



LA REPUBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
EN SU NOMBRE
EL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA

EN SALA CONSTITUCIONAL

Exp. N° 13-1225

MAGISTRADA PONENTE: CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

El 18 de diciembre de 2013, el abogado Alí Daniels, inscrito en el Instituto de Previsión Social bajo el N° 41.143, actuando con el carácter de apoderado judicial de la ciudadana **KARIN DEL VALLE OCHOA SIMANCAS**, titular de la cédula de identidad N° 11.412.841, presentó ante esta Sala acción de amparo constitucional contra la sentencia N° 2013-1071 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 13 de junio de 2013, que declaró con lugar la apelación ejercida por el referido abogado contra el fallo proferido por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital de fecha 22 de noviembre de 2010, anuló dicho fallo, y finalmente declaró parcialmente con lugar la querrela funcionarial ejercida contra el Ministerio Público, y en consecuencia, se ordenó el pago de todos los beneficios socioeconómicos dejados de percibir desde el 30 de septiembre de 2009, fecha en la que fue dictado el acto administrativo de remoción, hasta el 8 de agosto de 2010, fecha en la que cesó el reposo médico de la recurrente, por lo que se ordenó igualmente la realización de una experticia complementaria del fallo

El 20 de diciembre de 2013, se dio cuenta en Sala del presente expediente y se designó ponente a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.

En reunión del 5 de febrero de 2014, convocada a los fines de la reincorporación a la Sala del Magistrado Francisco Antonio Carrasquero López, en virtud de haber finalizado la licencia que le fue concedida por la Sala Plena de este máximo Tribunal para que se separara temporalmente del cargo, por motivo de salud, esta Sala quedó constituida de la siguiente manera: Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, Presidenta; Magistrado Antonio Francisco Carrasquero López, Vicepresidente; y los Magistrados Luisa Estella Morales Lamuño, Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, Arcadio Delgado Rosales y Juan José Mendoza Jover, según consta del Acta de Instalación correspondiente.

Mediante sentencia N° 416 del 14 de mayo de 2014, esta Sala solicitó a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que remitiera copia certificada del expediente contentivo de la querrela funcional instada por la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas contra el Ministerio Público, contenida en el expediente signado con el alfanumérico AP42-R-2013-000293, de la nomenclatura de ese órgano jurisdiccional.

El 14 de mayo de 2014, el abogado Alí Daniels, actuando con el carácter de apoderado judicial de la accionante, solicitó a esta Sala que se emitiera pronunciamiento sobre la admisión de la pretensión.

El 7 de julio de 2014, se recibió Oficio N° 2014-4993, anexo al cual la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, remitió la información solicitada por esta Sala el 14 de mayo de 2014.

El 16 de octubre de 2014, el abogado Alí Daniels, solicitó pronunciamiento en la presente causa.

Mediante sentencia N° 1406 del 22 de octubre de 2014, esta Sala se declaró competente para conocer la presente acción de amparo, admitió la misma y ordenó las notificaciones y citaciones pertinentes, con el fin de informar acerca de la fijación de la audiencia constitucional.

En reunión de Sala Plena del 11 de febrero de 2015, se eligió la nueva Junta Directiva del Tribunal Supremo de Justicia, quedando esta Sala Constitucional constituida de la siguiente forma: Magistrada Gladys Gutiérrez Alvarado, en su condición de Presidenta; Magistrado Arcadio Delgado Rosales, como Vicepresidente, y los Magistrados y Magistradas Francisco Antonio Carrasquero López, Luisa Estella Morales Lamuño, Marcos Tulio Dugarte Padrón, Carmen Zuleta de Merchán, y Juan José Mendoza Jover, ratificándose en la ponencia del presente caso a la Magistrada Luisa Estella Morales Lamuño.

Mediante diligencia del 18 de marzo de 2015, el abogado Ali Daniels, solicitó la continuación de la tramitación del presente amparo constitucional.

El 28 de mayo de 2015, el abogado Ali Daniels, consignó Informe Médico suscrito por el Doctor Jesús Dávila Pérez, “(...) *donde consta la continuación de las condiciones de salud de nuestra representada, así como los tratamientos farmacológicos que necesita (...)*”.

El 10 de junio de 2015, se fijó la celebración de la audiencia constitucional para el día jueves 18 de junio de 2015.

El 18 de junio de 2015, tuvo lugar la audiencia constitucional en el presente caso, ocasión en la que se dejó constancia de la presencia del abogado Alí Daniels, actuando en su condición de apoderado judicial de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas; de los abogados Zoraida Plaza La Cruz y Jesús Alexander Salazar, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 51.346 y 80.351, respectivamente, en representación del Ministerio Público, y de las abogadas Eneida Fernandes y Laurie Meneses, inscritas en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 79.059 y 181.135, respectivamente, en representación de la Defensoría del Pueblo; así como de la incomparecencia del Presidente de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

En esa oportunidad, la Sala declaró con lugar la acción de amparo propuesta, anuló la sentencia N° 2013-1071, dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 13 de junio de 2013 y ordenó a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo que dicte una nueva decisión conforme a lo que se establezca en el presente extenso.

El 13 de agosto de 2015, el abogado Ali Daniels, solicitó copia certificada del acta de la audiencia constitucional celebrada el 18 de junio 2015, y solicitó la publicación del extenso del fallo dictado en esa oportunidad.

El 23 de diciembre de 2015, se constituyó esta Sala Constitucional en virtud de la incorporación de los Magistrados designados por la Asamblea Nacional en sesión extraordinaria celebrada en esa misma fecha, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.816, del 23 de diciembre de 2015; en consecuencia, quedó integrada de la siguiente manera: Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, Presidenta; Magistrado Arcadio Delgado Rosales, Vicepresidente; y los Magistrados y Magistradas Carmen Zuleta de Merchán, Juan José Mendoza Jover, Calixto Antonio Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson.

El 28 de enero de 2016, se reasignó la ponencia del caso a la Magistrada Doctora Carmen Zuleta de Merchán, quien con tal carácter suscribe la presente decisión.

Revisada la demanda y los recaudos que la acompañan, pasa esta Sala a emitir pronunciamiento, previas las siguientes consideraciones:

I

DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONSTITUCIONAL

El apoderado judicial de la accionante expresó en apoyo a la pretensión de tutela constitucional los siguientes argumentos:

Luego de esgrimir algunas consideraciones previas sobre el estado de salud de la accionante, concretamente a sus dolencias diagnosticadas como *“Síndrome Cervico Braquial; Cervico Cefálico y Síndrome Vestibular Bilateral Mixto Deficietario de Tipo Central, lo cual genera trastornos en la marcha y el equilibrio por constantes mareos y dolores de cabeza”*, el apoderado judicial de la accionante, manifestó que *“(…) en el escrito libelar se señaló expresamente que la reincorporación al cargo no se pretendía para el ejercicio del mismo dada la existencia de dolencias incapacitantes (sic) de nuestra accionante, sino para disfrutar del ejercicio de los derechos que se derivarían de su condición de funcionaria del Ministerio Público, y que le permitirían sobrellevar mejor sus dolencias al tener un régimen de seguridad social más beneficioso que el dado por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales; y en segundo lugar, que en virtud de la relación funcional restaurada a consecuencia de la declaratoria de nulidad del acto de remoción y retiro, se sometiese a nuestra representada a los procedimientos correspondientes para determinar su encuadramiento dentro de los supuestos establecidos para el otorgamiento de la pensión de invalidez establecida a favor de los funcionarios del Ministerio Público”*.

Que *“(…) lo fundamental de nuestra denuncia de la sentencia de primera instancia es que la misma obvió completamente el hecho de que nuestra representada al CUARTO MES de estar de reposo ya tenía el derecho a que el Ministerio Público iniciara los trámites para determinar si estaba incapacitada o no, y a pesar de ello, esperó más de un año para luego decidir su remoción y retiro. Todo ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 140 del Estatuto de Personal del Ministerio Público”*.

Que *“(…) mucho antes de la decisión que la separó del Ministerio Público, nuestra representada ya tenía el derecho a que dicha institución le protegiera su integridad física y su derecho a la salud a través del régimen establecido para los funcionarios que prestan sus servicios a esa dependencia. Siendo así debió prevalecer esta obligación sobre la decisión de su desincorporación, pues ante tal circunstancia debe preponderar la protección del derecho social que corresponde, en este caso el de la salud, dada la continuidad y falta de remisión de la enfermedad de nuestra representada”*.

Que *“(…) la Corte omite señalar que el acto que declaró la incapacidad siguió estrictamente la continuidad de los reposos expedidos y fue directa consecuencia de los mismos, de modo que no es cierto lo indicado por ese órgano jurisdiccional en el sentido de que la declaración de incapacidad no menciona desde cuando se generó la misma en razón de que dicha incapacidad se produjo exactamente por las mismas razones que originaron los reposos”*.

Que *“(…) invocamos a favor de nuestra representada la interpretación pro homine y progresista de esa Sala en protección de los derechos de los funcionarios públicos en casos de controversia o conflicto entre el ejercicio de una potestad administrativa y un derecho social, debiendo prevalecer este último, y en tal sentido pasamos a citar lo dispuesto en el caso de OLGA FORTOUL DE GRAU, en donde la Sala estimó que ante una*

decisión de desincorporación y la posibilidad de jubilación de una funcionaria, debía optarse por esta última vía, en virtud de carácter social”.

Denunció la violación del derecho a la salud, alegando que “(...) nuestra mandante se encontraba en una situación que la hacía sujeto de protección por parte del Estado, y que el mismo no solo debía limitarse a la mera recepción de los certificados de incapacidad, sino que estaba obligado a tomar todas las medidas pertinentes para que pudiera respetarse el derecho a la salud de la misma. Así, por ejemplo, con la remoción y retiro de nuestra representada se le privó del disfrute de la póliza de hospitalización y maternidad que corresponde a los funcionarios del Ministerio Público y con ello se le violó de forma flagrante y grosera su derecho a la salud”.

Que “(...) con la declaratoria definitiva de incapacidad, se establece un mandato para el patrono del ciudadano objeto de tal declaratoria de protección del mismo para que se resguarda (sic) su salud mediante el pago de la pensión correspondiente, al negársele tal posibilidad a nuestra representada, también se afectó su derecho a la salud, y así respetuosamente solicitamos sea declarado”.

Que “(...) el derecho a la salud, implica que el Estado tiene el deber de intervenir, es decir, que dicho derecho no está sujeto o condicionado a actividad alguna por parte del funcionario, sino que es el Estado el obligado a remover todos los obstáculos que existan para que el mismo pueda disfrutar de dicho derecho y siendo así, si se dan los requisitos para que un funcionario se encuentre entre los supuestos para acceder a una pensión de incapacidad entonces es el Estado el llamado a realizar las gestiones necesarias para remover los obstáculos que impidan la obtención de ese beneficio”.

Que “[I]o expuesto es ratificado por lo establecido en el numeral 13 del artículo 33 del Reglamento Interno que Define las Competencias de las Dependencias que Integran el Despacho del Fiscal General de la República establecido mediante Resolución N°: 478 de fecha 03 de Junio de 2008, emanada del Despacho de la Fiscal General (...), y publicada en la Gaceta oficial N°: 38.945 de fecha 04/Junio/2008...”.

Que “(...) nuestra argumentación es soportada no sólo por las sentencias de esta honorable Sala Constitucional sino que además son respaldadas por la propia normativa emanada de la Fiscalía General de la República que expresamente señala que es obligación del servicio médico de esa institución el dar cuenta a la Dirección de Recursos Humanos de la misma de los reposos que excedan de cuatro meses para tomar las acciones conducentes al trámite del otorgamiento de la pensión de incapacidad de ser el caso, situación plenamente aplicable al caso de Karin del Valle Ochoa Simancas, a quien, en contra de esta disposición se le pretendió dar la carga de iniciar los trámites de un procedimiento que la propia Fiscal General señala que es de la incumbencia de los órganos antes mencionados”.

Que “[I]o expuesto debe ser así, por simple y elemental lógica, pues no tiene sentido colocar la carga de la iniciativa del procedimiento para la obtención de la pensión de incapacidad en manos de paciente (sic), sobre todo en aquellos casos donde se haya perdido la conciencia o el nivel de discernimiento esté seriamente afectado, con lo cual

quedaría entonces sin protección alguna el funcionario en virtud de la propia discapacidad por la que precisamente debe ser protegido para (sic) el Estado”.

