

# MANUAL DE PRACTICA FORENSE CONTENCIOSO FUNCIONARIAL

COLECCIÓN PRÁCTICA FORENSE Nº 3


Estudios por:

MANUEL ROJAS PÉREZ

ANDRÉS E. TROCONIS TORRES

RAMÓN ALFREDO AGUILAR

JAVIER A. CAMACHO B.

 editorial jurídica venezolana  
Caracas, 2012

# **MANUAL DE PRACTICA FORENSE CONTENCIOSO FUNCIONARIAL**

Estudios por:

**MANUEL ROJAS PÉREZ  
ANDRÉS E. TROCONIS TORRES  
RAMÓN ALFREDO AGUILAR  
JAVIER A. CAMACHO B.**

**COLECCIÓN PRÁCTICA FORENSE**

**Nº3**

**Editorial Jurídica Venezolana  
Caracas/2012**

by Editorial Jurídica Venezolana

Hecho el Depósito de Ley

Depósito Legal: 1f54020123402098

ISBN: 978-980-365-185-5

Editorial Jurídica Venezolana

Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande,

Apartado 17.598 - Caracas, 1015, Venezuela

Teléfono 762-25-53 / 762-38-42/ Fax. 763-52-39

Email feyv@cantv.net

<http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Diagramación, composición y montaje por: Mirna Pinto, en letra

Book Antiqua 11, Interlineado Exacto 14, Mancha 21 x 12.5

Primera Edición, 2012.

La edición consta de 1500 ejemplares

**CAPITULO III**  
**LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO FUNCIONARIAL**  
RAMÓN ALFREDO AGUILAR

- I. ¿CUÁL ES EL RÉGIMEN DE LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO FUNCIONARIAL?.....51
1. *Asimilación al régimen general del procedimiento civil ordinario*.....51
  2. *Peculiaridades del trámite probatorio en el contencioso funcional*.....51
    - A. *Necesidad de solicitud formal y tempestiva de la apertura del lapso probatorio, Lapsos para promover y evacuar pruebas. Principio de intermediación*.....54
    - B. *Exclusión de posiciones juradas*.....57
    - C. *La carga probatoria en el Contencioso Funcional. El contenido público-social de la función pública y del proceso jurisdiccional que la regula*.....58
- II. ¿EL DOCUMENTO FUNDAMENTAL Y LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA SON REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA QUERELLA?.....71
1. *¿Qué documentos deben acompañarse al libelo o querella funcional?*.....71
    - A. *¿Cuáles son los documentos necesarios para la admisión de la querella?*.....72
    - B. *¿Cuáles son los documentos fundamentales?*.....74
  2. *La reclamación administrativa previa*.....75
- III. ¿CUÁL ES EL VALOR PROBATORIO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO?.....78
1. *Consecuencias de la no remisión del expediente administrativo*.....82
  2. *De la utilización de pruebas contenidas en el expediente*

	<i>administrativo.....</i>	83
3.	<i>De la impugnación del expediente administrativo y/o la desvirtuación de los elementos probatorios que contiene.....</i>	85
A.	<i>Impugnación del expediente administrativo o su copia.....</i>	85
B.	<i>Contradicción del valor probatorio de los instrumentos contenidos en el expediente administrativo.....</i>	89
IV.	CONCLUSIÓN.....	92

## CAPÍTULO III

### LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO FUNCIONARIAL

Ramón Alfredo Aguilar

Profesor de la Universidad Central de Venezuela

#### I. ¿CUÁL ES EL RÉGIMEN DE LA PRUEBA EN EL CONTENCIOSO FUNCIONARIAL?

##### 1. *Asimilación al régimen general del procedimiento civil ordinario*

Salvo las precisiones que de seguida se resaltan, en el proceso funcional no se contempla un régimen probatorio especial, sino que, por remisión que hace la Ley del Estatuto de la Función Pública (LEFP)<sup>1</sup> al Código de Procedimiento Civil (CPC)<sup>12</sup>, la tramitación y valoración de los medios de prueba se realiza conforme a las disposiciones del señalado código adjetivo, que dispone un sistema mixto, de pruebas tarifadas y otras que se aprecian a través de la sana crítica, caracterizado por el principio de libertad probatoria<sup>3</sup> y poderes

<sup>1</sup> *Gaceta Oficial* N° 37.522 del 6 de septiembre de 2002.

<sup>2</sup> *Gaceta Oficial* N° 4.209 del 18 de septiembre de 1990.

<sup>3</sup> Art. 395 CPC: "Son medios de prueba admisibles en juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.

Pueden también las partes valerse de cualquier otro medio de prueba no prohibido expresamente por la ley, y que consideren conducente a la demostración de sus pretensiones. Estos medios se promoverán y evacuarán aplicando por analogía las disposiciones relativas a los medios de pruebas semejantes contemplados en el Código Civil, y en su defecto, en la forma que señale el Juez".

inquisitivos del juez, siempre que no involucre su conocimiento privado<sup>4</sup> ni supla argumentos tácticos de las partes. Así, es admisible en el proceso Contencioso funcional todo medio lícito de pruebas, que se promoverán, admitirán, evacuarán y apreciarán, en la forma dispuesta en el Código Civil, Código de Procedimiento Civil u otras leyes que las regulen (por ejemplo, Ley sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas<sup>5</sup>).

En consecuencia, al igual que en el proceso civil ordinario<sup>6</sup>, todas las pruebas deben promoverse conjuntamente de manera preclusiva dentro del lapso de promoción, salvo los denominados documentos fundamentales (instrumentos en que se fundamente la pretensión, de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido), que si bien también se promueven o técnicamente se reproducen al momento de la promoción a los fines de resaltar el mérito que de ellos se desprende así como su pertinencia, deben ser previamente presentados junto al libelo o querrela, según lo prevé la norma del numeral 5º del artículo 95 LEFP. También debe tenerse presente, la necesidad de acompañar al libelo -especialmente cuando se trata de pretensiones de nulidad-, con los documentos que sean necesarios para determinar la admisibilidad de la demanda, conforme a la norma del artículo 33, numeral 6º de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa<sup>7</sup>, que consideramos aplicable al

<sup>4</sup> "Es necesario cuidarse de no confundir el conocimiento o ciencia personal del juez, con la notoriedad general o judicial; aquél se refiere a los hechos de que el juez es testigo por haberlos conocido fuera del proceso, bien sea en su vida privada o en actividades judiciales, cuando no gocen de notoriedad general. Si el conocimiento del juez es compartido por la generalidad de las personas que conforman el medio social donde ocurrió el hecho o ejercer aquél sus funciones, estaremos en presencia de un hecho notorio, exento de prueba; en el caso contrario ese hecho debe ser probado con los requisitos y medios ordinarios o especiales exigidos por la ley, y el juez no puede eximirlo de prueba a causa del conocimiento personal que de él tiene". (Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo II, Octava Edición, Editorial ABC, Bogotá, 1984, p. 74).

<sup>5</sup> Decreto con Rango y Fuerza de Ley publicado en *Gaceta Oficial* N° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

<sup>6</sup> Art. 396 CPC.

<sup>7</sup> *Gaceta Oficial* N° 39.451 del 22 de junio de 2010.

proceso funcional de manera supletoria<sup>8</sup>. Sobre los instrumentos que deben acompañarse al libelo nos referimos más adelante.

Así mismo, conforme a la norma del artículo 110 del CPC, los escritos de promoción de pruebas y las que se acompañen al mismo, tienen carácter reservado y deben ser conservadas por la secretaría del Tribunal para luego ser agregados a los autos al día siguiente del vencimiento del lapso de promoción, teniéndose los tres (3) días de despacho siguientes, para que cada parte pueda oponerse a las promovidas por la contraparte si las considera manifiestamente ilegales o impertinentes (art. 397 CPC)<sup>9</sup>; debiendo el Tribunal, providenciar sobre la admisión en los tres (3) siguientes a los anteriores (art. 398 CPC). "De la negativa y de la admisión de alguna prueba habrá lugar a apelación y ésta será oída en ambos casos en el solo efecto devolutivo. Si la prueba negada fuere admitida por el Superior, el Tribunal de la causa fijará un plazo para su evacuación (...) Si la prueba fuere negada por el Superior, no se apreciará en la sentencia la prueba si hubiere sido evacuada" (art. 402 CPC).

<sup>8</sup> Si bien en cuanto a las causales de inadmisibilidad de la demanda o querrela, la LEFP en sus artículos 98 y 108, hace expresa remisión a la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, consideramos que con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa es esta última la que debe asumirse como supletoria por regular los aspectos generales de este específico ámbito de competencia y procesos jurisdiccionales. A lo cual debe adicionarse que la novel Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ya no contempla los procedimientos de demandas contra la República, sino se limita a determinados procesos especiales (ante juicio de mérito; procesos ante la sala Constitucional; por derechos colectivos y difusos; habeas data; y contencioso electoral).

<sup>9</sup> En cuanto a la aplicación de estos lapsos para agregar las pruebas, oponerse y admitirse las mismas, debemos observar que si bien la LEFP remite al CPC en referencia a los trámites del juicio o "procedimiento breve", dicho trámite dispone un plazo común para la promoción y evacuación de pruebas, por lo que no resulta aplicable al proceso funcional que dispone expresamente un lapso para promover y otro para evacuar, de forma tal que lo que resulta aplicable, es el trámite previsto en el mismo código adjetivo, pero para el procedimiento ordinario.



## 2. *Peculiaridades del trámite probatorio en el contencioso funcional*

### A. *Necesidad de solicitud formal y tempestiva de la apertura del lapso probatorio. Lapsos para promover y evacuar pruebas. Principio de inmediatez.*

Como nota diferenciadora en el proceso contencioso funcional, encontramos que la apertura del lapso probatorio no se verifica de oficio o por mandato legal como trámite subsecuente a la contestación de la demanda o audiencia preliminar, sino que la norma del artículo 105 LEFP prevé que las partes promoverán sus pruebas, *"dentro de los cinco días de despacho siguientes a la audiencia preliminar, sólo si alguna de las mismas solicita en esa oportunidad la apertura del lapso probatorio"*, vale decir, que en este proceso sólo habrá lugar a la apertura del lapso probatorio (promoción y evacuación) cuando alguna de las partes expresamente lo solicite en la audiencia preliminar, sin lo cual el juez deberá de una vez (al término de la audiencia preliminar) fijar la oportunidad para la celebración de la audiencia definitiva<sup>11</sup>.

