ/SPA, N.º 813, del 04-07-12; CPCA, sent. N.º 2003-3108, del 10-09-03.

3.3. Otros aspectos no resueltos por las decisiones analizadas

Siguiendo con la revisión de la decisión en comentario y otras similares, surgen otras dudas o cuestionamientos no resueltos hasta ahora por la jurisprudencia. Según indicamos en nuestro planteamiento de la problemática, presentaremos algunos de estos cuestionamientos, cuya resolución, en mucho, depende de que se acojan o no los criterios y propuestas antes formuladas. Veamos:

i. ¿Cuál de los dos procedimientos debe ejecutarse primero, el disciplinario o el de desafuero? Si entendemos, tal como se plantea en la decisión N.º 787/2007, que los funcionarios de carrera además de estabilidad también pueden gozar de un fuero de protección de inamovilidad, lo que daría lugar a que deban verificarse tanto el procedimiento disciplinario (interno) como el procedimiento de desafuero, cabe preguntarse el orden en que deben realizarse dichos procedimientos, existiendo incluso la posibilidad (material) de que se verifiquen paralelamente. Esto no ha sido discutido ni resuelto en las decisiones revisadas.

Consideramos que el orden lógico y legal sería realizar primero el proceso disciplinario previo, y en segundo lugar al procedimiento de desafuero. El procedimiento disciplinario propio del régimen de estabilidad funcional protege por igual a todos los funcionarios de carrera, es garantía de los principios constitucionales que rigen la función y actividad pública, y además, permite que la voluntad de la Administración se perfeccione a través de un trámite que garantice el derecho a la defensa, en tanto puede afectar los derechos e intereses de los funcionarios. Por ello, siempre que se pretenda el retiro (destitución) de un funcionario de carrera por razones disciplinarias habrá de cumplirse con el procedimiento previsto en la Ley del Estatuto de la Función Pública, y así formar válidamente la voluntad de la Administración empleadora.

Si, adicionalmente, el funcionario de carrera se encuentra en una especial situación que implica su protección o fuero de inamovilidad, para proceder a su retiro por razones disciplinarias, la Constitución o la Ley también exigen que la falta cometida sea constada previamente por un órgano (tercero) independiente e imparcial. Así, una vez formada legalmente la voluntad del empleador de destituir al funcionario, deberá acudir ante los tribunales

funcionariales para solicitar que se autorice dicha destitución, justificando las causales respectivas.

Tómese en cuenta que, si se trata de una desmejora (cambio de condiciones) o un traslado, no sería necesario un procedimiento disciplinario previo, sino la ejecución de los trámites contemplados en los planes de personal o reglamentos internos (si los hubiere), procediéndose directamente a formular la solicitud de autorización al tribunal funcional.

ii. Se limita el reconocimiento de la inamovilidad laboral a aquellas situaciones que tiene específica protección constitucional o ¿se extiende a otros casos previstos legalmente? Como hemos señalado, encontramos fundamento constitucional y legal (estatutario) para reconocer protección o fueros (sindical y maternal) en favor de los funcionarios de carrera, pero debe advertirse que la legislación laboral contempla la misma protección a otras especiales circunstancias en las que también puede ubicarse a los funcionarios, como ocurre con el fuero paternal, ya reconocido en decisiones de la Sala Constitucional y de la Sala Político-Administrativa⁶⁶, o la inamovilidad de los delegados de prevención regulados en la Ley Orgánica de Previsión, Condiciones y Medio Ambiente del Trabajo⁶⁷. Ese es uno de los aspectos que –por ahora– planteamos como simple inquietud.

iii. ¿El procedimiento de desafuero debe limitarse a los hechos y causales de destitución revisados en el procedimiento disciplinario? La complejidad

⁶⁶ Ver, entre otras: TSJ/SC, sent. N.º 964, citada *supra*; TSJ/SPA, sents. N.ºs 287, 1537 y 774, citadas *supra*.

⁶⁷ «Artículo 44.- El delegado o delegada de prevención no podrá ser despedido, trasladado o desmejorado en sus condiciones de trabajo, a partir del momento de su elección y hasta tres meses después de vencido el término para el cual fue elegido o elegida, sin justa causa previamente calificada por el inspector del trabajo, en concordancia con la Ley Orgánica del Trabajo. A partir de la fecha en que los trabajadores y trabajadoras o sus organizaciones notifiquen al inspector del trabajo la voluntad de elegir los delegados o delegadas de prevención, el conjunto de los trabajadores y trabajadoras de la empresa, centro de trabajo o unidad de producción en cuestión estarán amparados por la inamovilidad establecida en la Ley Orgánica del Trabajo...».

de tener que realizar dos procedimientos sobre la misma materia conlleva a otros cuestionamientos, como el aquí referido. Es posible que, luego de verificado el procedimiento disciplinario que determina la destitución, surjan nuevas circunstancias o se consigan nuevas pruebas, que impliquen hechos distintos a los que dieron lugar a la decisión de destituir, incluso, por causales distintas. Siendo que ya se ha tomado una decisión administrativa, pero en conciencia de la existencia de estos nuevos elementos, cabe preguntarse si los mismos pueden ser sometidos y conocidos en el procedimiento autorizador o de desafuero.

iv. ¿La destitución verificada previo cumplimiento de ambos procedimientos, estaría sujeta a nueva revisión jurisdiccional, o podría oponerse la cosa juzgada derivada del proceso previo de desafuero? Por último, como otra duda a resolver, mucho más compleja que las previas, nos planteamos los efectos de la cosa juzgada que derivaría de la decisión judicial que autorice la destitución. Tal destitución contaría con un soporte jurisdiccional previo, que posiblemente impediría su nueva revisión o impugnación judicial, cuando menos con relación a los motivos o causales de destitución ya revisados y declarados judicialmente. Sin embargo, es fácil imaginar otras razones para su impugnación, como la prescripción de la falta, o que la destitución se haya realizado por hechos o causales distintas a las «autorizadas», etc.

Posiblemente, estos planteamientos solo se resolverán sobre la marcha, y en caso de que se acoja la tesis de que el desafuero debe realizarse ante y por los tribunales contencioso-funcionariales.

Conclusiones

i. La Constitución y la Ley del Estatuto de la Función Pública reconocen los regímenes de protección de inamovilidad por fuero sindical y maternal en amparo de los funcionarios de carrera con prescindencia de que estos también gocen de un régimen de estabilidad.

ii. Los funcionarios de carrera que estén amparados por un fuero de inamovilidad, para ser destituidos, deben ser sujetos tanto del procedimiento disciplinario interno, como del procedimiento de desafuero.

iii. La inamovilidad que ampara a ciertos funcionarios, también implica su protección contra otros actos discriminatorios, como el traslado o desmejoras injustificadas.

iv. Por mandato de expresas normas estatutarias (artículos 29 y 32 de la Ley del Estatuto de la Función Pública) el procedimiento para el desafuero de los funcionarios amparados por inamovilidad corresponde a los tribunales con competencia contencioso-administrativa funcional.

Bogotá, enero de 2021

* * *

Resumen: El autor examina los regímenes de protección de inamovilidad aplicable a los funcionarios de carrera. Para tales fines reflexiona sobre la inamovilidad y la estabilidad funcional, sus semejanzas y diferencias, así como algunas decisiones judiciales que han tratado el tema. **Palabras clave:** Estabilidad laboral, inamovilidad, estabilidad funcional. Recibido: 05-02-21. Aprobado: 12-03-21.