Delató la violación del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva por parte de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, manifestando que “(...) uno de los alegatos fundamentales del recurso de apelación y del recurso contencioso funcional originalmente ejercido, fue el derecho que asistía y asiste a nuestra representada de acceder al régimen de seguridad social que tienen los funcionarios del Ministerio Público, y el dispositivo de ese órgano jurisdiccional se limitó a establecer que nuestra mandante era un funcionario (sic) de libre nombramiento y remoción y que por tal motivo el acto de remoción y retiro estaba ajustado a derecho y que los efectos del mismo debían relegarse hasta el vencimiento del último de los certificados de incapacidad, sin pronunciarse sobre la obligación que tenía el Ministerio Público de proceder a declarar la incapacidad de nuestra representada a partir del cuarto mes en que estuvo bajo reposo. Este silencio de uno de los elementos fundamentales puestos bajo el conocimiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y resulta en una flagrante violación del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva por cuanto éstos no se satisfacen única y exclusivamente accediendo a la jurisdicción y obteniendo una resolución motivada y fundada en derecho, sino que además es necesario, que dicha resolución atienda sustancialmente al objeto de las pretensiones formuladas y probadas por las partes, de forma que ésta ofrezca una respuesta coherente de todo lo que ha sido planteado en el proceso, lo cual, como quedó expuesto no ocurrió en el presente caso (...)”.

Refirió que la sentencia violentó el derecho a la protección de la maternidad de la accionante, argumentando que “[c]onsta en los diferentes informes médicos que reposan en el expediente de nuestra representada que desde el mes de febrero de 2010 se encontraba embarazada y por los mismos su régimen de atención médica hubo de ser adecuado en protección del niño que finalmente dio a luz el 29 de septiembre de 2010, con lo cual resulta obvio que para la fecha en que la sentencia de la Corte Primera le otorga efectos a la Resolución de remoción y retiro, esto es, el 8 de agosto de 2010, nuestra mandante se encontraba protegida por el fuero maternal establecido en el artículo 76 de la Constitución (...)”.

Que “(...) complementariamente al derecho a la salud violentado por el dispositivo antes indicado, también surge la omisión de pronunciamiento sobre el fuero maternal constitucionalmente protegido (...)”.

Finalmente, solicitó a esta Sala “(...) deje sin efectos la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo antes descrita y ordene al Ministerio Público inicie el procedimiento correspondiente para la incorporación de nuestra mandante al régimen de seguridad social de los funcionarios de dicha institución y en consecuencia se le otorga (sic) la pensión de incapacidad establecida en el Estatuto de Personal del Ministerio Público”.

DE LA OPINIÓN DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

El 18 de junio de 2015, las abogadas Eneida Fernandes y Laurie Meneses, actuando en representación de la Defensoría del Pueblo, consignaron opinión acerca del presente caso, con base en lo siguiente:

Que el objeto del presente amparo constitucional “(...) *es determinar si a la hoy accionante, se le quebrantó su derecho a la seguridad social, específicamente en lo atinente a la discapacidad, a consecuencia de las múltiples afecciones que quebrantaron su salud, cuando fue removida, estando de reposo (...)*”.

Que “(...) *en el presente caso quedó plenamente demostrado, tanto en primera instancia como en segunda instancia; que la ciudadana **KARIN DEL VALLE OCHOA SIMANCAS** (...) fue removida y retirada de su cargo el 30 de septiembre de 2009, cuando se encontraba de reposo, así se desprende del Certificado de Incapacidad emitido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, que avaló el reposo médico a partir del 16 de septiembre de 2009, hasta el 6 de octubre de 2009, debiendo reintegrarse al trabajo el 7 de octubre de 2009 (sic)*”.

Que “(...) *quedó demostrado que para la fecha la accionante tenía un número de reposos mayor al exigido por la norma, los cuales certificados (sic) por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, otorgándole la certeza necesaria para considerarlos válidos. Ahora bien, es importante para esta Representación Defensorial traer a colación que el hecho de que la condición de dicha funcionaria era de libre nombramiento y remoción no significa, que la misma pueda ser removida de su cargo bajo cualquier circunstancia sin tener en cuenta sus constitucionales (sic), para el caso el derecho a la seguridad social, ya que si así fuera ninguno de los funcionarios que ostenta dicha condición gozaría de beneficios sustentados por las normas como son los fueros, las jubilaciones y las pensiones. El significado de ‘libre nombramiento y remoción’, descrito en las normas funcionariales hace alusión a la condición de un funcionario que permite removerlo de su cargo en ausencia de un procedimiento administrativo, lo cual no implica que dicha remoción pueda ser llevada a cabo cuando un funcionario se encuentra amparado por una de las condiciones antes descritas*”.

Que “(...) *en virtud de la situación delicada de salud de la ciudadana **KARIN DEL VALLE OCHOA SIMANCAS**, el derecho que asistía era reconocerle su derecho a la pensión de invalidez por parte del Ministerio Público. Razón por la cual, la Defensoría del Pueblo como tercero parcial debe recomendar a la Sala constituir el derecho a la seguridad social de la ciudadana antes mencionada y por lo tanto otorgarle la pensión de capacidad, y así solicitamos sea declarado*”.

Que “[a]demás, *se debe enfatizar que la accionante cuenta con una Certificación de Incapacidad Residual, emitido por la Comisión Nacional de Evaluación de Incapacidad Residual, Dirección Nacional de Rehabilitación y Salud en el Trabajo, del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, del Ministerio del Poder Popular para el Trabajo y la Seguridad Social, que determinó en fecha 27 de abril de 2010, la pérdida de la capacidad*

para el trabajo de un sesenta y siete por ciento (67%), de la hoy accionante. Por ello, se hace imperiosa la adjudicación de una pensión de incapacidad, pues constituye un derecho enmarcado dentro de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

*Que “[e]n consecuencia en el presente caso debe prevalecer el derecho a la seguridad social, toda vez que la accionante está en imposibilidad para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la incapacidad que tiene la ciudadana **KARIN DEL VALLE OCHOA SIMANCAS**”.*

Finalmente, solicitaron lo siguiente:

PRIMERO: Agregue a los autos el presente escrito, previa su lectura.

SEGUNDO: Recomendamos que en el presente caso debe prevalecer el derecho a la seguridad social que le asiste a la ciudadana **KARIN DEL VALLE OCHOA SIMANCAS**.

III

DE LA SENTENCIA OBJETO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

El acto jurisdiccional cuestionado a través de la presente acción de amparo constitucional lo constituye la sentencia n.º 2013-1071 dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 13 de junio de 2013, que declaró (i) Su competencia para conocer de los recursos de apelación ejercidos por los abogados Eira María Torres Castro, actuando con el carácter de apoderada judicial del Ministerio Público y por el abogado Alí Daniels, actuando con el carácter de apoderado judicial de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2010 por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo, que declaró parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo funcional ejercida; (ii) Con lugar el recurso de apelación interpuesto por el abogado Alí Daniels, actuando con el carácter de apoderada judicial de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas; (iii) Anuló el fallo apelado; (iv) innecesario pronunciarse sobre los demás alegatos expuestos por la representación de la parte querellante; (v) Inoficioso pronunciarse en relación al recurso de apelación ejercido por la representación judicial del Ministerio Público, y (vi) Parcialmente con lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por el apoderado judicial de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas; en consecuencia, se ordenó el pago de todos los beneficios socioeconómicos dejados de percibir desde el 30 de septiembre de 2009, fecha en la que fue dictado el acto administrativo de remoción, hasta el 8 de agosto de 2010, fecha en la que cesó el reposo médico de la recurrente, por lo que se ordenó igualmente la realización de una experticia complementaria del fallo. Para fundamentar su decisión, el órgano colegiado estableció:

Determinada la competencia de esta Corte para conocer de los recursos de apelación interpuestos, se pasa a decidir los mismos en los términos siguientes:

En el presente caso, se observa que el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, declaró Parcialmente Con Lugar el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto, expresando que, ‘... resulta inoficioso ordenar al organismo querellado cumplir con lo establecido en el artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, respecto a que sea ordenado al Servicio Médico del Organismo o al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales o a una Junta Médica que determine el estado real de salud de la recurrente, pues ya el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales determinó la incapacidad y otorgó la pensión a la actora; igualmente resulta improcedente la reincorporación de la recurrente en el organismo querellado, por cuanto se encuentra como antes se advirtió incapacitada para el trabajo, sin embargo (sic), en virtud que la actora fue retirada del organismo estando de reposo médico y sin que se cumpliera el procedimiento antes indicado, se ordena el pago de los salarios dejados de percibir desde el retiro hasta el siete (07) de agosto de dos mil diez (2010), fecha en la cual culminó el último reposo que fue consignado a los autos y que corre inserto al folio ciento sesenta y cinco (165). Así se declara...’.

Al respecto, en el escrito de formalización del recurso de apelación la parte querellada (sic) alegó que el fallo apelado adolece del vicio de incongruencia negativa, toda vez que, ‘... el sentenciador debe limitar su decisión a lo alegado y probado para acatar el principio positivo y a su vez pronunciarse sobre todo lo alegado para cumplir con el otro principio procesal aplicable como lo es el de exhaustividad. La recurrida incurre en el mencionado vicio cuando omite pronunciarse sobre los elementos de convicción aportados y los alegatos expuestos en la demanda de nulidad que evidenciaban la manifiesta nulidad absoluta del acto impugnado. Con ello, el juzgador de la primera instancia omitió en su pronunciamiento todo cuanto se refiere al verdadero fondo del asunto reflejado en la pretensión de la accionante al ser removida y retirada de su cargo como Fiscal del Ministerio Público a pesar de estar bajo reposo y padecer una grave afección de salud...’. Asimismo, alegó la configuración del vicio de incongruencia positiva, ‘... al agregar elementos ajenos a la causa, incurriendo de esa manera en el vicio de incongruencia positiva, lo cual ocurre cuando el a quo modifica el objeto de la pretensión, agregando elementos ajenos a la trabazón de la litis, (...) una sentencia que no considera la completa subsunción de los elementos fácticos en los supuestos de hecho de la norma, incumple claramente con las exigencias requeridas por la jurisprudencia reiterada del máximo tribunal...’. Por último mencionó que en la sentencia recurrida se encuentra también el vicio de falso supuesto, dada la errada interpretación que a un hecho ajeno al thema decidendum de la causa dio el Juzgado A quo.

Por su parte, la Apoderada Judicial del Ministerio Público, en el escrito de contestación a la fundamentación de la apelación presentada por la querellante señaló que con relación al vicio de incongruencia negativa alegado, ‘... se observa que la sentencia apelada no contiene consideraciones implícitas ni sobreentendidas, es cierta, efectiva y verdadera, sin lugar a dudas, no contiene incertidumbres, insuficiencia, oscuridades, ni ambigüedades (...) la sentencia fue clara, precisa y congruente en relación a cada uno de los alegatos expuestos por la querellante, al disponer que, siendo que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales había determinado la incapacidad para trabajar de la ciudadana **KARIN DEL VALLE OCHOA SIMANCAS**, y en consecuencia, le otorgó la pensión de invalidez, no resulta procedente su reincorporación al Ministerio Público, ni su sometimiento a la evaluación por parte del Servicio Médico de la Institución, considerando que ya el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales determinó su situación...’

Por otra parte el Ministerio Público en cuanto al vicio de incongruencia positiva mencionó que, ‘... dicho alegato es formulado de manera genérica, sin mencionar cuáles son esos elementos que en consideración de la parte querellante fueron considerados por el A-quo, a pesar de ser ajenos a la litis, en virtud de lo cual, solicito respetuosamente que dicho alegato sea desestimado...’; finalmente expresó en su escrito de contestación de la fundamentación de la apelación que la parte querellante expuso que la sentencia recurrida está viciada de falso supuesto, al respecto manifestó que; ‘...sustento dicho vicio en la jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, referida al vicio de falso supuesto que puede recaer sobre ‘los actos administrativos’, que no guarda relación con el vicio que puede acarrear la nulidad de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con los artículos 12 y 243 ordinal 5º, eiusdem, en virtud de lo cual, dicha denuncia fue formulada erróneamente por la apelante...’.