Conforme a este peculiar aspecto, la parte que requiera probar sus alegatos de hecho con elementos de convicción distintos a los que consten en autos (documentos fundamentales acompañados a la querrela, expediente administrativo y acto administrativo impugnado de ser el caso), tiene la carga procesal<sup>11</sup> de solicitar formalmente la apertura del lapso probatorio, y a falta de tal solicitud expresa, el proceso pasará directamente a la fase de audiencia definitiva para oír a las partes y revisar oral y contradictoriamente los elementos fácticos y jurídicos que consten en autos, sin que necesariamente deba entenderse que -siempre- se trata de una cuestión o asunto de mero derecho.

<sup>10</sup> Aún cuando el artículo 107 LEFP dispone que la audiencia definitiva se fijará *"vencido el lapso probatorio"*, no debe soslayarse que la norma del artículo 105 *eiusdem* prevé la posibilidad de que no haya lugar a la apertura del referido lapso.

<sup>11</sup> "La carga procesal, se puede definir según esta concepción, como *"la necesidad de realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal"*; de donde se sigue, que no es una obligación, sino un imperativo del propio interés de la parte, frente al cual no existe ningún derecho de la contraria". (Rengel Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Volumen III, Editorial Ex Libris, Caracas, 1991, p. 275.

La norma en referencia es análoga a la del artículo 126 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que fuera interpretada en su momento por la Sala Político Administrativa en el sentido de que debía abrirse el proceso a pruebas, siempre que las partes o el juez no consideraran que el asunto podría resolverse como de pleno derecho, por lo que parte de la doctrina propone que la norma debe interpretarse en ese sentido<sup>12</sup>. De nuestra parte, entendemos que si bien el derecho a probar (promover, evacuar y controlar la prueba) es inmanente e indesligable de los derechos de acción, de defensa y al debido proceso<sup>13</sup>, no es menos cierto que la ley en atención al principio dispositivo deja a la voluntad de las partes muchas iniciativas y actividades que constituyen cargas procesales, que deben ser satisfechas o ejecutadas a los fines de obtener una sentencia o resolución favorable, como ocurre por ejemplo, con la oportuna presentación de la querrela, el ejercicio diligente de los recursos impugnativos que concede la ley, la aportación de pruebas (de promoción; de probar la autenticidad de documentos -art. 445 CPC-; de presentar a los expertos promovidos -art.458 CPC-; y de presentar los testigos promovidos -art.483 CPC-), etc.

Se trata de una opción que permite la rápida resolución de la controversia en los casos en que, conforme al criterio de las propias partes, los documentos y otros elementos probatorios cursantes en

<sup>12</sup> Leal Wilhel, Salvador. "El Contencioso Administrativo Funcionario". En *Temas de Derecho Procesal Civil Libro Homenaje a Felix S. Angula Ariza*, Vol. I, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas/Venezuela, 2003, p. 601-602.

<sup>13</sup> "Para que la defensa sea plena, efectiva, es imprescindible que las partes, todas por igual, tengan la misma oportunidad y libertad para promover y evacuar, dentro de plazos razonables fijados en la ley, todas las pruebas que consideren lícitas, legítimas e idóneas para demostrar la veracidad de lo afirmado por ellas.

Es decir, han de tener en todo proceso judicial (incluido el proceso contencioso-administrativo) la libertad para escoger esas pruebas según los alegatos de hecho, y también de derecho, que hayan planteado al inicio del proceso, de llevarlas al expediente, a que sean admitidas y valoradas por el juez en la sentencia definitiva, a conocer las pruebas de las otras partes, a controlarlas y a contradecirlas si estima que las mismas son ilegales o aún tan sólo impertinentes de cara al tema a decidir". Herrera Orellana, Luis Alfonso. "La Prueba en el Proceso Contencioso-Administrativo". En *Manual de Práctica Forense Contencioso Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, pp. 119-120.

autos sean suficientes para ello. Por el contrario, si las partes o alguna de ellas, considera que a los fines de evidenciar sus alegatos de hecho requiere de otras pruebas adicionales, tendrá el derecho y la carga de solicitar la apertura del lapso probatorio en el decurso de la audiencia preliminar, sin que la supresión del lapso probatorio por falta de interés o solicitud de las partes, implique negativa o violación del derecho de probar<sup>14</sup>. Debiendo aclararse en todo caso, que tal posibilidad de suprimir el lapso probatorio, a falta de solicitud de su apertura, no significa que quede limitada la potestad probatoria del juez, pues aun cuando no haya lugar al referido lapso, siempre podrá aquél conforme a la disposición del artículo 514 del Código de Procedimiento Civil, dictar un auto para mejor proveer a los fines de formar mejor convicción sobre los hechos.

Otra característica propia del proceso funcional en consonancia con su brevedad, viene referida a los lapsos para la promoción y evacuación de pruebas: conforme a las normas de los artículos 105 y 106 de la LEFP, el lapso para la promoción es de cinco (5) días hábiles de despacho y el de evacuación de diez (10) días. De manera que, concordado con las disposiciones del CPC, tendríamos consecutivamente: cinco (5) días para la promoción; un (1) día para que el Tribunal agregue las pruebas al expediente; tres (3) para que las partes puedan oponerse; tres (3) días para que el Tribunal se pronuncie sobre la admisión (admitiendo o negando cada prueba); y diez (10) días para la evacuación. Todos computados en días hábiles de despacho.

" También como característica diferenciadora, encontramos que la norma del mencionado artículo 106 LÉPF prevé que *"El juez o jueza solamente podrá comisionar para las pruebas que hayan de evacuarse fuera de la sede del tribunal"*, con lo cual se da aplicación directa al principio de inmediación y concentración procesal, y se proscribe la posibilidad de comisionar a otros jueces para evacuar testigos, experticias, inspecciones judiciales u otras pruebas, salvo en los casos en que las diligencias deban verificarse fuera del ámbito de competencia territorial del Tribunal. "

<sup>14</sup> Tal previsión, aunque poco común, se ajusta a los principios de economía y celeridad procesal que deben informar a todos proceso jurisdiccional.

## B. *No exclusión de posiciones juradas*

La norma del artículo 78 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR)<sup>15</sup>, preceptúa que "*Ni las autoridades, ni los representantes legales de la República, están obligados a absolver posiciones juradas, ni a prestar juramento decisorio, pero deben contestar por escrito las preguntas que, en igual forma, les hicieren el Juez o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo*".

Conforme a esta norma y otras análogas otrora incluidas en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (derogadas), la doctrina ha entendido que la confesión de los funcionarios públicos queda excluida, si dicha confesión significa confesión de la administración, por lo cual se ha atribuido a la declaración dada por escrito por las autoridades o representantes de la República el carácter de un "testimonio de dudoso valor probatorio"<sup>16</sup>. En referencia al proceso civil de donde se extrae la institución de la confesión provocada (posiciones juradas), también se ha sostenido la inadmisibilidad de confesión resultante de posiciones estampadas contra el Fisco, atendiendo a los privilegios que conceden las leyes que proscriben la confesión ficta<sup>17</sup>, por lo que pareciere que hasta ahora, conforme a la referida doctrina, la prueba en cuestión podría entenderse como no procedente en el proceso contencioso administrativo funcional, especialmente en acciones contra la República.

De nuestra parte, consideramos que de la exégesis de la norma legal en referencia, resulta claro que si puede promoverse y exigirse las posiciones juradas a los entes u órganos de la administración, pero entendiendo que sus "representantes" no están obligados a absolverlas de la "forma" prevista en el CPC, sino que deben dar respuestas por escrito. Atribuyéndosele a estas respuestas escritas el mismo valor probatorio que ostentan aquellas dadas en el marco de un interrogatorio oral, del cual están excusados las autoridades públicas. Nótese que si el legislador hubiere querido excluir la prueba de posiciones juradas respecto de la República o demás entes públicos, simplemente así lo hubiere establecido, siendo que por el

<sup>15</sup> *Gaceta Oficial* N° 5.892 Extraordinario de 31 de julio de 2008.

<sup>16</sup> Leal Wilhel, Salvador. *El Contencioso Administrativo Funcional*. En *Temas de Derecho Procesal Civil Libro Homenaje a Felix S. Angula Ariza*. Vol. I; Tribunal Supremo de Justicia. Caracas/Venezuela, 2003. p. 603.

<sup>17</sup> Rengel-Romberg, Aristides. *Ob. Cit.* Vol. IV, p. 57.

contrario, expresamente reguló la prueba en los juicios contra la República, pero modificando la "forma" para su evacuación. Tal es, el único sentido interpretativo que puede darse al texto de la ley, cuando dispone que "*deben contestar por escrito las preguntas que, **en igual forma** les hicieren el Juez o la contraparte sobre hechos de que tengan conocimiento personal y directo*".

Por otra parte, de no admitirse la prueba contra la República, quedaría vaciada de contenido la previsión de que las posiciones juradas son admisibles como pruebas en los procesos contencioso administrativos, pues uno de los requisitos formales de dicha prueba es la reciprocidad<sup>18</sup>, de manera que la prueba resultaría siempre inadmisibile, pues ni podría solicitarla el querellante al ente empleador (muchas veces la República u otro ente con privilegios), ni podría el querellado solicitarlo al funcionario, pues no puede comprometerse a absolverlas recíprocamente.

Por demás consideramos que esta prueba podría resultar de suprema utilidad cuando se pretenda demostrar determinadas actuaciones fácticas del ente u órgano querellado, las actuaciones desplegadas por algunos funcionarios, e incluso algunas condiciones de trabajo o prestación de servicios inherentes a la causa.

C. *La carga probatoria en el Contencioso Funcionarial. El contenido público-social de la función pública y del proceso jurisdiccional que la regula*

C.I. *¿Qué es la carga probatoria y a quién corresponde?*

Como otro elemento que diferencia al proceso funcionarial del contencioso administrativo general, encontramos las disposiciones relativas a la carga probatoria, íntimamente relacionado con la naturaleza jurídica de la actividad de empleo público y el derecho sustantivo que lo regula, cuyo carácter mixto (público -social) consideramos está de manifiesto.