En primer término, con relación a los vicios alegados por la parte querellante, esta Corte observa que el ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, prevé lo siguiente:

Omissis

Expuesto lo anterior, esta Corte considera oportuno citar la motivación expuesta por el Juzgado A quo en relación con el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto y a tal efecto se observa lo siguiente:

‘... De dichos soportes y documentos, específicamente de los reposos médicos, este Juzgado determinó en la oportunidad de proveer la medida cautelar solicitada, que para el momento en que fue dictado el acto administrativo, así como para la fecha en que dicho acto se entendió

notificado de conformidad con el artículo 76 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos la recurrente se encontraba de reposo médico, por lo que el acto no podía surtir efectos sino hasta una vez culminado dicho reposo médico, no obstante cabe advertir que tal circunstancia no invalida el acto administrativo. Así se decide.

Omissis

Siendo ello así, resulta inoficioso ordenar al organismo querellado cumplir con lo establecido en el artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, respecto a que sea ordenado al Servicio Médico del Organismo o al Instituto Venezolano de los Seguros Sociales o a una Junta Médica que determine el estado real de salud de la recurrente, pues ya el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales determinó la incapacidad y otorgó la pensión a la actora; igualmente resulta improcedente la reincorporación de la recurrente en el organismo querellado, por cuanto se encuentra como antes se advirtió incapacitada para el trabajo, sin embargo (sic), en virtud que la actora fue retirada del organismo estando de reposo médico y sin que se cumpliera el procedimiento antes indicado, se ordena el pago de los salarios dejados de percibir desde el retiro hasta el siete (07) de agosto de dos mil diez (2010), fecha en la cual culminó el último reposo que fue consignado a los autos y que corre inserto al folio ciento sesenta y cinco (165). Así se declara....’.

Al respecto, cabe destacar que el Juzgado A quo realizó un análisis de la situación jurídica presentada, haciendo referencia en primer lugar al padecimiento de enfermedades por la parte actora; por otra parte mencionó las pruebas aportadas durante el proceso; explicó la normativa jurídica establecida en la Ley de Carrera Administrativa, así como el Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa y la Ley del Seguro Social, posteriormente efectuó un análisis del Estatuto de Personal del Ministerio Público, haciendo en consecuencia referencia a los artículos 97 y 140 del supra mencionado Estatuto de Personal, relativo a las situaciones de incapacidad consideradas por el Ministerio Público, así como que se debe recibir una pensión de invalidez, en los montos que se acuerden en el Estatuto, siempre y cuando sufre enfermedad o accidente grave que la dejara incapacitada para el cumplimiento de sus labores y finalmente explicó que resultaba inoficioso ordenar al organismo querellado cumplir con lo establecido en el artículo 62 del Reglamento General de la Ley de Carrera Administrativa, toda vez que ya el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales determinó la incapacidad y otorgó la pensión a la actora, por lo que ordenó el pago de salarios dejados de percibir desde el retiro, hasta el último reposo, en virtud que, la querellante fue retirada del organismo estando de reposo médico.

Por otra parte, el Juzgado A quo indicó que resultaba inoficioso entrar al análisis de cualquier otra denuncia.

Ahora bien, a los fines de determinar si el Juzgado A quo incurrió en el vicio de incongruencia negativa, por omitir el debido pronunciamiento sobre alguno de los alegatos de las partes, considera oportuno esta Corte mencionar el petitorio de la parte querellante, el cual en primer término solicitó la declaratoria de nulidad total del acto administrativo y el oficio de notificación, que se ordenara la reincorporación inmediata en el cargo de Fiscal del Ministerio Público, que una vez reincorporada solicitó se ordenara al Ministerio Público tramitar lo conducente a objeto de verificar la procedencia o improcedencia del otorgamiento de la pensión de incapacidad, por último el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

En tal sentido, esta Corte considera necesario traer a los autos lo dispuesto en el artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone:

Omissis

De lo anterior, puede observar este Órgano Jurisdiccional que el Juzgado A quo limitó su decisión al hecho cierto de que el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales pensionó a la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, hecho el cual no debía ser debatido, por cuanto no fue un alegato o una solicitud de la parte querellante, de igual forma no emitió pronunciamiento respecto a ninguna de las peticiones efectuadas por la actora, por cuanto no se pronunció respecto a si el acto administrativo de remoción y retiro era violatorio de derechos constitucionales que fueran merecedores de la declaratoria de nulidad, ni tampoco sobre la procedencia o no de la pensión de incapacidad por parte del Ministerio Público, incurriendo de esta forma en el vicio de incongruencia negativa. Así se decide.

Así, una vez comprobada la falta de pronunciamiento del Juzgado A quo, en señalamientos efectuados por la parte recurrida, considera esta Corte que efectivamente se materializó en el fallo impugnado el vicio de incongruencia negativa alegado, de allí que esta Corte declara CON LUGAR el recurso de apelación ejercido en fecha 21 de noviembre de 2012, por el Abogado Alí Daniels, actuando con el carácter de Apoderado Judicial por la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, y en consecuencia ANULA el fallo de fecha 22 de noviembre de 2010, del Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la emanado (sic) Circunscripción Judicial de la Región Capital. Así se decide.

En virtud de la revocatoria del fallo objeto de estudio, considera innecesario esta Corte pronunciarse sobre los demás alegatos expuestos por la representación de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, así como inoficioso pronunciarse en relación al recurso de apelación ejercido por la representación judicial de la Apoderada Judicial del Ministerio Público. Así se decide.

Revocado como ha sido el fallo dictado por el Juzgado de Instancia, conforme a lo ordenado en el artículo 209 del Código de Procedimiento Civil, debe esta Corte entrar a conocer del fondo del recurso contencioso administrativo funcional interpuesto, para lo cual se observa lo siguiente:

En este sentido observa este Órgano Jurisdiccional que la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, solicitó la declaratoria de nulidad del ‘...Acto Administrativo constituido por la **Resolución N° 888 del 30/09/2009** (sic), emanado del Despacho de la Fiscal General de la República, mediante el cual se resolvió REMOVER Y RETIRAR CONJUNTA Y SIMULTÁNEAMENTE, y en un solo acto, del cargo de Fiscal Provisorio, adscrito a la Fiscalía Septuagésima Primera del Ministerio Público (...), así como también, ‘...la nulidad del Acto Administrativo constituido por el Oficio N° DSG-48.991 fecha 30 de Septiembre de 2009, emanado de la Fiscal General de la República, mediante el cual se notifica el acto administrativo arriba indicado...’

Por su parte, la representación judicial del Ministerio Público, destacó que la recurrente ‘...no ingresó a la carrera de los Fiscales del Ministerio Público y por ende, no gozaba de estabilidad alguna, razón por la cual, la Fiscal General de la República en virtud de su potestad estatutaria podía retirarle del cargo de Fiscal del Ministerio Público, las cuales sirvieron de motivación al acto impugnado...’.

Precisado lo anterior, y a los fines de dilucidar lo requerido por la recurrente ut supra, observa esta Corte que la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, mediante Resolución N° 888, fecha 30 de septiembre de 2009, fue removida y retirada del cargo de Fiscal Provisorio, adscrita a la Fiscalía Septuagésima Primera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

En ese contexto, el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prescribe que los cargos de los órganos de la Administración Pública son de carrera, exceptuándose los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obreros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que determine la Ley. Asimismo, estatuye la disposición constitucional que el ingreso de los funcionarios públicos a los cargos de carrera será por concurso público, fundamentado en principios de honestidad, idoneidad y eficiencia, siendo que el ascenso estará sometido a métodos científicos basados en el sistema de méritos, y el traslado, suspensión o retiro será de acuerdo con su desempeño.

Conforme a la norma constitucional señalada, se prevé como requisito ineludible para el ingreso a la carrera funcional, la selección de los empleados públicos como consecuencia de haber resultado ganador del correspondiente concurso público, razón por la cual se debe advertir que de

no realizarse el concurso al cual expresamente alude la norma en comentario, mal podría pretenderse la condición de funcionario de carrera.

Asimismo, cabe destacar que es en razón de lo anterior que subyace el derecho a la estabilidad, por cuanto de acuerdo a lo establecido en la Exposición de Motivos de la Constitución Nacional de la República Bolivariana de Venezuela, se establece como principio general que los cargos de la Administración Pública son de carrera, sólo excepcionalmente se excluyen ciertos cargos de la carrera administrativa.

Este principio justifica su existencia en la necesidad de que los funcionarios públicos además de dirigir su actuación a servir al Estado y al ciudadano, sean el pilar fundamental para lograr el funcionamiento de la Administración Pública de forma eficiente, eficaz, moderna y estable, de manera que los derechos y deberes de los funcionarios públicos con miras a obtener tales fines no deben ser relajados a voluntad.

Así, la carrera administrativa tiene justificación lógica y asidero jurídico, no sólo para darle protección a los funcionarios públicos a través del derecho a la estabilidad, que también está consagrado constitucionalmente sino además para garantizar por un lado, la profesionalización de los funcionarios públicos, lo cual va de la mano con la eficiencia y eficacia de la Administración Pública, en beneficio de toda la colectividad.

Así, se tiene que los cargos de la Administración Pública son por regla general de carrera, siendo los cargos de libre nombramiento y remoción la excepción a dicha regla.

En ese orden, es menester indicar lo que prevé el artículo 35 del Estatuto de Personal del Ministerio Público, el cual es del tenor siguiente:

‘Artículo 35. En caso de falta absoluta de un determinado Representante del Ministerio Público, que no sea de los señalados en los artículos precedentes, el Fiscal General de la República convocará al suplente respectivo, según el orden de su designación, quien permanecerá en el cargo hasta tanto se provea la vacante, para lo cual deberá abrirse el concurso correspondiente, dentro de los quince días (15) continuos siguiente a aquél en que se produzca la falta absoluta. En caso de la creación de nuevos cargos de ese nivel, el Fiscal General de la República designar a un Fiscal Interino, hasta que se produzca el concurso respectivo’.

Así, el aludido artículo ut supra, prevé la designación de fiscales de manera provisoria o interina para ocupar cargos recién creados, hasta que se realice el respectivo concurso, lo que pudiera denotar el derecho permanecer en el cargo hasta tanto se cumpla el requisito mencionado a los fines de proveer el mismo de titular, sin embargo, en una investigación correlacionada con la norma constitucional en referencia, se concluye que alguna consideración en

ese sentido desvirtuaría el modelo funcional de carrera que rige en el país, ya que permitiría el reconocimiento de un derecho exclusivo de los funcionarios de carrera, como lo es la estabilidad en el cargo de un empleado público que no ha adquirido dicha condición, razón por la cual debe concluirse que del mencionado dispositivo normativo, no puede desprenderse el derecho a estabilidad alguna.

Dentro de la problemática planteada en el caso bajo análisis, deviene necesario citar la sentencia dictada por este Órgano Sentenciador N° 2007-1768 de fecha 27 de julio de 2007, (caso: Gabriela Elena Flores Elías vs. Fiscalía General de la República), en virtud de la cual precisó lo siguiente:

‘Así, dentro del Ministerio Público, de modo particular, significa que la persona designada estará ocupando el cargo otorgado hasta tanto sean realizadas las gestiones para el eventual ingreso a la carrera administrativa mediante la figura del concurso público previsto en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, entiende la Corte que una designación o nombramiento para ocupar un cargo público puede ser de carácter provisional y de carácter definitivo (con vocación de permanencia): i) en el primer caso, se trataría de aquellas designaciones o nombramientos los cuales se han dictado y materializado por la sola voluntad unilateral de la autoridad jerárquica con competencia para ello, sin que se haya cumplido con los requisitos establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes, para considerar que se ha ingresado a un cargo público con estatus de funcionario de carrera y, por tanto, titular del derecho a la estabilidad respectiva. Es decir, en estos casos, fundamentalmente no ha mediado ni superado el funcionario el concurso público de oposición, ni nombramiento dictado con posterioridad a la superación del referido concurso, ni superación del período de prueba respectivo, o algún requisito de ley adicional, para considerar que hubo un ingreso mediante nombramiento con carácter definitivo (con vocación de permanencia). En consecuencia, los efectos de este tipo de designaciones están limitados en el tiempo, y dependerán de la respectiva autoridad administrativa competente, es decir, hasta tanto ella misma decida unilateralmente y potestativamente modificar su decisión por considerar que así lo requiere la Institución. Es decir, en ejercicio de la misma potestad organizativa y disciplinaria de la autoridad jerárquica que ostenta la competencia, se designa, se remueve y sustituye por otro funcionario ii) En el segundo de los casos, esto es las designaciones o nombramientos con carácter definitivo (con vocación de permanencia en el cargo), se trataría de aquellos actos dictados por la autoridad jerárquica con competencia para ello, una vez que se han cumplido todos los requisitos exigidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la Ley para ingresar a la Administración Pública a un cargo de carrera, con el estatus de funcionario de carrera, es decir, superar el concurso de oposición, ser designado una vez superado el concurso, y

superar el período de prueba respectivo, de lo cual debe dejarse constancia por escrito, la cual puede consistir en la superación de la evaluación respectiva y demás exámenes requeridos o en la manifestación concreta mediante acto administrativo, que consista en la constancia de haber superado la referida etapa de prueba una vez efectuada la evaluación indicada. Este tipo de designación no depende únicamente de la voluntad de la autoridad jerárquica competente para designar, y sus efectos permanecerán en el tiempo hasta tanto se incurra en algunas de las causales de retiro establecidas en la Ley...’.

Así, advierte esta Corte que los funcionarios de carrera son aquellos que gozan principal y exclusivamente del derecho a la estabilidad en el desempeño de sus funciones, lo cual se traduce en que sólo podrán ser separados legítimamente de sus cargos por las causas establecidas expresamente en la Ley como causales de destitución. En sentido contrario, los funcionarios de libre nombramiento y remoción, tal como lo indica su condición, si bien disfrutan de los derechos que le son comunes tanto para unos como para otros, verbigracia, derechos al descanso, a las remuneraciones correspondientes, a los permisos y licencias, etc., al propio tiempo, están excluidos del régimen preferencial que solamente se reconoce para los funcionarios denominados como de carrera, vale decir a manera de ejemplo, la estabilidad en el cargo, la cual no se reconoce para los catalogados como de libre nombramiento y remoción.

De tal forma, queda claramente establecido que el funcionario de carrera, el cual lo es, dado el cumplimiento de determinados requerimientos legales y en atención a la naturaleza del cargo que ejerza, goza de plena estabilidad en el ejercicio de su labor, estabilidad que es de tal trascendencia y significación que constituye precisamente, la diferencia fundamental que los distingue del funcionario de libre nombramiento y remoción.

Aplicando las anteriores consideraciones al caso de autos, aprecia esta Corte que la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, no adquirió la condición de funcionario de carrera como Fiscal del Ministerio Público, toda vez que para ello debía cumplir con el debido concurso público, único medio por el cual, en sintonía con lo establecido en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, podía ingresar legítimamente a la función pública y con ello adquirir, como se observó con anterioridad, su derecho a la estabilidad según el cual no podría ser removida de su cargo sino como consecuencia de las causales taxativamente establecidas en la Ley, y previo la sustanciación del debido procedimiento administrativo previamente señalado.

Sumado a lo anterior, por cuanto en el caso de autos el ingreso de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, obedeció a una designación o nombramiento que fue dictada y materializada por la sola voluntad unilateral de la autoridad jerárquica con competencia para ello, sin que conste en autos

que dicha designación se haya efectuado a través de un concurso, y visto igualmente, que la situación laboral de la recurrente no fue en forma alguna regularizada una vez entrado en vigencia el Estatuto del Personal del Ministerio Público así como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ambos en el año 1999, para considerar que se ha ingresado a un cargo público con estatus de funcionario de carrera y, por tanto, titular del derecho a la estabilidad respectiva, es razonable para esta Corte considerar que la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, no puede ser considerada como una funcionaria de carrera fiscal, tal como lo pautan las normas constitucionales y estatutarias actuales. En consecuencia, entiende esta Corte que la misma, a la fecha de su remoción, ostentaba la condición de funcionario de libre nombramiento y remoción, y por ende podía ser removida del cargo de Fiscal Provisorio, adscrita a la Fiscalía Septuagésima Primera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Así se decide.

Igualmente, debe aclarar esta Corte que visto el carácter temporal que ostenta este tipo de funcionario y visto el régimen especial al cual está sometido debido a que como se ha expresado anteriormente, su designación obedece a la sola voluntad unilateral de la autoridad jerárquica con competencia para ello, no debió configurarse bajo ningún supuesto un acto de retiro, siendo como ya se ha dicho precedentemente, el acto de remoción es válido debido a la condición de funcionario de libre nombramiento y remoción.

Asimismo, debe decirse que en cuanto a las denuncias de la parte recurrente referidas a la violación de sus derechos a la estabilidad y al debido proceso, por generar en ella una expectativa plausible respecto al cargo, debe reiterarse que la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, no adquirió la condición de funcionario de carrera como Fiscal del Ministerio Público, siendo su cargo de libre nombramiento y remoción por cuanto su estadía en el mismo dependía exclusivamente de la voluntad unilateral de la autoridad jerárquica con competencia para ello, en este sentido considera esta Corte que no se vulneró en ningún momento los derechos por ella alegados. Así se decide.

Establecido lo anterior, esta Corte pasa a pronunciarse sobre el presunto vicio de falso supuesto incurrido por la Administración, pues según la recurrente es falsa la afirmación de que ‘...podría ser removida del cargo bajo las mismas condiciones en la cuales fue designada...’; en este sentido la jurisprudencia reiterada de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha sido pacífica al establecer los siguientes criterios en relación al vicio de falso supuesto del acto administrativo:

Omissis

En el caso que nos ocupa, se observa que la recurrente denunció la existencia del vicio de falso supuesto fundado en que la Administración apreció erróneamente la naturaleza del cargo ejercido, pues consideró que era de libre nombramiento y remoción, cuando realmente ocupaba un cargo de carrera, en este sentido esta Corte da por reproducidos los razonamientos antes expuestos respecto a la condición de funcionario de libre nombramiento y remoción de la recurrente, por cuanto su designación y remoción obedece a la sola voluntad unilateral de la autoridad jerárquica con competencia para ello. Por ello, se considera improcedente el vicio de falso supuesto alegado. Así se decide.

En cuanto al petitorio formulado por la parte recurrente, consistente en el pago de ‘...todas las remuneraciones dejadas percibir, desde la fecha de si (sic) Inconstitucional e Ilegal Remoción y Retiro conjunto y en un solo acto, hasta la fecha efectiva de su reincorporación al cargo, incluidas en ellas, todos los aumentos, beneficios y/o mejoras patrimoniales laborales, debiendo tomarse en cuenta los siguientes conceptos: Sueldo Básico mensual, Prima de Antigüedad Empleados, Prima Profesional, Prima por Cargo, Bono Vacacional, Bono Especial de Fin de Año y su Asignación Complementaria, y el Bono de Evaluación de Desempeño Laboral, y todas aquellas bonificaciones y/o remuneraciones que no impliquen la prestación efectiva del servicio...’, esta Corte debe señalar que en materia contencioso funcional, el pago de los sueldos dejados de percibir, está condicionado a una declaratoria previa de nulidad del acto de remoción, que implica en consecuencia, la nulidad del retiro, por lo que en ese caso, procedería el pago de los sueldos dejados de percibir, y su naturaleza es la de indemnizar al trabajador o funcionario.

Al respecto, este Órgano Jurisdiccional reiteradamente ha establecido que los denominados ‘sueldos dejados de percibir’ que se condenan en pago, luego de ordenar la reincorporación de un funcionario ilegalmente removido o retirado de un cargo, obedece a una indemnización que se otorga al funcionario por el daño material sufrido, similar al principio establecido en la Ley Orgánica del Trabajo, según el cual el pago de ‘salarios caídos’ surge como la indemnización resarcitoria al empleado despedido ilegalmente.

Siendo ello así, visto que este Órgano Jurisdiccional señaló que el acto administrativo de remoción dictado en contra de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, estuvo ajustado a derecho, por cuanto la misma ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción, es que esta Corte niega el pago de los sueldos dejados de percibir. Así se decide.

Sin embargo, en contravención con lo expuesto anteriormente observa este órgano Jurisdiccional que la parte actora manifestó en su escrito recursivo que, fue notificada de su remoción y ‘retiro’, a través de publicación efectuada en un periódico de circulación nacional, encontrándose la misma de reposo, en la fecha que fue publicado el respectivo cartel de notificación.

Ello así, evidencia este Órgano Jurisdiccional de la revisión exhaustiva del expediente judicial, así como del expediente administrativo que consta en autos copias certificadas de certificaciones de reposo avaladas por el 'Instituto Venezolano de los Seguros Sociales', las cuales se desglosan de la forma siguiente:

1.- Folio N° 3 de la pieza N° 1 del expediente administrativo Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 26 de agosto de 2009, hasta el día 15 de septiembre de 2009, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 16 de septiembre de 2009.

2.- Folio N° 90 de la pieza N° 1 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 16 de septiembre de 2009, hasta el día 6 de octubre de 2009, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 7 de octubre de 2009.

3.- Folio N° 102 de la pieza N° 1 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 07 de octubre de 2009, hasta el día 27 de octubre de 2009, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 28 de octubre de 2009.

4.- Folio N° 103 de la pieza N° 1 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 28 de octubre de 2009, hasta el día 17 de noviembre de 2009, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 18 de noviembre de 2009.

5.- Folio N° 3 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 18 de noviembre de 2009, hasta el día 8 de diciembre de 2009, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 9 de diciembre de 2009.

6.- Folio N° 4 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 09 de diciembre de 2009, hasta el día 29 de diciembre de 2009, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 30 de diciembre de 2009.

7.- Folio N° 5 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 30 de diciembre de 2009, hasta el día 20 de enero de 2010, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 21 de enero de 2010.

8.- Folio N° 6 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 21 de enero de 2010, hasta el día 10 de febrero de 2010, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 11 de febrero de 2010.

9.- Folio N° 20 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 11 de febrero de 2010, hasta el día 3 de marzo de 2010, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 4 de marzo de 2010.

10.- Folio N° 21 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 4 de marzo de 2010, hasta el día 24 de marzo de 2010, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 25 de marzo de 2010.

11.- Folio N° 22 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 25 de marzo de 2010, hasta el día 14 de abril de 2010, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 15 de abril de 2010.

12.- Folio N° 60 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 15 de abril de 2010, hasta el día 5 de mayo de 2010, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 6 de mayo de 2010.

13.- Folio N° 92 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 6 de mayo de 2010, hasta el día 26 de mayo de 2010, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 27 de mayo de 2010.

14.- Folio N° 93 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 27 de mayo de 2010, hasta el día 16 de junio de 2010, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 17 de junio de 2010.

15.- Folio N° 164 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 17 de junio de 2010, hasta el día 6 de julio de 2010, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 7 de julio de 2010.

16.- Folio N° 165 de la pieza N° 2 del expediente judicial Certificado de Incapacidad, emanado del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, en el cual se avala el reposo médico de la actora a partir del día 7 de julio de 2010, hasta el día 7 de agosto de 2010, debiendo reintegrarse al trabajo en fecha 8 de agosto de 2010, último reposo consignado a los autos.

Al respecto, es menester para esta Corte destacar que el reposo de un funcionario suspende temporalmente la relación de empleo, y en tal sentido, a fin de que surtan efectos los actos dictados por la Administración que modifiquen dicha relación, debe ésta esperar que el tiempo previsto para el reposo o su prórroga (sic) terminen.

Por lo anteriormente expuesto, esta Corte considera que el acto de remoción podía ser dictado estando la accionante de reposo, pues, la misma seguía en servicio activo, en este punto es necesario destacar que un acto administrativo existe cuando aparece en el mundo jurídico, sin embargo sus efectos –por más válido que sea el acto- no podrán desplegarse hasta que no haya sido notificado, ello quiere decir que la falta de notificación demora el comienzo de los efectos, más no incide en su existencia, que la notificación del acto administrativo no añade nada al acto administrativo como tal, simplemente, determina el momento en que habrá de comenzar a desplegar sus efectos, y ello se debe a que la eficacia suele referirse al tiempo o momento a partir del cual el acto administrativo produce sus efectos.

Omissis

En atención a lo antes expuesto, se observa que de las actas procesales del presente expediente, tal como fue supra mencionado y detallado rielan reposos médicos otorgados por el ‘Instituto Venezolano de los Seguros Sociales’.