La carga probatoria es entendida por Devis Echandia, como "(...) una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar, cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las

<sup>18</sup> Art. 406 CPC: "La parte que solicite las posiciones deberá manifestar estar dispuesta a comparecer al Tribunal a absolverlas recíprocamente a la contraria, sin lo cual aquéllas no serán admitidas.

partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte"<sup>19</sup>.

En el proceso civil, conforme a las reglas contenidas en las normas de los artículos 1.354 del Código Civil y 506 del Código de Procedimiento Civil, de manera general y conforme al principio dispositivo,

"corresponde a la parte que afirma un hecho, esto es, aquella que tiene interés en obtener la consecuencia jurídica que asigna la norma general y abstracta a ese hecho, demostrar al juez la realización concreta del mismo y provocar en él la convicción de verdad del hecho; y a la parte que tiene interés en obtener el rechazo de la pretensión, demostrar los hechos extintivos o modificativos de la misma"<sup>20</sup>.

Mientras que la norma del artículo 254 CPC, dispone que: "Los jueces no podrán declarar con lugar la demanda sino cuando, a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella. En caso de duda, sentenciarán a favor del demandado, y, en igualdad de circunstancias, favorecerán la condición del poseedor, prescindiendo en sus decisiones de sutilezas y de puntos de mera forma".

En consecuencia, la regla general es que a cada parte le corresponde probar sus respectivas alegaciones de hecho -constitutivas o extintivas de la pretensión-, salvo en los casos en que la ley los exima de prueba, como ocurre con los hechos admitidos, los hechos notorios, los hechos negativos de carácter absoluto y aquellos favorecidos por una presunción.

### C.2. *¿Qué corresponde probar al ente u órgano empleador?*

"En los procesos contencioso administrativos en general muchas veces se persigue por el accionante la declaración de nulidad de uno o más actos administrativos, enfrentándose a la circunstancia que conforme a las normas propias del derecho administrativo y en especial aquellas que conceden ejecutividad y ejecutoriedad a los actos administrativos, se ha concedido presunción de legalidad a dichos actos, así como a los distintos documentos administrativos contenidos en el respectivo expediente. Con lo cual, en radical diferencia con el proceso civil, correspondería al demandante toda la carga probatoria, pues debería demostrar la falsedad, errores, ilegalidad

<sup>19</sup> Devis Echandia, Hernando. *Ob. Cit.* p. 149.

<sup>20</sup> Rengel-Romberg, Aristides. *Ob. Cit.* Vol. III, p. 277.

y/o nulidad del acto que se ataca o de los instrumentos administrativos en que se fundamenta, sin lo cual sería declarada sin lugar su pretensión.

Sin embargo, en la actualidad, y en atención a las garantías constitucionales a la tutela judicial efectiva se sostiene:

"Considerar que la autoridad administrativa demandada está eximida de demostrar la veracidad de sus afirmaciones de hecho que constan en actos ejecutivo y ejecutorios, o aún peor, en meros documentos administrativos, por estar investidas de una presunción de legalidad y veracidad, es actuar directamente en violación de lo establecido en los artículos 26, 49, 257 y 259 de la Constitución, que no sólo garantizan el derecho a la defensa y la igualdad de las partes en el proceso judicial, sino también el que el juez debe verificar, comprobar, a cuál de las partes asiste la razón, y ello sólo puede lograrlo si comprueba, a través de las pruebas llevadas al proceso por la actividad probatoria de las partes, cuál de las dos dice la verdad y, por tanto debe ser tutelada en su situación jurídica subjetiva."<sup>21</sup>

Así mismo, Miguel Ángel Torrealba, enseña:

"Sin embargo, hay que tomar en cuenta que la carga de la prueba se rige por el principio general que postula que a cada parte corresponde probar sus afirmaciones tácticas, por lo que la llamada presunción de legitimidad, no significa que haya realmente una presunción propiamente dicha a favor de la legalidad del acto administrativo impugnado que tenga que ser desvirtuada por el recurrente, sino que la misma limita sus efectos a la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo.

En efecto, la doctrina mayoritaria postula, en lo que respecta a la carga de la prueba en el contencioso - administrativo, que ésta dependerá del tipo de contencioso de que se trate. En el de responsabilidad se aplica el principio establecido en el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil. En el contencioso de nulidad, como ya se señaló, se ha atenuado la presunción de legalidad del acto administrativo en el sentido de que corresponde a la Administración probar la legalidad de éste, sobre todo si se considera que esta prueba está generalmente en poder de la Administración. En ese mismo sentido, se han referido sentencias que apuntalan este criterio, y se concluye señalando que "la presunción de validez del acto, si bien tiene efectos de reconocida

<sup>21</sup> Herrera Orellana, Luis Alfonso. "La Prueba en el Proceso Contencioso-Administrativo". En *Manual de Práctica Forense Contencioso Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, p. 125.

importancia (...) no tiene mayor relevancia en el curso del proceso contencioso administrativo a los efectos de la carga probatoria, pues no basta el dicho de la Administración contenido en el acto administrativo para convencer al juez de la veracidad del mismo. La presunción de validez del acto administrativo es, en otros ámbitos jurídicos, un imperativo de la seguridad jurídica, pero no encuentra asidero alguno de otro del proceso en el que precisamente se cuestiona su validez'.

En el caso de vicios de incompetencia y de procedimiento, se invierte la carga de la prueba, y corresponde a la Administración demostrar que el titular del órgano era competente y que se tramitó el procedimiento de forma adecuada. En los vicios de inmotivación o falso supuesto, la falta de remisión del expediente administrativo se considera como una falta de prueba de la Administración y por tanto como una presunción en su contra. Es más, la falta de remisión de los antecedentes ha llevado a los Tribunales contencioso-administrativos a aplicar el principio *in dubio pro* recurrente, pues es la única manera de compensar con la existencia de la presunción de legalidad del acto administrativo.

Por otra parte, conforme a la jurisprudencia contencioso-administrativa, existen casos en los que la carga de la prueba no corresponde al accionante, a saber: 1) Cuando se alega la incompetencia; 2) Cuando no se remite el expediente administrativo; 3) Cuando la Administración alega un hecho nuevo modificadorio; 4) Cuando se alega falso supuesto del acto administrativo; 5) Cuando se trata de actos ablatorios."<sup>22</sup>

Se observa entonces que la doctrina administrativa contemporánea coincide en la necesidad de que la administración, pruebe sus respectivas alegaciones, y más aún que evidencie la legalidad del acto que se impugna, lo cual cobra especial relevancia en el derecho funcional en materia de actos y procedimientos disciplinarios, respecto de los cuales la presunción de certeza del acto chocaría con la presunción de inocencia del funcionario, y en consecuencia, corresponde a la administración probar la veracidad de sus sustentos fácticos y no al accionante demostrar su falsedad o falta de correspondencia con la realidad de los hechos.

En el contencioso funcional, abundan las querellas que pretenden la nulidad de actos de la administración empleadora, especialmente de naturaleza disciplinaria (destituciones) y otros que presuponen la ejecución de actividades previas que la ley dispone en

<sup>22</sup> Torrealba Sánchez, Miguel Ángel. *Ob. Cit.*, pp. 143-145



garantía del derecho de estabilidad del funcionario (como por ejemplo, trámites reubicatorios, procedimientos de reducción de personal, etc.), respecto de los cuales, consideramos -sumándonos a los autores citados- que siempre corresponde al empleador la carga de probar la legalidad de sus actuaciones, en especial, en lo relativo a la efectiva existencia de la falta cometida (hecho) que dio lugar a la sanción disciplinaria, o del estricto cumplimiento de los trámites que debieron preceder al acto de remoción o retiro. Para lo cual luce como prueba idónea el contenido del expediente administrativo, sin que ello límite a la administración, quien podrá además aportar otras pruebas que coadyuven a demostrar la veracidad de sus afirmaciones.

Así mismo, en materia de estabilidad de los funcionarios públicos se entiende conforme a la previsión del artículo 146 Constitucional, que los cargos de los órganos de la Administración Pública son "de carrera", constituyendo una excepción "*los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los contratados y contratadas, los obre-ros y obreras al servicio de la Administración Pública y los demás que de- termine la Ley*", con base en lo cual, se entiende que en las querellas en las que la impugnación de los actos administrativos de remoción y retiro, obedece a la calificación hecha por parte de la Administración de cualquier cargo existente dentro de la estructura organizativa de ésta como de libre nombramiento y remoción, debe tenerse, de acuerdo a la regla establecida en el artículo 146, que el cargo ostentado por el querellante es de carrera, quedando en consecuencia, a cuenta de quien alega lo contrario, en este caso, de la Administración empleadora, la carga procesal de probar la procedencia de la excepción, es decir, que el cargo corresponde a los denominados de libre nombramiento y remoción (de confianza o alto nivel conforme a las previsiones de los artículos 20 y 21 LEFP).

Añadidamente, ténganse en consideración que la procedencia de muchas pretensiones de orden funcional-laboral, de contenido patrimonial (como el pago de prestaciones sociales, el ajuste de la pensión de jubilación, el pago de indemnizaciones o contraprestaciones adeudadas, indemnizaciones por infortunios de trabajo, etc.), dependerá de la demostración de elementos fácticos de poco o ningún acceso al funcionario, que por el contrario estarían en manos del ente u órgano empleador, como ocurre con los recibos o comprobantes de pago de sueldos, salarios o remuneraciones necesarios para establecer el salario de base para el cálculo de prestaciones o estipular la pensión de jubilación, el cumplimiento de las normas de higiene y seguridad laborales, etc; casos en los cuales, en aplicación

del principio procesal de "facilidad de la prueba", corresponderá aportar las mismas, a la parte a la cual se le hace más fácil incorporarla al proceso<sup>23</sup>. Este aspecto, sin embargo, como veremos seguidamente se enfrenta a la concepción que se posea del proceso funcional y en ocasiones requerirá de una diligente y correcta utilización de los medios probatorios pertinentes -por ejemplo, la exhibición de documentos- para lograr la "obligatoria" colaboración del ente u órgano accionado.

*C.3. ¿Cuáles son las consecuencias probatorias de los privilegios de la República y otros entes? ¿A quién corresponde la carga probatoria si el querellado goza de privilegios procesales?*

No obstante lo expuesto en relación a la necesidad de que la administración querellada despliegue una efectiva actividad probatoria y/o colabore con la aportación de las pruebas que se encuentran en su poder, en especial en los supuestos antes examinados, debe advertirse que la norma del artículo 102 de la LEFP, dispone que: "*Si la parte accionada no diere contestación a la querrela dentro del plazo previsto, la misma se entenderá contradicha en todas sus partes en caso de que la parte accionada gozase de este privilegio*"; con lo cual, una interpretación gramatical conllevaría a concluir que en la mayoría de los procesos que versen sobre querrelas funcionariales, en tanto se siguen contra entes públicos dotados de privilegios<sup>3214</sup>, bastaría a la parte querellada con no dar contestación a la querrela, o rechazarla de forma pura y simple, para que se entienda contradicha la demanda en todas sus partes, incluyendo los alegatos de hecho, y por consecuencia, TODA la carga probatoria recaiga sobre el querellante. Frente a esto, impregnados de un elemental sentido de justicia y equidad, consideramos que en virtud de las nociones antes transcritas y en atención al carácter social que también corresponde al derecho funcional, no puede ser tal la solución que debe darse al tema de la carga probatoria.

<sup>23</sup> SPA-TSJ Sent. N° 1.257.

<sup>24</sup> Gozan de tal privilegio, la República conforme a la norma del artículo 68 LOPGR; los Estados por extensión de los privilegios de la República, conforme al artículo 36 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público. (*Gaceta Oficial* N° 39.140 del 17 de marzo de 2009); y los Institutos Públicos, conforme al artículo 98 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. (Decreto Ley publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.890 Extraordinaria de fecha 31 de julio de 2008).

Entendemos que la relación de empleo público está compuesta por múltiples situaciones jurídicas cuya regulación por el derecho aún no se encuentra enteramente elaborada, en especial en nuestro país, donde la doctrina y la jurisprudencia administrativa continúan sosteniendo una marcada diferenciación en el tratamiento de los trabajadores ordinarios, regidos por la Ley Orgánica del Trabajo<sup>25</sup>, y el de los funcionarios públicos regidos por la LEFP y otros estatutos de personal de dudosa constitucionalidad<sup>26</sup>, para lo cual se insiste reiteradamente en el carácter "Estatutario" de la Función Pública, que por supuesto está inmersa en fundamentales aspectos de derecho público, por su relación con los fines mismos de la administración, el régimen de escogencia y estabilidad (carrera) de los funcionarios, la relación de sujeción que los vincula con la administración y las potestades disciplinarias<sup>27</sup>.

Empero, al mismo tiempo, debe considerarse que del otro lado de la relación funcional, se encuentran los "funcionarios", que no son más ni menos que personas naturales (seres humanos) que prestan *servicios personales por cuenta ajena, a cambio de una remuneración y bajo relación de subordinación y dependencia*, vale decir, "trabajadores"<sup>28</sup>, por lo que ellos mismos y la actividad que desempeñan (aún en favor de un empleador público y en ejercicio de un servicio público) quedan inmersos en la protección concedida constitucionalmente <sup>\*26</sup>

<sup>25</sup> *Gaceta Oficial* N° 4240 Extraordinario de 20 de diciembre de 1990, con reforma publicada en *Gaceta Oficial* 5.152 de fecha 19 de junio de 1997.

<sup>26</sup> Dictados en franca violación de la estricta reserva legal y Estatutaria que ordena la Constitución Nacional ex artículos 144 y 152, núm273<sup>^</sup> a prestación de empleo público posee características que la vinculan estrechamente con el derecho público y específicamente administrativo, pues en ella se involucran los intereses patrimoniales y los fines mismos de la administración, de innegable contenido o interés general, limitado por aspectos presupuestarios y que además implica una especial regulación de la gestión de empleo público, que proscriba arbitrariedades y ventajismo político o personal al momento de la elección y nombramiento de los funcionarios, que garantice la idoneidad y eficiencia de éstos por medio de los concursos de ingreso y ascenso, así como su protección a través de la consagración de la carrera administrativa y su especial régimen de estabilidad. Todo lo cual, justifica el propósito y mandato constitucional de regir estatutariamente *algunos* de los aspectos relevantes de dichas relaciones (ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retira<sup>^</sup>. Como legalmente se define en el artículo 39 LOT.

al trabajo como hecho social<sup>29</sup>, sin que el carácter Estatutario de la relación, que regula aspectos específicos de la misma, de forma alguna pueda implicar el desconocimiento de otros principios y garantías constitucionales concebidas a favor de "todos" los trabajadores, cuya concepción además es de carácter prácticamente universal por estar dispuestos en pactos internacionales y ostentar la categoría de derechos humanos fundamentales.<sup>30</sup>

La importancia de este carácter o composición híbrida o mestiza de la relación funcionarial, también tiene o debe tener influencia en los aspectos adjetivos, aparejados al llamado "proceso de laboralización de la función pública"<sup>31</sup>, que ha implicado el traslado y tratamiento por parte de la jurisdicción contencioso administrativa, sobre aspectos, derechos e instituciones netamente laborales (vacaciones, prestación de antigüedad, condiciones y medio ambiente de trabajo, contratación colectiva, huelga, etc.), que al mismo tiempo reclaman el debido tratamiento procesal, propio de tales derechos sociales<sup>32</sup>. En materia de carga probatoria, a la cual nos concretamos en este trabajo, encontramos de una parte la existencia de privilegios a favor de los entes públicos que prácticamente les liberan de toda actividad

<sup>29</sup> Tal y como lo define expresamente el artículo 89 Constitucional.

<sup>30</sup> Todo aquél que somete su libertad a la potestad de otro como medio lícito e idóneo para procurar dignamente su sustento y el de su familia, *per se*, está regido por las instituciones propias de un derecho de naturaleza tuitiva y garantista: el derecho social.

<sup>31</sup> De Pedro Fernández, Antonio. *Derecho de la Función Pública. La Experiencia Venezolana*. Vadell Hermanos Editores, Caracas, Venezuela, 2004. Pp. 99-101. También puede apreciarse en Caballero Ortiz, Jesús. *Incidencias del Artículo 8 de la Ley Orgánica del Trabajo en el Régimen Jurídico del Funcionario Público*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1991; y en Carrillo Artilles, Carlos Luis. *La Reorbitación de los Deberes y Derechos de los Funcionarios Públicos en la Ley del Estatuto de la Función Pública*. En, *El Régimen Jurídico de la Función Pública en Venezuela*. Fudena, Caracas, 2005. *Ob. Cit.* p. 82-83.

<sup>32</sup> Es así como en España la novel Ley reguladora de la Jurisdicción Social (Ley 36/2011, de 10 de octubre) dispone competencia a dicha jurisdicción social para conocer de asuntos sociales (higiene y seguridad en el trabajo y las respectivas reclamaciones por infortunios) incluso en casos entre los funcionarios públicos y las administraciones empleadoras. Dándose igual tratamiento procesal, indistintamente del carácter estatutario de la relación. Par el tema: *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*. Directores: Blasco Pellicer, Ángel y Goerlich Peset, José María. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

probatoria, y frente a éstos, los privilegios procesales que también deberían reconocerse a los funcionarios en tanto que débiles jurídicos: prestadores de servicios asalariados y subordinados<sup>34</sup>. Lo que ostensiblemente crea una confrontación de instituciones jurídicas de muy compleja ponderación.

En el proceso laboral (ordinario), en atención a la necesaria consideración del trabajador como débil jurídico, se contempla un sistema de carga probatoria distinto al sistema civil, fundamentado también en el principio de lealtad y probidad procesal, conforme al cual, al dar contestación a la demanda el accionado debe determinar "*con claridad cuáles de los hechos invocados en la demanda admite como ciertos y cuales niega o rechaza y expresar asimismo, los hechos o fundamentos de su defensa que creyere conveniente alegar*"<sup>34</sup>, obligándose entonces a una contestación "exhaustiva", en la que no basta con negar genéricamente los hechos y las pretensiones, sino que es menester dar las explicaciones y razones de la negativa o rechazo, afirmando los hechos o fundamentos de la defensa, que luego **deberán ser probados por el accionado**, desplazando así la carga probatoria. Con

esto, en el proceso laboral, se sincera y equilibra la carga probatoria, obligando al patrono accionado a actuar con lealtad al negar un hecho, pues salvo que se trate de negar circunstancias extraordinarias (como las labores en horas extras, pago de comisiones, etc.) deberá dar las explicaciones que justifiquen su rechazo.

<sup>33</sup> "La regla general en toda relación jurídico procesal, consiste en que el juez mantendrá a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas sin preferencia ni desigualdades, lo cual es una manifestación del derecho constitucional a la igualdad que por lo demás no está consagrado como un derecho absoluto, es decir, que en su desarrollo legislativo puede ser encuadrado su ejercicio dentro de límites y condiciones que no transgredan su núcleo esencial.

Es así como, en el ámbito procesal el legislador ha establecido excepciones a esa igualdad formal de las partes en el proceso, creando prerrogativas o privilegios procesales a favor de cierta categoría de sujetos. Concreciones de estas excepciones son las prerrogativas otorgadas a la República, y por extensión, cuando una disposición legal expresa así lo consagre, a otros entes públicos; y las consagradas a favor de los trabajadores a quienes la Constitución les otorga una protección especial, dada la consideración del trabajo como hecho social". (SCS. TSJ. Sent. N° 989 de fecha 17 de mayo de 2007).

<sup>34</sup> Art. 72 Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT). Publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.504 de fecha 13 de agosto de 2.002.