De lo anterior, claramente se evidencia que para la fecha en la que fue dictado el acto administrativo de remoción y ‘retiro’, vale decir, el 30 de septiembre de 2009, así como también para el 21 de octubre de 2009, oportunidad en la cual fue publicado el cartel de notificación en el periódico ‘Últimas Noticias’, la recurrente se encontraba de reposo médico, por lo que el mismo, siendo válido comenzó a surtir efectos, una vez culminado el último reposo médico que consta en autos, vale decir de fecha 8 de agosto de 2010.

En tal sentido, observándose que posterior al reposo inserto al folio N° 165 de la pieza N° 2 del expediente judicial, expedido por el ‘Instituto Venezolano de los Seguros Sociales’ desde el 7 de julio de 2010, hasta el día 7 de agosto de 2010, no consta en autos reposo o certificado médico alguno del cual se evidencia que éste se haya seguido extendiendo, por lo que estima esta Corte que la notificación del acto administrativo de remoción comenzó a surtir efectos a partir del 8 de agosto de 2010.

En consecuencia de lo anterior, y siendo que el acto administrativo de remoción es válido pero con efectos a partir del 8 de agosto de 2010, debe el Ministerio Público efectuar el pago de los sueldos dejados de percibir hasta que el mismo resultare eficaz; razón por la cual se hace necesario ordenar, el pago de todos los beneficios económicos dejados de percibir desde el 30 de septiembre de 2009, fecha en la que fue dictado el acto administrativo de remoción y ‘retiro’, hasta el 8 de agosto de 2010, fecha en la que cesó el reposo médico de la recurrente, por lo que se ordena igualmente la realización de una experticia complementaria del fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 249 del Código de Procedimiento (sic) Civil. Así se declara.

En otro orden de ideas, precisa esta (sic) Órgano Jurisdiccional que la recurrente solicitó su reincorporación a los efectos de que el Ministerio Público, ‘...tramit[e] lo conducente a objeto a objeto de verificar la procedencia o improcedencia del otorgamiento de la Pensión de Incapacidad...’.

En ese sentido, esta Corte debe sostener que el beneficio de la pensión, ya sea de jubilación, vejez o incapacidad, entre otras, atiende a un derecho social de rango constitucional, y su regulación de conformidad con el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, está atribuida al Poder Legislativo, debiéndose tener como excepción a los Órganos con (sic) gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa, razón por la cual el máximo jerarca del organismo que se trate, cuenta con las más amplias potestades para normar, reglar y organizar internamente el órgano bajo su dirección, de tal manera que los mismos son competentes para dictar sus propios reglamentos en materia de previsión y seguridad social, sin que ello implique una violación a la reserva legal. (Vid. Sentencia N° 797, del 11 de abril de 2002, caso: Contraloría General de la República, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia).

Siendo ello así, en virtud de esa potestad el Ministerio Público como Organismo autónomo funcional, financiera y administrativamente, en Gaceta Oficial N° 308.399, de fecha 4 de marzo de 1999, dictó el ‘Estatuto de Personal del Ministerio Público’, el cual tiene por objeto regular el ingreso, permanencia y terminación del servicio de su personal, previendo entre otros casos, la materia de pensiones y jubilaciones.

Precisado lo anterior, conviene citar lo dispuesto en el ‘Estatuto de Personal del Ministerio Público’, respecto a las pensiones por incapacidad o invalidez en sus artículos 140, 141, 142 y 143, los cuales prevén:

‘Artículo 140.- El fiscal, funcionario o empleado del Ministerio Público que, sin reunir los requisitos para la concesión del beneficio de la jubilación, sufre enfermedad o accidente grave que lo dejare incapacitado para el cumplimiento de sus labores, al término contemplado en el literal a) del

artículo 97 y siempre que persista la situación de incapacidad, recibirá una pensión de invalidez, en los montos que se acuerden en el presente Estatuto.

Artículo 141. La concesión de una pensión de invalidez, no implica la terminación de empleo público, a no ser que la incapacidad para el desempeño de las labores sea permanente o se haya extendido por más de un (1) año, contado a partir de la concesión de la pensión, caso en el cual se procederá al retiro del fiscal funcionario o empleado del Ministerio Público, concediéndosele la jubilación, si fuere procedente, o conservándose la pensión de invalidez concedida.

Artículo 142. El Fiscal General de la República, determinará el monto de la pensión, de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias, sin que en ningún caso, dicho monto pueda ser mayor de setenta y cinco por ciento (75%), ni menor de cincuenta y cinco por ciento (55%) del último sueldo promedio devengado por el beneficiario en los últimos doce (12) años.

Párrafo Único: Si la invalidez sobreviene como consecuencia del ejercicio de las funciones propias del fiscal, funcionario o empleado, el Fiscal General de la República, podrá acordar una pensión extraordinaria de invalidez, hasta por el noventa por ciento (90%) del sueldo promedio devengado en los últimos doce (12) meses para el momento en que se produjo el hecho causante de la invalidez, sin perjuicio de la posibilidad de conceder las ayudas especiales previstas en el Artículo 60.

En otros casos especiales, el Fiscal General de la República, podrá aumentar el monto de la pensión concedida, sin exceder el límite previsto en el encabezado de este artículo.

Artículo 143. El estado de invalidez será acreditado mediante certificación facultativa razonada, que deberá ser expedida por la Coordinación de Servicios Médicos del Despacho o, en su defecto, suscrita por dos (2) profesionales de la medicina y conformada por el referido servicio.

Al desaparecer la invalidez, el fiscal, funcionario o empleado deberá reincorporarse a sus labores, previo el examen médico correspondiente. En caso contrario, será sancionado por el incumplimiento de sus deberes, conforme a lo establecido en la Ley Orgánica del Ministerio Público y el presente Estatuto...?.

Así, del estatuto parcialmente transcrito se desprende que el mismo regula de manera especialísima los supuestos para conceder el beneficio de jubilación e incapacidad a los funcionarios adscritos al Ministerio Público, sin embargo, no puede dejar pasar por alto esta Corte, que previo al reconocimiento de la incapacidad o invalidez, ya sea esta total o parcial, existe la necesidad de que el Servicio Médico del Ministerio Público certifique y/o avale las condiciones físicas o psicológicas en la que se

encuentra el funcionario adscrito a la ut supra citada dependencia y que pretenda hacerse beneficiario de la referida incapacidad.

En consecuencia de lo expuesto, este Órgano Jurisdiccional observa, que la recurrente incorporó al proceso, el Oficio de incapacidad residual expedido por el Instituto Venezolano de los Seguro Sociales (I.V.S.S.), de fecha 27 de abril de 2010, en el cual se dejó constancia del diagnostico médico de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, como trastorno de personalidad histriónico, trastorno; de igual forma el mismo certificó la pérdida de la capacidad para el trabajo de esta en un 67 %, encontrándose inserta en el folio ciento sesenta y siete (167) de la pieza N° 2 del presente expediente judicial.

Ahora bien, el artículo 142 del 'Estatuto de Personal del Ministerio Público', establece los montos que se pueden acordar por el Ministerio Público, para pensión de incapacidad, siempre y cuando sufriere enfermedad o accidente grave que la dejara incapacitada para el cumplimiento de sus labores.

Por su parte, el artículo 143 ejusdem (sic), establece que el estado de invalidez será acreditado mediante certificación facultativa razonada, que deberá ser expedida por la Coordinación de Servicios Médicos del Despacho o, en su defecto suscrita por dos (2) profesionales de la medicina y conformada por el referido servicio.

De lo anteriormente expuesto, puede verificarse que el Ministerio Público, a los fines de tramitar la pensión de invalidez de alguno de sus funcionarios o funcionarias, deberá recibir y evaluar una certificación médica expedida de su Oficina de Servicios Médicos, requisito éste de carácter obligatorio además de determinante para evaluar la procedencia o improcedencia del otorgamiento de la misma, así como el monto asignado correspondiente, el cual va a depender de las disponibilidades presupuestarias y el estado de gravedad del funcionario o funcionaria.

Cabe destacar, que los requisitos anteriormente expuestos, no fueron cumplidos en su oportunidad por la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, motivado a que dicho alegato no fue mencionado por ésta en su escrito recursivo; de igual forma no se desprende de las actas procesales que conforman el presente expediente judicial, ni de de las actas insertas en el expediente administrativo piezas N° 1 y 2, inicio alguno de trámite de gestión de pensión de invalidez, así como tampoco evaluación por parte del Servicio Médico o en su defecto del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, que explicaran o dejaran constancia de la gravedad de las enfermedades sufridas por la hoy querellante y de el estado de incapacidad para trabajar, tal como lo establece el artículo 143 antes mencionado, por cuanto solo fueron consignados reposos médicos, emanados de médicos privados, avalados por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, facturas, etc.

Siendo esto así, observa este Órgano Sentenciador que aun cuando consta en el expediente judicial informe de incapacidad residual emitido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), en el cual se evidenció que la ciudadana se encuentra incapacitada para el trabajo en un 67 %; el mismo no menciona desde qué fecha se encuentra la querellante incapacitada para el trabajo, por otra parte es de fecha 27 de abril de 2010, fecha posterior al acto administrativo contenido en la Resolución N° 888 de fecha 30 de septiembre de 2009, en la que se procedió a remover a la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas del cargo de Fiscal Provisorio, adscrita a la Fiscalía Septuagésima Primera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; remoción que tal como se explicó anteriormente es completamente legal y ajustada a derecho ya que la mencionada ciudadana a la fecha de su remoción, ostentaba la condición de funcionario de libre nombramiento y remoción.

En virtud que el informe de incapacidad residual, emitido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), es de fecha posterior a la Resolución N° 888, no mencionando a su vez la fecha desde la cual considera el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales que posee esta incapacidad y no estando la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, laborando activamente en el Ministerio Público para la fecha de emisión del informe de incapacidad residual, por lo que no se viola el derecho a la salud consagrado en la Carta Magna, es por lo que este Órgano Jurisdiccional, considera que no se cumplen los requisitos para otorgar la referida pensión, razón por la que se declara improcedente la solicitud de reincorporación realizada por la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas y el posterior trámite de la pensión de incapacidad solicitada. Así se declara.

En ese sentido, con fundamento en lo expuesto en el presente fallo, debe esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declarar PARCIALMENTE LUGAR el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas contra el Ministerio Público, en consecuencia se ORDENA el pago de todos los beneficios económicos dejados de percibir desde el 30 de septiembre de 2009, fecha en la que fue dictado el acto administrativo de remoción, hasta el 8 de agosto de 2010, fecha en la que cesó el reposo médico de la recurrente, por lo que se ordena igualmente la realización de una experticia complementaria del fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide.

IV

PUNTO PREVIO

Visto que, el 18 de junio de 2015, tuvo lugar la audiencia constitucional en el presente caso, ocasión en la que se dejó constancia de la presencia del abogado Alí Daniels, actuando en su condición de apoderado judicial de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas; de los abogados Zoraida Plaza La Cruz y Jesús Alexander Salazar, inscritos en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 51.346 y 80.351, respectivamente, en representación del Ministerio Público, y de las abogadas Eneida Fernandes y Laurie Meneses, inscritas en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 79.059 y 181.135, respectivamente, en representación de la Defensoría del Pueblo; así como de la incomparecencia del Presidente de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Visto que, esta Sala declaró, al finalizar la celebración de la audiencia constitucional, **CON LUGAR** la acción de amparo constitucional ejercida por el abogado Alí Daniels, actuando en su carácter de apoderado judicial de la ciudadana Karin Del Valle Ochoa Simancas, contra la sentencia N° 2013-1071 dictada el 13 de junio de 2013 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo; se anuló esa sentencia y se ordenó a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que emita una nueva decisión respecto al recurso de apelación ejercido contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2010, por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, *“conforme a lo que se establecerá en el extenso del presente fallo”*.

Visto que, esta Sala señaló que dentro de los cinco (5) días de despacho siguiente, sería publicado el extenso de lo decidido al finalizar la audiencia constitucional.

Visto que, el 23 de diciembre de 2015, se constituyó esta Sala Constitucional en virtud de la incorporación de los Magistrados designados por la Asamblea Nacional en sesión extraordinaria celebrada el 23 del mismo mes y año, publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.816, del 23 de diciembre de 2015; quedando integrada de la siguiente manera: Magistrada Gladys María Gutiérrez Alvarado, Presidenta; Magistrado Arcadio Delgado Rosales, Vicepresidente; y los Magistrados y Magistradas Carmen Zuleta de Merchán, Juan José Mendoza Jover, Calixto Antonio Ortega Ríos, Luis Fernando Damiani Bustillos y Lourdes Benicia Suárez Anderson.