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

De forma muy diferente, aún el proceso contencioso funcional no ha alcanzado a absorber estos principios procesales, que además entran en franco contraste con los privilegios de la República, en especial aquellos que la liberan de la confesión ficta y que ante la no contestación de la demanda, presuponen ésta como contradicha en todas sus partes, tal y como lo reafirma el citado artículo 102 LEPP. Y es que el referido privilegio, como se ha indicado conlleva en la práctica al total desplazamiento de la carga probatoria sobre la parte que se contrapone a la República o ente con privilegios, aún cuando, como ocurre en materia de relación empleador-funcionario, se conoce que los medios probatorios se encuentran generalmente en manos del empleador. Es por ello que, a pesar de la existencia legal de aquél privilegio, en la jurisdicción laboral, de alguna manera ha cedido terreno ante el derecho social, como lo sostiene la doctrina<sup>35</sup> y ha sido reconocido por sentencias de la Sala Constitucional<sup>36</sup>. Así mismo, la propia Sala Constitucional ha reconocido la posibilidad de que el legislador laboral extienda las instituciones procesales laborales a los funcionarios en relación a los derechos laborales que les corresponden<sup>37</sup>, lo cual guardaría un notable sentido de equidad y de justicia, cuya ausencia conlleva a que en procesos análogos (por su contenido sustantivo) se adopten soluciones diametralmente opuestas, como ocurre hoy en día.

<sup>35</sup> García Vara, Juan. *Procedimiento Laboral en Venezuela*, Editorial Melvin, Caracas, 2004, pp. 48-50.

<sup>36</sup> Número 3524/2005 de 14 de noviembre y N° 1116/2010 de 16 de noviembre.

<sup>37</sup> En sentencia N° 1.137 del 8 de junio de 2005, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, ha dejado abierta la puerta para que el legislador laboral "*extienda expresamente a los funcionarios públicos al servicio de la Administración Pública nacional, estatal o municipal la regulación material y procesal del derecho a las prestaciones sociales tutelado por el artículo 92 constitucional*" (Subrayado nuestro), es decir, para que el legislador ordene la aplicación del lapso de prescripción y no de caducidad a las pretensiones de pago de prestaciones sociales, con lo cual además, la misma Sala reconoce la estrecha vinculación del derecho funcional y contencioso funcional, con el derecho del trabajo y el procesal laboral.

En conclusión, consideramos que en cada caso concreto, el juez funcional, debe ponderar al examinar la carga probatoria, si se trata de elementos estrictamente laborales, a los que el funcionario no tiene acceso y que por el contrario, podrían y deberían ser aportados por el empleador, entre otros: la prueba de las remuneraciones y beneficios percibidos y su quantum, el pago de intereses sobre prestación de antigüedad; la fórmula de cálculo y pago de beneficios legales o contractuales; las funciones efectivamente realizadas por el funcionario; las faltas presuntamente cometidas que dan lugar a la sanción impuesta; la existencia de una relación contractual que excluya la carrera; el cumplimiento por parte del empleador de las normas de higiene y seguridad (notificación de riesgos, análisis de puestos de trabajo, dotación de implementos, oportuna notificación de accidente o enfermedad profesionales, etc.); constancia de disfrute efectivo de vacaciones; inscripción del funcionario en los sistemas de seguridad social y pago de cotizaciones o contribuciones; etc.

Advertimos que estas nociones, aunque inscritas en los principios generales del derecho social y del derecho procesal, aún se encuentran en elaboración, por lo que corresponde a los justiciables la exigencia de su aplicación, al tiempo de no abandonar la diligencia en la promoción de otras pruebas que equilibren las diferencias dimanadas de los privilegios.

*C.4. ¿Qué pruebas puede utilizar el querellante para equilibrar la carga probatoria frente a los privilegios de la Administración? La prueba de exhibición de documentos.*

En tanto la ley y la jurisprudencia no reconozcan de manera enfática la proscripción de los privilegios de la República y otros entes en los juicios de carácter social, es menester que los litigantes hagan uso diligente y eficaz de los medios probatorios que permiten forzar la colaboración de aporte probatorio por parte de la administración privilegiada, y en tal sentido obran como fundamentales, la insistencia en la solicitud y remisión del respectivo expediente administrativo -al cual nos referiremos seguidamente- así como la promoción de pruebas de exhibición de documentos, informes a terceros, e inspecciones judiciales.

Aun considerando que las condiciones de trabajo y los instrumentos que por su naturaleza deben estar en manos del empleador deben ser probados y/o aportados por éste, y aún cuando muchos de esos instrumentos e información debería estar contenida en el respectivo expediente administrativo, recomendamos promover la prueba de exhibición de documentos, prevista en el artículo 436 del

CPC, siendo cuidadosos de acompañar copias de los instrumentos cuya exhibición se pretende o detallando los hechos (datos) que de ellos se evidencien, al tiempo de enunciar y acompañar los medios de pruebas que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder del querellado. Este requisito de probar que el instrumento se halla en poder del adversario, puede obviarse, cuando se trate de documentos que por mandato legal deben ser llevados por el empleador<sup>38</sup>.

Esta prueba puede resultar de gran pertinencia a los fines de evidenciar los sueldos (salarios), primas, bonos y demás conceptos de naturaleza salarial, que conforman hechos constitutivos a los fines de establecer el pago de la prestación de antigüedad, el ajuste de una pensión de jubilación, el monto de una indemnización por infortunios del trabajo, o la determinación de los "beneficios dejados de percibir" como indemnización que se exige en casos de nulidad de actos de retiro, remoción o destitución; para determinar la existencia de documentos administrativos de los cuales el funcionario sólo posea copia (notificaciones de aumentos salariales, concesión de permisos, licencias, traslados, asensos, evaluaciones, etc.); o simplemente de cualesquiera instrumentos que poseídos por el empleador, contengan elementos de convicción inherentes a la causa. Según se ha señalado, lo importante es que se promueva legalmente la prueba, es decir, acompañando copia del instrumento, o en su defecto, señalando claramente (en el mismo escrito de promoción) los datos exactos que dicho documento contiene, pues será dicha copia o los referidos datos, los que se darán por fidedignos en caso de que la parte requerida no verifique la exhibición intimada por el Tribunal en la oportunidad respectiva<sup>39</sup>. Así mismo, a los fines de la admisión y valoración de la prueba, es requisito fundamental que se aporte junto con la promoción, medios de pruebas que constituyan por lo

<sup>38</sup> En tal sentido, resulta aplicable por analogía la disposición del Artículo 82 LOPT: *"Cuando se trate de documentos que por mandato legal debe llevar el empleador, bastará que el trabajador solicite su exhibición, sin necesidad de presentar medio de prueba alguno, que constituya por lo menos, presunción grave de que el mismo se encuentra o ha estado en poder del empleador."*

<sup>39</sup> Artículo 436 CPC: *"...Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere de autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento"* (Subrayado nuestro)..



menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder del adversario, o invocar (cuestión que debe ser ponderada por el juez) que se trata de documentos que por mandato legal o por su propia naturaleza debe llevar el empleador, como ocurriría con las declaraciones de impuesto sobre la renta, las nóminas de empleados, los contratos de trabajo, las evaluaciones, los recibos de pago de nómina, de vacaciones, bonificaciones de fin de año, etc.

También en relación a esta prueba de exhibición debe considerarse la posibilidad de que los documentos requeridos se encuentren o sean poseídos por distintos organismos públicos, casos en los cuales a los fines de la correcta promoción de la prueba, debe atenderse el elemento de la personalidad jurídica, pues si se trata de órganos que pertenecen al mismo Ente<sup>40</sup> querellado (República, Estados, Municipios, Institutos Públicos), entonces, indistintamente del órgano de que se trate, igualmente correspondería al Ente la carga de ubicarlos y exhibirlos. Por el contrario, como puede ocurrir en los casos en que se pretenda la declaración del derecho de jubilación, si la persona prestó servicios en diversos entes y se requiere información poseída por éstos, lo pertinente sería solicitar a los entes distintos al querellado (u órganos que pertenezcan a éstos), los respectivos instrumentos, pero a través de la prueba de "informes" regulada en el artículo 433 del CPC, y no conforme a la prueba de exhibición.

<sup>40</sup> Artículo 15 Ley Orgánica de la Administración Pública: "... Se entiende como órganos, las unidades administrativas de la República, de los estados, de los distritos metropolitanos y de los municipios a los que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos, o cuya actuación tenga carácter regulatorio. Tendrá el carácter de ente toda organización administrativa descentralizada funcionalmente con personalidad jurídica propia: sujeta al control, evaluación y seguimiento de sus actuaciones por parte de sus órganos rectores, de adscripción y de la Comisión Central de Planificación". (resaltado y subrayado nuestro).

## II. ¿EL DOCUMENTO FUNDAMENTAL Y LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA SON REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA QUERELLA?

### 1. ¿Qué documentos deben acompañarse al libelo o querrela funcional?

Conforme a la norma del artículo 95 LEFP, "los instrumentos en que se fundamente la pretensión, esto es, aquellos de los cuales se derive inmediatamente el derecho deducido"<sup>41</sup>, deben producirse junto con la querrela, constituyendo un aporte preliminar de pruebas instrumentales que permite al juez examinar la pretensión y a la vez al demandado ejercer adecuadamente la defensa de sus derechos. La complejidad del asunto se presenta en la determinación de cuáles instrumentos se consideran como fundamentales, en tanto que su presentación oportuna pudiera constituir una causal de inadmisión de la querrela, o aun cuando ésta haya sido admitida, impedir posteriormente la admisión o valoración del instrumento, por no haber sido acompañado en la oportunidad procesal prevista por la ley.

La LEFP a los fines de la admisión de la querrela remite a las causales previstas para su inadmisibilidad en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo como hemos referido previamente<sup>42</sup>, entendemos que en la actualidad la remisión debe entenderse hecha a la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LOJCA), que dispone en su artículo 33, numeral 6, la carga de que el demandante acompañe a su libelo "los instrumentos de los cuales se derive el derecho reclamado", y que conforme a su artículo 35, numeral 4, establece como causal de inadmisibilidad, "no acompañar" los documentos indispensables para verificar dicha admisibilidad.

Como se aprecia, se trata de dos distintas categorías de instrumentos, debiendo diferenciarse entre los "*documentos fundamentales*"

<sup>41</sup> "Observa la Sala que el documento fundamental es aquél del cual deviene inmediatamente la pretensión procesal, es decir, sin el cual ésta carece del posible sustento probatorio instrumental. Por ello, corresponde analizar los alegatos de la accionante, constitutivo de su pretensión, a fin de establecer la relación jurídica de la cual se alega nace el derecho reclamado, y así verificar si de los documentos acompañados al libelo se pueden derivar inmediatamente sus derechos". (SPS TSJ. Sent. N° 00449, del 11 de mayo de 2004).

<sup>42</sup> Véase nota al pie de página N° 8.

que según se ha señalado son aquellos de los cuales deriva inmediatamente el derecho deducido, de los "los documentos indispensables para verificar la admisibilidad de la demanda", los cuales tienen especial relevancia en las pretensiones de nulidad, para cuya admisibilidad se requiere por ejemplo, el original o copia del acto contra el cual se acciona (a los fines de verificar la legitimación, la competencia del tribunal, etc.), así como la boleta o acto de notificación, a los fines de verificar la tempestividad del ejercicio de la acción. La consecuencia de no presentar los segundos, sería que el tribunal se abstenga de admitir la querrela y a través de un despacho saneador ordene la incorporación del o los documentos necesarios<sup>43</sup>, mientras que la no presentación oportuna de los documentos fundamentales (junto con la querrela o libelo de demanda), traería como consecuencia que los mismos no puedan ser válidamente presentados en otra oportunidad y por vía consecuencia -siendo los que con- tienen o dan sustento a lo pretendido- se declare la improcedencia (sin lugar) de la respectiva pretensión al momento de dictarse la sentencia definitiva.

#### A. *¿Cuáles son los documentos necesarios para la admisión de la querrela?*

En relación a los documentos necesarios para la admisión, se sostiene:

"En similar orientación, se ha señalado que los instrumentos fundamentales que deben acompañar al libelo dependerán del tipo de recurso incoado. Si se trata de un recurso contencioso-administrativo de anulación, deberán acompañarse los documentos que comprueben el agotamiento de la vía administrativa o que comprueben que el acto causó estado, o bien que ha operado el silencio administrativo negativo. Si se trata de una demanda contra la República, los documentos que acrediten el cumplimiento del procedimiento administrativo previo. Si se trata de la impugnación de actos administrativos de efectos generales, un ejemplar o copia del instrumento, el respectivo poder y los otros documentos que se hagan valer en apoyo de la solicitud de nulidad.

<sup>43</sup> Entendemos que tal debe ser la actuación del Tribunal, por aplicación analógica de la norma del artículo 36 LOJCA.

También señala que el criterio jurisprudencial ha sido tendiente a inadmitir sólo cuando no puede verificar los requisitos de admisión, y que aunque no se acompañe copia del acto impugnado, si se ha indicado con precisión, no es motivo de inadmisión."<sup>44</sup>

Estas notas resultan perfectamente aplicables a los procesos contencioso funcionariales, pero teniendo especialmente en cuenta que el agotamiento de la vía administrativa y el procedimiento administrativo previo, no son requisitos de admisibilidad de la querrela funcional, por lo que no debe acompañarse ningún instrumento en ese sentido. Así mismo, en torno al poder que acredite la representación del querellante, su consignación junto a la querrela es otro requisito exigido por la ley, pero cuya falta, en todo caso daría lugar a la orden de presentación o acreditación en autos, y no una causal directa de inadmisibilidad, pues su falta resulta convalidable o sub- sanable.

En las querellas que pretenden la nulidad de un acto, el instrumento que lo contenga o cuando menos su copia, son instrumento que deben acompañarse a la querrela, al igual que el acto o acto de notificación, los cuales permitirán constatar el objeto de la pretensión, la legitimación del querellante, del querrellado y la tempestividad de la pretensión (su no caducidad). En consecuencia, su presentación es requisito esencial para la admisión, salvo en aquellos su- puestos en que haya sido imposible al querellante acceder al instrumento o su copia<sup>45</sup> y así lo haya expresado en la fundamentación de su querrela.

<sup>44</sup> Torrealba Sánchez, Miguel Ángel. *Ob. Cit.*, p. 201.

<sup>45</sup> "En ese sentido, ha comenzado de nuevo a aceptar la posibilidad de admitir recursos en ciertos casos, aunque no se acompañe un ejemplar del acto impugnado. Así por ejemplo, ha entendido que tal exigencia no es aplicable si uno de los alegatos del recurrente se refería a la imposibilidad de obtener copia de los documentos presentados en sede administrativa, concluyendo que en tal caso antes de pronunciarse sobre la admisibilidad debe requerirse el expediente administrativo en salvaguarda del derecho a la defensa y la tutela judicial efectiva (...). De igual forma, se ha señalado que la tendencia es a admitir el recurso aunque no se acompañen los recaudos requeridos para el examen de las causales de inadmisibilidad pues éstos deben encontrarse en el expediente administrativo, así como que la falta de consignación del acto impugnado puede suplirse con la indicación precisa de sus datos ..." *Ibidem*, p. 203.

Para culminar este punto, advertimos que conforme a doctrina calificada<sup>46</sup> -en criterio que compartimos- que la falta de presentación de estos instrumentos fundamentales para determinar la admisibilidad de la demanda, no debe conllevar directamente a su inadmisión definitiva, sino que conforme a la norma del artículo 36 de la LOJCA, debería dar lugar a un despacho saneador u orden de sub- sanación, para que la parte querellante los acompañe dentro de los tres días de despacho siguiente, pronunciándose luego el tribunal sobre la admisión en forma definitiva (en primera instancia).

### B. ¿Cuáles son los documentos fundamentales?

Se define el documento fundamental como "aquél del cual deviene inmediatamente la pretensión procesal, es decir, sin el cual ésta carece del posible sustento probatorio instrumental", por lo cual en cada caso "corresponde analizar los alegatos de la accionante constitutivos de su pretensión, a fin de establecer la relación jurídica de la cual se alega nace el derecho reclamado, y así verificar si de los documentos acompañados al libelo se pueden derivar inmediatamente sus derechos"<sup>47</sup>. Estos instrumentos más bien se refieren al mérito de la controversia, por lo que en principio no son necesarios para la admisión de la demanda, sino que constituyen un presupuesto para una sentencia favorable, constituidos -por ejemplo- por los respectivos contratos, cuando se demanda su nulidad, cumplimiento o resolución. De allí que en materia de derechos sociales y funcionariales es difícil prever casos en que un documento pueda ser calificado como "fundamental", pues la mayoría de las pretensiones tienen su fundamento en derechos que derivan de la ley par- tiendo del hecho de la prestación de servicios, de la relación de empleo, y estás generalmente no dependen en esencia de ningún instrumento en concreto sino de la realidad fáctica.

<sup>46</sup> "Por lo que respecta al requisito procesal del *acompañamiento de los documentos indispensables* para verificar si la acción es admisible, tratándose de un formulismo, convalidable o subsanable, contradice el artículo 26 de la Constitución vigente. Siendo como es un requisito de forma de la demanda, no esencial, su alegación debe ser opuesta por la administración demandada, para que, de ser declarada procedente, por su omisión absoluta o incompleta, por el tribunal, el demandante pueda subsanar el defecto". Duque Corredor, Román. *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, Legislación Económica, C.A., Bogotá, 2008, p. 368.

<sup>47</sup> SPA. TSJ. Sent. N° 00449, del 11 de mayo de 2004

En casos de reclamaciones derivadas de enfermedades o accidentes profesionales -por ejemplo-, podría pensarse que es necesaria la certificación de incapacidad expedida por los órganos respectivos, así como la calificación de accidente o enfermedad profesional emanada del Instituto Nacional de Previsión, Salud y Seguridad Laboral (Inpsasel), sin embargo, en nuestro criterio, en tales supuestos no existen documentos fundamentales, pues la pretensión se sustenta en el hecho mismo del accidente o la enfermedad y sus consecuencias, y no directamente del instrumento administrativo que la certifique<sup>48</sup>. Tal es así, que aún cuando no existan tales certificaciones, el funcionario podría en sede jurisdiccional, evidenciar la ocurrencia del accidente o el padecimiento de la enfermedad y la respectiva incapacidad, así como su origen ocupacional, de donde se deriva inequívocamente que dichos instrumentos no son fundamentales. Así mismo, para el reclamo de prestaciones sociales u otros beneficios legales, basta con invocar la condición de funcionarios y alegar las condiciones de hecho necesarias, para que sea procedente la admisión de la demanda.

Por otra parte, si se demandan la nulidad de un contrato colectivo o de alguna de sus cláusulas, o su interpretación o cumplimiento, resulta claro que el contrato en cuestión tendría carácter de documento fundamental, pudiendo acompañarse el mismo en copia simple o certificada. No obstante, conforme a jurisprudencia de la Sala de Casación Social, los *"especiales requisitos en su formación, incluyendo la suscripción y el depósito, con la intervención de un funcionario público, le da a la convención colectiva de trabajo un carácter jurídico distinto al resto de los contratos y permite asimilarla a un acto normativo que*  
*-se insiste- debido a los requisitos que deben confluir para su formación y*

<sup>48</sup> El documento fundamental es aquel del cual deriva el derecho que se invoca como sustento de la pretensión, como por ejemplo, el contrato cuya nulidad, cumplimiento o resolución se pretende, y en el caso concreto del contencioso administrativo, el acto cuya nulidad se demanda, entre otros. No debe confundirse con otros documentos que "certifiquen" la existencia de un hecho o que coadyuven en su demostración, en especial cuando la constatación del mismo hecho pueda derivar de otros elementos probatorios. La ocurrencia de un accidente o enfermedad profesional y la discapacidad resultante o sus secuelas, pueden evidenciarse a través de múltiples elementos probatorios (testigos, experticias médicas, informes, etc.), siendo la referida certificación uno de dichos elementos, pero en ningún caso indispensable para su demostración, por lo que, aún en su ausencia, puede determinarse la existencia del hecho y la procedencia de la pretensión.

*vigencia, debe considerarse derecho y no simples hechos sujetos a las reglas generales de la carga de alegación y prueba que rigen para el resto de los hechos aducidos por las partes en juicio*"<sup>49</sup>. Con lo cual se ha interpretado que las convenciones o contratos colectivos no son medios de prueba y en consecuencia su no presentación junto al libelo de demanda, no daría lugar a la negativa de admisión de la querella, si no, más bien a que el juez deba ubicar y conocer por su cuenta el contenido y alcance del instrumento. En todo caso, siempre es recomendable coadyuvar en esta gestión consignando copia del respectivo contrato.