Visto el criterio establecido por esta Sala en la sentencia N° 412/2000, ratificado mediante fallos Nros. 2004/ 806 y 2004/2355, entre otros, el cual consideró lo siguiente:

La falta temporal o absoluta del juzgador para producir la sentencia in extenso, no invalida los actos procesales celebrados durante el debate oral, donde está incluido el acto de la deliberación; acto conformado por el conjunto de operaciones intelectuales del tribunal, mediante las cuales se construye la solución jurídica del caso y se opta por una de las hipótesis de hecho probables, mediante la valoración de las pruebas. La sentencia comprende una serie de actos formales, los cuales comienzan con la clausura del debate oral y culminan con su publicación. Por ello, si la publicación del fallo in extenso no ha ocurrido, en virtud de la decisión adoptada por el juez, consistente en hacerlo dentro de los diez días posteriores al pronunciamiento de aquélla, ello no significa, en modo alguno, que la decisión nuclear de la

sentencia pueda ser afectada por la falta de oportuna publicación del texto extendido. De allí, la exigencia por parte del legislador a los efectos de garantizar la tutela judicial efectiva, de que concluido el debate oral y luego de la deliberación por parte del juez o jurado, se lea su dispositiva en presencia de las partes, con lo cual quedan notificadas. En estos casos, las actas del proceso junto con la documentación aportada por las partes y el acta del debate oral, se integran para constituir la decisión del proceso.

La Sala procede a dictar el extenso del fallo proferido en la audiencia constitucional celebrada el 18 de junio de 2015, conforme a las siguientes consideraciones:

V

CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Determinada la competencia para conocer de la presente acción de amparo constitucional, mediante sentencia N° 1406/2014, y vista la realización de la audiencia constitucional el 18 de junio de 2015, la Sala pasa a decidir en los siguientes términos:

Observa la Sala, que en el desarrollo de la audiencia constitucional el abogado Alí Daniels, en su condición de apoderado judicial de la parte accionante ratificó los argumentos expuestos en su escrito de amparo alegando, que la sentencia impugnada incurrió en el vicio de incongruencia, al momento de decidir la apelación formulada contra el fallo dictado el 22 de noviembre de 2010 por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital; fundamentando ésta en: i) la inexistente protección del derecho a la salud de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, ya que a pesar de constar el expediente las diversas constancias de reposo expedidas por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, así como la incapacidad residual de la referida ciudadana, acordada por el referido organismo, el Ministerio Público no otorgó la pensión de incapacidad de la mencionada ciudadana; y, ii) la protección del derecho a la maternidad, ya que para la fecha del retiro la mencionada ciudadana no solo se encontraba de permiso sino que se encontraba embarazada, siendo que el día 29 de septiembre de 2010, se constató el nacimiento de su hijo, cuyo nombre se omite de conformidad con lo establecido en el artículo 65 de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes.

Por su parte, la representación del Ministerio Público se opuso a los argumentos del accionantes peticionando la declaratoria sin lugar de la acción de amparo constitucional, mientras que la representación de la Defensoría del Pueblo, advirtió al igual que la parte accionante las violaciones al derecho constitucional a la salud y la consecuente declaratoria con lugar de la acción de amparo constitucional.

En este orden de ideas, aprecia la Sala que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo al momento de emitir su decisión en alzada contra la sentencia dictada el 22

de noviembre de 2010, por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, procedió a desestimar la violación del derecho a la salud, con base en que la accionante no inició el trámite para la gestión de pensión de invalidez y asimismo señaló que el acto mediante el cual se acordó la incapacidad residual (Vgr. Incapacidad absoluta) por el Instituto Venezolano de los Seguros Social fue en fecha posterior a la fecha en que fue removida la ciudadana Karin del Valle Ochoa, ya que ésta ostentaba la condición de funcionaria de libre nombramiento y remoción.

Al efecto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa expuso en su oportunidad que:

De lo anteriormente expuesto, puede verificarse que el Ministerio Público, a los fines de tramitar la pensión de invalidez de alguno de sus funcionarios o funcionarias, deberá recibir y evaluar una certificación médica expedida de su Oficina de Servicios Médicos, requisito éste de carácter obligatorio además de determinante para evaluar la procedencia o improcedencia del otorgamiento de la misma, así como el monto asignado correspondiente, el cual va a depender de las disponibilidades presupuestarias y el estado de gravedad del funcionario o funcionaria.

Cabe destacar, que los requisitos anteriormente expuestos, no fueron cumplidos en su oportunidad por la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, motivado a que dicho alegato no fue mencionado por ésta en su escrito recursivo; de igual forma no se desprende de las actas procesales que conforman el presente expediente judicial, ni de de las actas insertas en el expediente administrativo piezas N° 1 y 2, inicio alguno de trámite de gestión de pensión de invalidez, así como tampoco evaluación por parte del Servicio Médico o en su defecto del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, que explicaran o dejaran constancia de la gravedad de las enfermedades sufridas por la hoy querellante y de el estado de incapacidad para trabajar, tal como lo establece el artículo 143 antes mencionado, por cuanto solo fueron consignados reposos médicos, emanados de médicos privados, avalados por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, facturas, etc.

Siendo esto así, observa este Órgano Sentenciador que aun cuando consta en el expediente judicial informe de incapacidad residual emitido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), en el cual se evidenció que la ciudadana se encuentra incapacitada para el trabajo en un 67 %; el mismo no menciona desde qué fecha se encuentra la querellante incapacitada para el trabajo, por otra parte es de fecha 27 de abril de 2010, fecha posterior al acto administrativo contenido en la Resolución N° 888 de fecha 30 de septiembre de 2009, en la que se procedió a remover a la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas del cargo de Fiscal Provisorio, adscrita a la Fiscalía Septuagésima Primera del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; remoción que tal como se explicó anteriormente es completamente legal y ajustada a

derecho ya que la mencionada ciudadana a la fecha de su remoción, ostentaba la condición de funcionario de libre nombramiento y remoción.

En virtud que el informe de incapacidad residual, emitido por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales (I.V.S.S.), es de fecha posterior a la Resolución N° 888, no mencionando a su vez la fecha desde la cual considera el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales que posee esta incapacidad y no estando la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, laborando activamente en el Ministerio Público para la fecha de emisión del informe de incapacidad residual, por lo que no se viola el derecho a la salud consagrado en la Carta Marga, es por lo que este Órgano Jurisdiccional, considera que no se cumplen los requisitos para otorgar la referida pensión, razón por la que se declara improcedente la solicitud de reincorporación realizada por la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas y el posterior trámite de la pensión de incapacidad solicitada. Así se declara.

En ese sentido, con fundamento en lo expuesto en el presente fallo, debe esta Corte Primera de lo Contencioso Administrativo declarar PARCIALMENTE LUGAR el recurso contencioso administrativo funcional interpuesto por la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas contra el Ministerio Público, en consecuencia se ORDENA el pago de todos los beneficios económicos dejados de percibir desde el 30 de septiembre de 2009, fecha en la que fue dictado el acto administrativo de remoción, hasta el 8 de agosto de 2010, fecha en la que cesó el reposo médico de la recurrente, por lo que se ordena igualmente la realización de una experticia complementaria del fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide.

En primer lugar, llama la atención que el mencionado órgano jurisdiccional en párrafos previos a los reseñados, reconoció el rango constitucional del derecho a la salud, exponiendo que “(...) *debe sostener que el beneficio de la pensión, ya sea de jubilación, vejez o incapacidad, entre otras, atiende a un derecho social de rango constitucional, y su regulación de conformidad con el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, está atribuida al Poder Legislativo, debiéndose tener como excepción a los Órganos con gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa, razón por la cual el máximo jerarca del organismo que se trate, cuenta con las más amplias potestades para normar, reglar y organizar internamente el órgano bajo su dirección, de tal manera que los mismos son competentes para dictar sus propios reglamentos en materia de previsión y seguridad social, sin que ello implique una violación a la reserva legal. (Vid. Sentencia N° 797, del 11 de abril de 2002, caso: Contraloría General de la República, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia)*”.

Sin embargo, seguidamente convalida no sólo el desconocimiento del derecho a la salud sino la posterior violación de éste conjuntamente con el derecho a la maternidad, por

lo que resulta un tanto confusa la motivación del fallo impugnado, dado que con posterioridad al reconocimiento constitucional señalado –derecho a la salud– y a la existencia propia de un Estatuto, el referido órgano jurisdiccional omitió citar la totalidad del contenido del artículo 140 del mencionado Estatuto de Personal del Ministerio Público, al no haber transcrito el parágrafo único, el cual establecía la calificación como “invalido” de un funcionario que a causa de una enfermedad esté impedido de cumplir sus labores cuatro (4) meses o de manera permanente.

Asimismo, se advierte que tampoco se atendió a su ulterior protección cuando la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo reconoció que la hoy accionante, para el momento de la remoción se encontraba de reposo, sin embargo le extendió los efectos de la remoción de un acto viciado de nulidad (en los términos que se indicaran *supra*), conforme a lo señalado en el artículo 93 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresamente señaló:

Por lo anteriormente expuesto, esta Corte considera que el acto de remoción podía ser dictado estando la accionante de reposo, pues, la misma seguía en servicio activo, en este punto es necesario destacar que un acto administrativo existe cuando aparece en el mundo jurídico, sin embargo sus efectos –por más válido que sea el acto- no podrán desplegarse hasta que no haya sido notificado, ello quiere decir que la falta de notificación demora el comienzo de los efectos, más no incide en su existencia, que la notificación del acto administrativo no añade nada al acto administrativo como tal, simplemente, determina el momento en que habrá de comenzar a desplegar sus efectos, y ello se debe a que la eficacia suele referirse al tiempo o momento a partir del cual el acto administrativo produce sus efectos.

De lo anterior, claramente se evidencia que para la fecha en la que fue dictado el acto administrativo de remoción y ‘retiro’, vale decir, el 30 de septiembre de 2009, así como también para el 21 de octubre de 2009, oportunidad en la cual fue publicado el cartel de notificación en el periódico ‘Últimas Noticias’, la recurrente se encontraba de reposo médico, por lo que el mismo, siendo válido comenzó a surtir efectos, una vez culminado el último reposo médico que consta en autos, vale decir de fecha 8 de agosto de 2010.

En tal sentido, observándose que posterior al reposo inserto al folio N° 165 de la pieza N° 2 del expediente judicial, expedido por el ‘Instituto Venezolano de los Seguros Sociales’ desde el 7 de julio de 2010, hasta el día 7 de agosto de 2010, no consta en autos reposo o certificado médico alguno del cual se evidencia que este se haya seguido extendiendo, por lo que estima esta Corte que la notificación del acto administrativo de remoción comenzó a surtir efectos a partir del 8 de agosto de 2010.

En consecuencia de lo anterior, y siendo que el acto administrativo de remoción es válido pero con efectos a partir del 8 de agosto de 2010, debe el Ministerio Público efectuar el pago de los sueldos dejados de percibir hasta

que el mismo resultare eficaz; razón por la cual se hace necesario ordenar, el pago de todos los beneficios económicos dejados de percibir desde el 30 de septiembre de 2009, fecha en la que fue dictado el acto administrativo de remoción y ‘retiro’, hasta el 8 de agosto de 2010, fecha en la que cesó el reposo médico de la recurrente, por lo que se ordena igualmente la realización de una experticia complementaria del fallo de conformidad con lo establecido en el artículo 249 del Código de Procedimiento (sic) Civil. Así se declara.

En este orden de ideas, se observa que el análisis de la estructura lógica de la sentencia impugnada sería un estudio infructífero bajo los argumentos racionales de un fallo jurisdiccional, ya que existe una ruptura insalvable entre las premisas y las conclusiones del argumento, por cuanto se afirma el reconocimiento de un derecho constitucional (Cfr. Salud) para posteriormente sostener que este fue violado en un periodo determinado, exceptuando la violación por el cumplimiento de un término, que no se llevó a cabo por cuanto no fue cumplida la condición temporal.

En este punto, debe apreciarse que el fallo en su esencia resulta contradictorio, dado que no aprecia la integralidad de las actas del expediente, por cuanto si los efectos de la decisión se suspenden hasta el 8 de agosto de 2010, la cual es la fecha del último reposo médico –según lo expuesto por la Corte–, cabe advertir al referido órgano jurisdiccional que para esta fecha la accionante ya se encontraba incapacitada por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales desde el 27 de abril de 2010 (Cfr. folio 167 del anexo 2 del expediente judicial), por lo que, como se expuso anteriormente no solo no restituyó el derecho constitucional violado, sino que ante la existencia de una incapacidad residual le vulneró nuevamente su derecho, al no apreciar los alegatos y fundamentos expuestos a lo largo del proceso, y pronunciarse expresamente sobre la procedencia de la pensión de incapacidad.

En segundo lugar, la subsecuente contradicción se continua cuando no advierte que la referida incapacidad es sobreviniente a los consecuentes permisos, por lo que bajo su argumento continuaba la presunta suspensión anotada por la referida Corte, ya que éstos no habían terminado sus efectos y en el devenir de los mismos se produjo una incapacidad absoluta, y aunado a ello, incorpora un elemento en la calificación de la violación o no del derecho a la salud, referido a que este fue consignado posteriormente al acto de remoción, dado que la ciudadana “*era una funcionaria de libre nombramiento y remoción*”.

En tercer lugar, la precitada sentencia admite expresamente su violación basada en la “presunta naturaleza” de un cargo, sin advertir paradójicamente que tal calificación se fundamentó en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sin atender adicionalmente a que el ingreso de la ciudadana Karin del Valle Ochoa se produjo en el año 1991, es decir antes de la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, desconociendo asimismo la interpretación efectuada por esta Sala del artículo 146 *eiusdem*, en el fallo n.º 2149/2007, respecto a la determinación del periodo de ingreso a la carrera administrativa, en la cual se señaló:

En consecuencia, aprecia esta Sala que en virtud de los considerandos expuestos, deben los órganos jurisdiccionales al momento de decidir las querellas funcionariales, atender al momento y la forma de ingreso a la Administración Pública, en virtud que si el ingreso fue realizado con anterioridad a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y el querellante poseía la cualidad de funcionario de carrera debe el órgano administrativo previo al dictamen de los actos de remoción o retiro atender a tal condición y, en consecuencia, proceder a efectuar las gestiones reubicatorias.

Si por el contrario, el querellante ingresó a la Administración Pública con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y no poseía la cualidad de funcionario de carrera puede el órgano administrativo, si no se ha efectuado un concurso público proceder a la remoción del mismo.

En atención a lo dispuesto, debe aclararse que a partir de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela -30 de diciembre de 1999-, la única forma de ingreso a la carrera administrativa será, exclusivamente, si el funcionario ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes respectivas. (Vgr. Artículo 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública). (Negritas del original y subrayado de la Sala).

En consecuencia, se constata que el mencionado órgano jurisdiccional no solo incurrió en una omisión de pronunciamiento en relación al derecho a la salud, más allá de su enunciación o reconocimiento formal (Cfr. Sentencia de la Sala Constitucional n.º 1542/2008), y si respecto de la necesaria materialización en el caso concreto de su contenido y alcance, lo que resultaba determinante para la resolución de la causa, sino que adicionalmente desconoció la interpretación de esta Sala respecto al artículo 146 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, procediendo a su aplicación indiscriminada sin atender a que el ingreso había sido previo a la fecha de entrada de vigencia del Texto Constitucional, regulando una condición.

Vistos los lineamientos preliminares sobre la disconformidad a derecho de la sentencia impugnada, debe esta Sala reafirmar que el derecho a la salud no solo se constituye como un derecho constitucional de los ciudadanos sino que a su vez se erige como un imperativo prestacional del Estado, mediante su prestación y protección, tal como lo señala el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, incluyendo dentro de este a la salud psíquica y mental adicionalmente al bienestar físico, ya que su protección implica el resguardo de la vida, no solo como protección ulterior del ser humano sino también de la calidad de vida, ya que su disminución implica un menoscabo de las condiciones físicas y psíquica de cada persona.

Sobre el contenido y amplitud del derecho a la salud, esta Sala se pronunció en sentencia n.º 1566/2012, en la cual se señaló que:

En este orden de ideas, es de destacar que el derecho a la salud forma parte del derecho a la vida, por cuanto es intrínseco a la vida misma la condición de salud que pueda tener cada ciudadano o una colectividad determinada siendo una obligación del Estado garantizar su aseguramiento, y no restringiéndose éste a la salud física sino que ésta abarca y se extiende a la salud mental y psíquica de cada ser humano. Dicha concepción no es extraña al mismo, ya que en el plano internacional, se proclamó por primera vez en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946, en su preámbulo que la salud es ‘(...) un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades (...)’.

Asimismo, en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, también se incluye el derecho a la salud, cuando se contempla que ‘Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad (...)’.

Por último, se aprecia que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12.1 reafirma esa concepción amplia del derecho a la salud, la cual no abarca la salud física sino incluye igualmente a la salud mental de las personas, al efecto, el mencionado artículo dispone: ‘Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental’.

De la disposición citada establecida en el artículo 83 del Texto Constitucional, así como las normas de derechos humanos que regulan el derecho a la salud, se desprende que el derecho a la salud no implica solo la atención médica por parte de los órganos del Estado sino que ello envuelve otros derechos como el derecho a la prevención y el tratamiento médico de enfermedades, acceso a medicamentos, acceso igual a los servicios de salud, oportunidad en su atención, acceso a la información sobre tratamientos así como las enfermedades que puedan alterar la salud del ser humano o de un colectivo, la participación en las decisiones relacionadas con la salud, la no discriminación en la prestación como en la atención del servicio, entre otros.

Esa amplitud de implicaciones en el ejercicio del referido derecho depende incluso de otros derechos humanos, por ser parte esencial del derecho a la vida como expresamente lo cataloga el artículo 83 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y se reafirma en los valores superiores

del ordenamiento jurídico consagrados en el artículo 2 del Texto Constitucional, cuando consagra que: ‘Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político’.

En razón de ello, el derecho a la salud se encuentra plenamente interrelacionado con el derecho a una alimentación sana, el acceso al agua, a una vivienda adecuada, a la no discriminación y a la igualdad, derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, acceso a la información, a la participación, entre otros, ya que la satisfacción de dichos derechos y su interrelación mediata o inmediata entre ellos, es acorde con uno de los fines esenciales del Estado es la ‘(...) promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución’.

Si bien, la Ley Orgánica de Salud no contempla una definición expresa sobre el contenido de lo que debe entenderse por salud mental, resulta innegable su reconocimiento en el artículo 2, cuando dispone: ‘Se entiende por salud no sólo la ausencia de enfermedades sino el completo estado de bienestar físico, mental, social y ambiental’ (...).

En este orden de ideas, cualquier gravamen u omisión constatada en la protección o prestación del servicio implica una afectación no sólo a la condición existencial del ciudadano –núcleo de protección– sino que a su vez, podría conllevar un menoscabo a otros derechos que pueden verse infringidos, como el derecho al trabajo, a la igualdad y a la no discriminación, entre otros; razón por la cual, su tutela a diferencia de lo expresado por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no deriva de la prestación de un servicio activo, sino que ésta se refuerza cuando existe un servicio pasivo, en el sentido terminológico expresado por los referidos juzgadores, ya que en este supuesto la trabajadora se encontraba de reposo precisamente por una incapacidad de salud que le impedía prestar sus servicios laborales en una condición de normalidad y no por una actuación unilateral del afectado, sin un sustento legal para ello.

Adicionalmente, debe advertirse que es en este último supuesto que la protección constitucional se ve reforzada, por cuanto la incapacidad temporal de la ciudadana Karin del Valle fue constatada por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales al acordar los sucesivos permisos médicos, y que ocasionó como consecuencia de la periodicidad de éstos una evaluación definitiva sobre su aptitud física y mental para prestar servicios dentro del Ministerio Público, en la cual se determinó que la referida ciudadana adolecía de una incapacidad residual del 67% (Cfr. folio 167 del anexo 2 del expediente judicial).

Así pues, la remoción de la Administración Pública dentro de dicho período no solo alteró su derecho constitucional a la salud, sino su derecho constitucional al trabajo, ya que dicha relación se mantiene entre el empleador y el empleado (Administración y funcionario) durante el mencionado lapso, dado que la procedencia de la remoción o de retiro debe ser ulterior a su reincorporación y no durante la duración de los permisos, ya que existe una causa legal de no prestación del servicio durante el referido lapso.

Sobre este aspecto, cabe señalar que la protección del derecho a la salud debe tener un grado de resguardo proporcional a la afectación tanto cualitativa como cuantitativa del afectado, así como temporal. En los primeros dos supuestos, se debe atender no solo a la incapacidad respecto al desempeño normal en sus labores habituales sino a las condiciones y resguardo de un ambiente sano y flexible con sus incapacidades, de manera de que un ciudadano no se transforme en ser improductivo laboralmente sino que se propenda a su integración en el ejercicio de sus funciones (vgr. Trabajadores con discapacidades motoras y/o mentales, que permitan el pleno desarrollo de sus funciones en un ambiente de normalidad). En tanto, la temporalidad responde a la protección de sus condiciones laborales mientras que subsiste la dolencia temporal o la definitiva de ser estimada por los órganos competentes, sin que en el mencionado período exista perturbación alguna.

En igual medida, debe atenderse a las condiciones médicas degenerativas e irreversibles, las cuales si bien no pueden ser apreciables visiblemente en las etapas iniciales de la enfermedad y no generan una incapacidad inmediata, pueden acarrear altos grados de avance de padecimiento con el transcurso del tiempo que hacen objeto de protección reforzada ante posibles tratos discriminatorios por la desmejora en las condiciones físicas y/o mentales con el desarrollo de la enfermedad.

Así pues, la protección debe ser otorgada cuando la enfermedad deriva en una inhabilidad o imposibilidad al desarrollo cotidiano de sus labores diarias, independientemente de que las condiciones sean visibles o no, ya que existe una gran diversidad de enfermedades que no denotan una apreciación externa y por ende, los daños son internos, lo que no niega ni obstaculiza la protección del derecho a la salud, ya que este debe ser garantizado independientemente por el Estado, cuando la situación implica un riesgo para su salud o las condiciones laborales pueden implicar no sólo un deterioro a su estado de salud sino que limitan el pleno y libre ejercicio de su condición (Vgr. Enfermedad de Parkinson, Esclerosis Lateral Amiotrófica, entre otras).

En este orden de ideas, se aprecia que estos elementos particulares, que pueden ser objetivos o subjetivos, implican a su vez una revisión sanitaria por las autoridades médicas correspondientes, que deben ser objeto de valoración por parte de los órganos jurisdiccionales, con el objeto de verificar si un momento dado se constata una violación de los derechos constitucionales del afectado, en virtud de que si bien pueden subsistir elementos objetivos de determinadas enfermedades, existen otros elementos casuísticos y/o personales de cada ser humano que pueden implicar un mayor grado de incidencia en una condición de salud que ameritan un examen pormenorizado de la situación que hacen efectiva la realización de la ponderación del derecho a la salud con el derecho al trabajo y la consecuente protección de uno sobre otro, si se hace insoportable el grado de sufrimiento físico, psíquico y moral de determinado ciudadano.

De esta forma, se aprecia que contrario a lo señalado por el referido órgano jurisdiccional, la protección al derecho a la salud requiere un mayor grado de resguardo cuando el ciudadano afectado se encuentra de reposo por el sufrimiento de la misma, ya que de lo contrario, implicaría admitir arbitrariedades no solo fácticas sino jurídicas; en virtud de que en dicho período –reposo o incapacidad temporal– se encuentra recuperándose y no en período de disfrute o distracción lúdica.

Además, no puede dejar de advertir esta Sala que a pesar de los avances a nivel de la legislación –artículo 70 de la Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo- y la jurisprudencia nacional (Cfr. Sentencia de la Sala de Casación Social nros. 1238/2011 y 904/2013) y extranjera, la jurisdicción contencioso administrativa debe tener en consideración que la naturaleza de algunas patologías o condiciones de salud (Vgr. El caso del estrés laboral -Enfermedad ocupacional-), podría comportar en algunos casos el esparcimiento terapéutico que en forma alguna contradice la “*condición de reposo*”, dada la naturaleza del correspondiente tratamiento médico prescrito de ser el caso.