En relación al acto o actos administrativos impugnados a través de la querella funcional -caso de ser ésta la pretensión-, los mismos podrían ostentar una doble cualidad de instrumentos fundamentales e instrumentos necesarios para la admisión, por lo que en todo caso es necesario acompañarlos en original o copia, o cuando menos identificarlos suficientemente en el libelo, en el supuesto de que no se posea el instrumento, especificando en tales circunstancias, la causa por la cual no se posee, en especial si la misma es atribuible al querellado.

## 2. La reclamación administrativa previa

En relación a la demostración del agotamiento de la vía administrativa y de la reclamación administrativa previa, debe considerarse que en el proceso de querella funcional "*los actos administrativos de carácter particular dictados en ejecución de esta Ley (LEFP) por los funcionarios o funcionarías públicos agotarán la vía administrativa*"<sup>50</sup>, en razón de lo cual, la querella funcional se convierte en una vía directa de impugnación judicial del acto de que se trate, permitiendo el acceso directo a la sede jurisdiccional, sin necesidad de agotar un procedimiento administrativo previo<sup>51</sup>.

En las demandas patrimoniales contra la República la expresa disposición el artículo 62 LOPGR, ordena declarar inadmisibles las

<sup>49</sup> SCS TSJ. Sent. N° 535 del 18 de septiembre de 2003.

<sup>50</sup> Artículo 92 LEFP.

<sup>51</sup> "De esta forma, rompiendo con la tradición de la derogada Ley de Carrera Administrativa, el nuevo Estatuto excepciona al funcionario de la obligación de agotar gestiones conciliatorias o la vía administrativa y lo habilita para acudir directamente a la vía judicial y solicitar la protección de sus derechos e interés afectados por la ilegítima actuación, hecho u omisión de la Administración Pública". De Sousa, Renato, *Ob. Cit.*, p. 166.

acciones o tercerías que se intente contra la República, cuando no se acredite el cumplimiento de las formalidades relativas al procedimiento administrativo previo a las acciones contra la República, y en igual sentido la norma del artículo 35,3 de la LOJCA lo prevé como causal de inadmisibilidad; sin embargo, la naturaleza subjetiva y al tiempo objetiva (anulatoria) de la querrela funcional, ha llevado a dispensar de este requisito, aún cuando la querrela posea contenido patrimonial.

En tal sentido se ha señalado -acertadamente- que:

"... '...debido a la naturaleza jurídica de la querrela como medio de impugnación en el contencioso administrativo funcional, ya que su pretensión u objeto -como lo ha afirmado la doctrina patria- es pleno, no limitado y que su naturaleza jurídica es mixta, *sui generis*, pues podrá accionarse contra cualquier manifestación de actuar de la Administración y podrá invocarse cualquiera de los supuestos que informan la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa con- sagrada en el artículo 259 de la Constitución, tales como la de condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración.

Así, dada la naturaleza jurídica del recurso contencioso administrativo funcional, puede darse el caso que se interponga de manera autónoma una querrela por diferencia de prestaciones sociales, cuyo contenido es eminentemente patrimonial, en cuyo supuesto el cumplimiento de la Ley del Estatuto de la Función Pública, contradeciría la obligación contenida en el Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de agotar el procedimiento administrativo previo a la interposición de demandas de contenido patrimonial contra la República.

Ciertamente, si el legislador expresamente excluye la denominada querrela funcional o recurso contencioso administrativo funcional del agotamiento previo de la vía administrativa, entonces no sería exigible en los términos de la sentencia de la Sala Político Administrativa N° 5.407/05, el cumplimiento previo del antejuicio administrativo. (...)'

Así pues, esta Corte observa, en consonancia con el criterio jurisprudencial antes expuesto, que la solicitud efectuada por el querellante, la cual consiste en que el Ministerio le cancele una diferencia de prestaciones sociales que se derivó de la relación de empleo público que mantuvo con el ente querellado, lo cual está previsto en el artículo 92 de la Constitución de la República Bolivariana, no le es aplicable el agotamiento del procedimiento previo que establece el Decreto con



Rango y Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, toda vez que por la naturaleza de las prestaciones sociales las cuales son de carácter irrenunciable y de exigibilidad inmediata, por tanto lo que busca el referido Decreto es que se lleguen a acuerdos, a una conciliación, en vía administrativa a los fines de evitar la vía judicial, mas no busca establecer como requisito previo para la interposición de este tipo de querellas que se agote la vía administrativa, por lo tanto, esta Corte en virtud de los razonamientos antes expuestos esta Corte debe señalar que los fundamentos empleados por el Juzgado *a quo* son los correctos y, así se decide."<sup>52</sup>

Con lo cual, la querella funcional se distancia del procedimiento contencioso administrativo general, en el que el requisito de ante juicio o reclamación administrativa previa continúa siendo una de las más severas causales de inadmisibilidad de las demandas<sup>53</sup>.

### III. ¿CUÁL ES EL VALOR PROBATORIO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO?

En la práctica forense la mayoría de las querellas funcionariales, en tanto que inscritas en el contencioso administrativo general, contienen como pretensión principal la solicitud de declaratoria de nulidad de actos administrativos que afectan los derechos del funcionario o aspirante; acto administrativo cuyo origen y sustento debe hallarse en un previo procedimiento administrativo sustanciado por el ente u órgano empleador y en el cual debe garantizarse al funcionario sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso.

Así mismo, este procedimiento previo, como base de la formación de la voluntad de la administración, implica la verificación de actuaciones y recaudación de instrumentos de convicción que servirán de fundamento para el establecimiento de hechos que generarán las consecuencias jurídicas que la administración concluye o aplica a través del respectivo acto (remoción, destitución, negativa de jubilación, negativa de ascenso, o ingreso, etc.).

Así las cosas, en múltiples ocasiones la prueba de los vicios imputados al acto, deriva o consta de las actas contenidas en el respectivos

<sup>52</sup> Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, N° AP42-N-2007-0000320, del 10 de agosto de 2007.

<sup>53</sup> Como puede constatarse entre otras, en Sentencias de la Sala Político Administrativa: N° 1509 del 14 de junio de 2006; N° 175 del 01 de febrero de 2009; y N° 889 del 17 de junio de 2009.

Expediente administrativo entendido como "el conjunto ordenado de todas las actuaciones realizadas en el curso del procedimiento administrativo que le sirven de sustento a éste"<sup>54</sup>, resultando de fundamental importancia que el juez tenga acceso al mismo (copia certificada) a los fines de constatar los posibles vicios de procedimiento que hubieren afectado o conculcado el derecho a la defensa o al debido proceso del funcionario, la correcta valoración de pruebas realizada por la administración, o la correspondencia lógica-jurídica entre lo decidido por ésta y el contenido del referido expediente<sup>55</sup>.

Es carga del querellante denunciar en su respectivo libelo o querrela, tanto Tos vicios derivados en la tramitación del procedimiento que dio lugar al acto/como los vicios propios de éste, entre los que resalta -en tomo al tema del expediente- el falso supuesto de derecho o falsa suposición, por haberse atribuido a instrumentos o actas del expediente menciones que no contiene, o dar por demostrado un hecho con pruebas que no aparecen en autos o cuya inexactitud resulta de actas e instrumentos del expediente mismo; casos en los cuales, la demostración de existencia de tales vicios, sólo o principalmente se constatará a través de la revisión del respectivo expediente administrativo.

En el proceso contencioso funcional, tal y como ahora se prevé en el contencioso administrativo general, no es potestativo del juez la solicitud o recabación del expediente administrativo<sup>56</sup>, sino que, conforme a la norma del artículo 99 de la ley especial (LEFP), es obligación del juez funcional la solicitud de dicho expediente tal y pronto como se admita la querrela.

Tal es la importancia de este legajo de instrumentos para la resolución de la causa que en la práctica de algunos Tribunales Superiores Contencioso Administrativos de la Región Capital se mantiene en suspenso o no se verifica la admisión de los recursos (demandas) de nulidad hasta tanto no se recibe el respectivo expediente; práctica

<sup>54</sup> SPA TSJ, Sent. N° 1.257 del 12 de julio de 2007.

<sup>55</sup> Tal es la relevancia del expediente administrativo en los juicios contencioso administrativos, que la LOJCA ex artículo 79, sanciona con multa al funcionario que omita o retarde la remisión del expediente administrativo una vez sea requerido por el Tribunal.

<sup>56</sup> Como hasta hace poco lo disponía el artículo 21.11 de la derogada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004).

que afortunadamente no se verifica en los procesos contencioso funcionariales.<sup>57</sup>

Lo expuesto no implica de forma alguna que el expediente administrativo sólo resulte necesario e indispensable respecto de las querellas que pretendan la nulidad de un acto, pues es claro que muchas otras pretensiones funcionariales (declaración de procedencia de jubilación, pago de prestaciones sociales o indemnizaciones por accidentes o enfermedades profesionales, etc.), podrían depender de la demostración de circunstancias de hecho cuya prueba conste en el expediente del funcionario u otros antecedentes administrativos, por lo que, en todos los casos de querrela funcional consideramos igualmente trascendente la solicitud y remisión del mentado expediente, y por ello, toda alusión futura a la relevancia del expediente administrativo y su contenido respecto a las pretensiones de nulidad debe entenderse extensiva *-mutatis mutandi-* a las demás pretensiones funcionariales, de condena, constitutivas, declarativas o cautelares. -

Según se ha referido, resulta factible que la verificación de los vicios de nulidad imputados al acto cuya nulidad se pretende o la procedencia de otras pretensiones, puedan verificarse de la simple revisión del respectivo expediente administrativo, pues es allí donde deben constar las actuaciones de la administración, entre otras: la correcta y oportuna notificación del interesado; sí se permitió á éste presentar alegatos y pruebas (caso de procedimientos disciplinarios); si existe constancia de la notificación de funciones o perfil de cargo (necesario para la calificación de funcionario como de con- fianza); sí efectivamente se verificaron las gestiones reubicatorias o sí se cumplió con el procedimiento de reducción de personal previos a la remoción; sí se cumplieron los trámites del concurso; etc.