En este aspecto, interesa destacar el grado de afectación que puede tener el estrés laboral en el desempeño de los trabajadores, requiere de una protección del derecho a la salud, como muchas de las enfermedades mentales que paradójicamente han sido ensimismadas por un manto de prejuicios de los patronos, al presumir la mala fe de los ciudadanos y no la real existencia de un padecimiento psicológico, el cual en muchos supuestos puede tener igual grado de incidencia o mayor que una enfermedad física visible.

En ese marco de garantía real de los derechos fundamentales, cabe llamar la atención que la protección del derecho a la salud, abarca la salvaguarda de otros beneficios laborales y funcionariales como las vacaciones, cuando la incapacidad devino dentro de dicho período, ya que el justificante es que no pudo existir un goce pleno del disfrute de las vacaciones cuando la persona se encontraba aquejada de salud, debiendo posteriormente restituirse dicho lapso por un período equivalente al de duración de la enfermedad (*vid.* Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 22 de noviembre de 2011, KHS (C-214/10), véase asimismo sentencia del 10 de septiembre de 2009, Vicente Pereda (C-277/08), consultado en <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-06/cp120087es.pdf>).

A este respecto, cabe reseñar que los argumentos expuestos por la parte recurrente en su escrito de apelación, así como los expuestos en el amparo constitucional no se dirigen a un mero cuestionamiento de disconformidad, sino a elementos materiales de la relación jurídica entre ambos, y la vulneración de los derechos constitucionales de la accionante, por lo que su análisis debe ser resuelto con la prudencia y racionalidad que el caso amerita, más aún cuando en la posible ejecución de éste se encuentra involucrado el derecho constitucional a la salud de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas.

En este sentido y constatado el primer estado de la motivación, respecto a la violación comprobada del derecho a la salud, meritoria de la procedencia de la acción de amparo constitucional que hacen nugatorio el fallo impugnado, debe seguidamente, esta Sala emitir un pronunciamiento expreso sobre el Estatuto particular que rige a la referida ciudadana y a su incapacidad, en atención a la declaratoria de incapacidad residual en 67%

efectuado por el Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, ya que consecuencialmente a la precitada resolución –incapacidad– existen otros efectos ínsitos a la relación jurídica entre ambos.

En este orden de ideas, se aprecia que la accionante en su oportunidad peticionó que “(...) *deje sin efectos la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo antes descrita y ordene al Ministerio Público inicie el procedimiento correspondiente para la incorporación de [su] mandante al régimen de seguridad social de los funcionarios de dicha institución y en consecuencia se le otorga (sic) la pensión de incapacidad establecida en el Estatuto de Personal del Ministerio Público*”.

Ello así, se aprecia que el Estatuto de Personal del Ministerio Público, publicado en la Gaceta Oficial n.º 36.654 del 4 de marzo de 1999, regula lo relativo a la pensión de incapacidad dentro del mencionado organismo, señalando en sus artículos 140 y 141 *eiusdem*, lo siguiente:

Artículo 140.- El Fiscal, funcionario o empleado del Ministerio Público que, sin reunir los requisitos necesarios para la concesión del beneficio de jubilación, sufre enfermedad o accidente grave que le dejare incapacitado para el cumplimiento de sus labores, al término del permiso contemplado en el literal del Artículo 97 y siempre que persista la situación de incapacidad, recibirá una pensión de invalidez, en los montos que se acuerdan en el presente Estatuto.

Parágrafo Único. A los efectos del presente Estatuto, se considerará inválido al fiscal, funcionario o empleado que, a causa de una enfermedad o accidente esté impedido de cumplir sus labores durante más de cuatro (4) meses o de manera permanente.

Artículo 141.- La concesión de una pensión de invalidez, no implica la terminación de empleo público, a no ser que la incapacidad para el desempeño de las labores sea permanente o se haya extendido por más de un (1) año, contado a partir de la concesión de la pensión, caso en el cual se procederá al retiro del fiscal funcionario o empleado del Ministerio Público, concediéndosele la jubilación, si fuere procedente, o conservándose la pensión de invalidez concedida.

Lo aquí dispuesto deja a salvo las previsiones que, al respecto, contengan las normas legales que regulan los regímenes de seguridad social pública. (Destacado de la Sala).

En este sentido, debe el órgano jurisdiccional valorar estos aspectos anteriores a objeto de determinar si resulta procedente la tramitación de la incapacidad de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas, o en su defecto, el beneficio de jubilación conforme lo establecido en el referido artículo 141 del referido estatuto.

Establecido lo anterior, cabe efectuarse un cuestionamiento sobre la posible coexistencia de pensiones otorgadas por diversos organismos, lo cual podría subsistir en el presente caso, en atención al pago por concepto de incapacidad total y permanente a cargo del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales y la posibilidad de ser acordada a su vez otra pensión de incapacidad por parte del Ministerio Público.

En este sentido, se aprecia que en el caso de autos de ser acordada la referida pensión de incapacidad total y permanente por el Ministerio Público existiría una identidad absoluta en cuanto al supuesto de hecho respecto a la del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, por lo que, el otorgamiento de la pensión más beneficiosa hace cesar la otra pensión, para lo cual, el juzgador o el organismo de adscripción debe atender no sólo a la especialidad del régimen estatutario del funcionario sino al aspecto cualitativo y cuantitativo de ambas prestaciones, conforme a la cláusula interpretativa del principio *indubio pro operario* establecida en el artículo 89.3 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, plenamente aplicable al régimen laboral y funcional, el cual señala:

Artículo 89. El trabajo es un hecho social y gozará de la protección del Estado. La ley dispondrá lo necesario para mejorar las condiciones materiales, morales e intelectuales de los trabajadores y trabajadoras. Para el cumplimiento de esta obligación del Estado se establecen los siguientes principios:

Omissis

3. Cuando hubiere dudas acerca de la aplicación o concurrencia de varias normas, o en la interpretación de una determinada norma se aplicará la más favorable al trabajador o trabajadora. La norma adoptada se aplicará en su integridad.

Similar interpretación, pero en el supuesto de la jubilación se realizó por esta Sala en el fallo n.º 165/2005, respecto al reingreso a la Administración Pública y a la asunción del pago de jubilación; por ende cabe concluir en similares términos a la jubilación que la procedencia de la pensión de incapacidad acordada por el Ministerio Público implica la extinción de la pensión preexistente –Instituto Venezolano de los Seguros Sociales–, siempre y cuando exista un mayor beneficio para la afectada de manera de no menoscabar los derechos de la ciudadana Karin del Valle Ochoa Simancas.

En este punto cabe destacar, considerando que sí pueden coincidir las pensiones por incapacidad laboral total y permanente con la de jubilación, ya que parten de distintos supuestos de hecho, el Tribunal de alzada, al momento de analizar los requisitos y específicamente el tiempo de servicio a los efectos de verificar o no la procedencia de la jubilación, deberá atender al criterio expuesto por esta Sala en el fallo n.º 1392 del 21 de octubre de 2014.

Así pues, se observa que este derecho se encuentra consagrado incluso dentro del Texto Constitucional en el artículo 147, cuando establece que es la ley nacional la que se encargará de establecer el régimen de pensiones y jubilaciones de los funcionarios públicos nacionales, estatales y municipales.

En consecuencia, se observa que el prenombrado derecho se erige como un deber del Estado de garantizar el disfrute de ese beneficio ya que el mismo tiene como objeto otorgar un subsidio perenne e intransferible al funcionario, que previa la constatación de ciertos requisitos, se ha hecho acreedor de un derecho para el sustento de su vejez o de su incapacidad, como ocurrió en el caso de autos, por la prestación del servicio de una función pública. Al efecto, cabe citar sentencia de esta Sala n.º 3/2005, en la cual se señaló que:

(...) se incluye en el derecho constitucional a la seguridad social que reconoce el artículo 86 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela –artículos 94 y 2 de la Enmienda de la Constitución de 1961– como pensión de vejez para la persona que cumplió con los requisitos de edad y años de servicio para que sea beneficiaria de tal beneficio de orden social pues su espíritu es, precisamente, garantizar la calidad de vida del funcionario público o trabajador privado, una vez que es jubilado (...)

Visto el contenido y la intención del legislador en dicha norma, es que esta Sala ha entendido el derecho a la seguridad social debe privar aun sobre los actos administrativos de remoción, retiro, destitución o separación del cargo (*vid.* sentencia de esta Sala n.º 1518/2007), verificando preliminarmente al dictamen de este último la procedencia del derecho a la jubilación o en su defecto si existe una causal impositiva de la continuidad de la relación laboral por razones de enfermedad –constatada por las autoridades competentes– de manera de establecer la pertinencia de otorgar una pensión de incapacidad al afectado, tal como se consagra en los artículos 140 y 141 del Estatuto de Personal del Ministerio Público.

En idéntico sentido, se pronunció la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante sentencia N.º 184 del 8 de febrero de 2002 (caso: “*Olga Fortoul de Grau*”), en la cual señaló:

Por lo tanto, la Sala declara sin lugar el amparo por estos motivos. Ahora bien, también observa la Sala que el accionante ha invocado la violación de su derecho social a la jubilación aduciendo reunir los requisitos para ello, y haber hecho la solicitud a ese fin.

Tratándose de un derecho social que no le debe ser vulnerado a la accionante, la Sala ordena se tramite dicha solicitud.

En resumen, debe esta Sala señalar que la imbricación del derecho a la seguridad social no solo abarca a la jubilación sino en igual medida a la incapacidad, por lo que su satisfacción se concibe en un sentido progresivo de los derechos de los ciudadanos (Vid. Sentencia de esta Sala n.º 1392/2014), en aras de garantizar su acceso y efectivo disfrute, más aun cuando el supuesto generado es la incapacidad ya que ésta busca resarcir un perjuicio en las condiciones humanas de una persona que le impiden el ejercicio habitual en sus labores profesionales, sean de carácter temporal o de carácter permanente.

En razón de lo anterior, aprecia esta Sala que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo vulneró derechos constitucionales de la parte accionante, al no haberse pronunciado sobre todos y cada uno de los argumentos expuestos, por lo que, se declara con lugar la acción de amparo constitucional ejercida, y en consecuencia, se anula el fallo dictado el 13 de junio de 2013 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en consecuencia, se ordena a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que emita una nueva decisión respecto al recurso de apelación ejercido contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2010, por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, conforme a lo señalado en este fallo. Así se decide.

Finalmente, se ordena igualmente a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que una vez reciba la notificación respectiva, remita inmediatamente el expediente a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, para que se emita el aludido pronunciamiento.

VI

DECISIÓN

Por las razones que anteceden, este Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la ley, declara:

PRIMERO: CON LUGAR la acción de amparo constitucional ejercida por el abogado Alí Daniels, inscrito en el Instituto de Previsión Social bajo el N° 41.143, actuando en su carácter de apoderado judicial de la ciudadana **KARIN DEL VALLE OCHOA SIMANCAS**, titular de la cédula de identidad N° 11.412.841, contra la sentencia N° 2013-1071 dictada el 13 de junio de 2013 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

SEGUNDO: Se **ANULA** la sentencia impugnada.

TERCERO: Se **ORDENA** a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, que emita una nueva decisión respecto al recurso de apelación ejercido contra la sentencia dictada el 22 de noviembre de 2010, por el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, conforme a lo señalado en este fallo.

CUARTO: Se **ORDENA** a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, que una vez recibida la notificación respectiva, remita inmediatamente el expediente a la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo, para que se emita el aludido pronunciamiento.

Publíquese, regístrese y notifíquese. Archívese el expediente. Cúmplase lo ordenado.

Dada, firmada y sellada en el Salón de Sesiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los 29 días del mes de marzo de dos mil dieciséis (2016). Años: 205° de la Independencia y 157° de la Federación.

La Presidenta,

GLADYS M. GUTIÉRREZ ALVARADO

Vicepresidente,

ARCADIO DE JESÚS DELGADO ROSALES

Los Magistrados,

CARMEN ZULETA DE MERCHÁN

Ponente

JUAN JOSÉ MENDOZA JOVER

CALIXTO ORTEGA RÍOS

LUIS FERNANDO DAMIANI BUSTILLOS

LOURDES BENICIA SUÁREZ ANDERSON

El Secretario,

JOSÉ LEONARDO REQUENA CABELLO

Exp.- 13-1225

CZdM/