En la querrela debe el accionante denunciar el vicio o vicios que imputa al acto (y de ser el caso, al procedimiento administrativo), y

<sup>57</sup> La referida práctica además de ser violatoria del texto expreso de la ley, podría constituir en nuestro criterio una clara violación del derecho a la tutela judicial efectiva, pues implica la injustificada paralización del proceso, a causa de la contumacia del órgano o ente administrativo, cuya actuación es precisamente la que se somete a la revisión y juzgamiento jurisdiccional. Añadidamente, tal inadmisión táctica de la demanda implica la imposibilidad de acceder a la protección cautelar y a la posibilidad de obtener oportunamente a una sentencia favorable, derivada de la presunción que obraría en contra de la administración por el incumplimiento de su carga de suministrar el expediente, según se analiza en este mismo capítulo.

referir en consecuencia, la ausencia absoluta de procedimiento o de notificación, los vicios de ésta, la imposibilidad o negativa de acceder al expediente, o los trámites obligatorios que no fueron realizados por la administración o fueron realizados defectuosamente, así como las pruebas que constan en autos del expediente que fueron silenciadas<sup>7</sup> erradamente apreciadas o valoradas en el acto administrativo, o las que resulten necesarias para constituir el supuesto de hecho de las demás pretensiones que ha incluido en su querrela?

Por ello, se debe señalar en cada caso las actas respectivas (y sus folios) en las cuales consta o deben constar los hechos (o su ausencia) que sirven para demostrar el vicio invocado o sustentar sus pretensiones.

Una vez alegados estos supuestos, bastará con promover en la etapa respectiva y en el escrito de promoción de pruebas las actas del expediente administrativo a que se ha hecho referencia o el expediente mismo -en su integridad- si se trata de demostrar la no realización de algún acto o trámite legal, aún cuando esto, en tanto que hecho negativo absoluto, traslada la carga probatoria a la administración, quien deberá demostrar que tal trámite o actuación si se habría verificado<sup>58</sup>.

En consecuencia, tanto el querellante como el querellado tienen interés en que el juez revise y tenga acceso al expediente administrativo, bien porque en él consten pruebas de los alegatos de hecho formulados por la respectiva parte, lo que implicaría un aprovechamiento positivo del contenido del expediente; o bien, para intentar desvirtuar elementos que constan en el mismo y que sirvieron de

<sup>58</sup> "... si lo que se denuncia es la ausencia total y absoluta del procedimiento, o lo que es igual, la inexistencia de un expediente administrativo en el que consten las actuaciones realizadas por la Administración autora del acto antes de dictarlo, o al menos, la no actuación del demandante en ese expediente en las oportunidades en las que por ley tenía derecho a hacerlo, nos encontramos ante la alegación de un hecho negativo absoluto (una parte afirma que la otra incumplió totalmente con una obligación de dar o de hacer), frente al cual la persona demandada, en este caso la Administración, es quien tiene la carga de probar la falsedad del alegato, no sólo con la consignación del expediente en que consten todas las actuaciones, sino en particular de las notificaciones y actos en lo que se verifique que el demandante conocía del procedimiento y participó en él". Herrera Orellana, Luis Alfonso. "La Prueba en el Proceso Contencioso-Administrativo". En *Manual de Práctica Forense Contencioso Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2009, p. 130.

base a la administración para dictar el acto, lo que implicaría una actuación probatoria impugnativa o correctiva del contenido del expediente.

### 1. *Consecuencias de la no remisión del expediente administrativo*

Antes de revisar las formas de aprovechar o impugnar el contenido del expediente administrativo, es necesario establecer que el juez funcional en forma oficiosa conforme al mencionado artículo 99 LEFP, debe realizar la solicitud del expediente administrativo al órgano o ente querellado, siendo que a la administración y *"sólo a ésta le corresponde la carga de incorporar al proceso los antecedentes administrativos"*; y como consecuencia, *"su no remisión constituye una grave omisión que pudiera obrar en contra de la Administración y crear una pre- sunción favorable a la pretensión de la parte accionante"*<sup>59</sup>.

De manera que, en caso de que al momento de dictar decisión judicial, no se hayan recibido aún las copias certificadas del expediente administrativo, ello implicará que el juez deberá decidir debiendo presumir la existencia de los vicios o defectos invocados, o los hechos que según el querellante constarían en el expediente, salvo que los mismos -en tanto que su existencia derivada de una pre- sunción *iuris tantum* -sean desvirtuados por otras pruebas cursantes en autos (judiciales) y en especial las aportadas por el querellado<sup>60</sup>.

Así, la regla general es que si el juez no tiene acceso al expediente en cuestión, deberá presumir que los vicios denunciados efectivamente se encuentran presentes en el procedimiento, o que los vicios propios del acto (silencio de prueba, falso supuesto de hecho, etc.) efectivamente existen y en consecuencia deberá declarar la pro- cedencia de las pretensiones del querellante, salvo -como se ha di- cho- cuando las mismas resulten desvirtuadas por otras pruebas traídas al proceso jurisdiccional.

<sup>59</sup> SPA. TSJ. Sent. N° 00692 de fecha 21 de mayo de 2002.

<sup>60</sup> Debe quedar claro, que la no remisión del expediente administrativo, no implica imposibilidad de decidir la controversia contencioso funcional, y en tal sentido ha referido la Sala Político Administrativa que: *"Lo expuesto no obsta para que esta Sala, como lo ha reiterado en anteriores oportunidades, no pueda decidir si no consta en autos el expediente administrativo, puesto que éste constituye la prueba natural -mas no la única- dentro del proceso contencioso administrativo de anulación, por lo que la no remisión del expediente administrativo acarrea una presunción favorable sobre la procedencia de la pretensión de la parte accionante."* (SPA. TSJ Sent. N° 1.257 del 12 de julio de 2007).

Por supuesto, no siempre la falta de remisión del expediente administrativo dará lugar a la declaración "con lugar" de las pretensiones del querellante, pues además de tratarse de una presunción, siempre debe el juez verificar la legalidad y procedencia de las pretensiones deducidas, lo cual muchas veces será posible a través de la revisión de cuestiones de mero derecho, o dependerá, exclusivamente del contenido del acto mismo.

## 2. *De la utilización de pruebas contenidas en el expediente administrativo*

Tanto querellante como querellado (y los terceros intervinientes si los hubiere) podrán servirse de las pruebas o instrumentos de convicción que consten del respectivo expediente administrativo, debiendo tenerse en cuenta que *"no debe confundirse el valor probatorio de las copias certificadas del expediente administrativo como una unidad íntegra, es decir, como un conjunto de actuaciones administrativas debidamente documentadas, con las actas que lo conforman individualmente consideradas, puesto que dichas actas poseen su valor probatorio propio según el tipo de documento que se trate"*<sup>61</sup>

Las partes deben invocar, reproducir y promover las actas del expediente administrativo, sin utilizar la proscrita fórmula genérica de promover *"el mérito favorable de autos"*, sino más bien, describiendo y promoviendo individualmente los instrumentos contenidos en dichas actas, invocando su propia naturaleza probatoria y afirmado -a los fines de determinar su pertinencia- los hechos que de ellos derivan relevancia para la resolución de la controversia...

Cada litigante puede hacer valer las pruebas evacuadas o insertadas en el procedimiento administrativo, las cuales conservan su naturaleza y valor probatorio, de forma tal que, los documentos privados llevados a juicio, así como los documentos administrativos y los documentos públicos, serán promovidos y apreciados atribuyéndoles y respetando su propia naturaleza, igual que las testimoniales, experticias, inspecciones judiciales o extrajudiciales, la prueba de informes y los medios de prueba libre (correos electrónicos, fotografías, videos, etc.).

Precisamente puede ocurrir que el vicio del acto se haya circunscrito en no apreciar alguno de dichos instrumentos o pruebas, en tergiversar su contenido, en silenciarlo o a valorarlo en violación

<sup>61</sup> SPA TSJ. Sent. N° 1.257. Antes citada.

de reglas legales expresas o no aplicando la sana crítica o en infracción de una máximas de experiencia. En virtud de ello, la parte debe promover o insistir en la prueba que cursa en el expediente administrativo, para que sea apreciada por el juez contencioso funcional, quien debe determinar los hechos que de ella se evidencian y aplicar las respectivas consecuencias jurídicas a través de la actividad si- logística propia de su función jurisdiccional.

Tal promoción e insistencia en las pruebas que cursan en autos del expediente administrativo, tiene igual relevancia en los procesos que persiguen una condena del empleador, pues de los documentos y otras pruebas que contiene pueden derivar los supuestos de hechos que dan lugar a las reclamaciones del funcionario o aspirante.

Consideramos importante insistir en que cada instrumento o prueba contenida en el expediente administrativo, conserva su naturaleza y valor probatorio, por lo que no todos los documentos que conforman el expediente tienen el carácter de "documentos administrativos" ni gozan de presunción de legalidad ni de ejecutividad. Por ejemplo, un documento privado no reconocido, o su copia simple o fotocopia, carecerán de valor probatorio aún cuando estén insertos dentro del respectivo expediente administrativo. Por el contrario, si se trata de un documento público, el mismo no podrá ser desvirtuado por otros medios de prueba, sino que debe ser impugnado a través del procedimiento de tacha previsto en el artículo 1.380 del Código Civil.

En cuanto a aquellos instrumentos cuya autenticidad no se haya probado en sede administrativa, por haber sido desconocidos y no se haya promovido o evacuado su cotejo, o que siendo emanados de tercero no hayan sido ratificados a través de la prueba testimonial, podrán ser nuevamente promovidos en el proceso judicial, pero ahora conjuntamente con las pruebas que conlleven a su autenticidad o posibilidad de valoración. Es decir, podría promoverse nuevamente el documento emanado de la contraparte, pero promoviendo de una vez el respectivo cotejo (arts. 445 y 446 CPC), ó podría promoverse nuevamente el documento privado emanado de terceros, pero esta vez, promoviendo la respectiva declaración testimonial de su firmante (art. 431 CPC).

Así mismo, aquellas pruebas que hayan sido desechadas -válidamente- por la administración por no haber sido oportunamente promovidas o por haber sido ilegal ó irregularmente evacuadas, podrían nuevamente ser promovidas en sede jurisdiccional, aunque

Debe quedar claro que esta nueva promoción y evacuación no constituye una convalidación de las primeras, sino una prueba nueva y autónoma, que igualmente debe ser valorada por juez conforme a reglas correspondientes.

### 3. *De la impugnación del expediente administrativo y/o la desvirtuación de los elementos probatorios que contiene*

Si bien, como se ha visto, las partes pueden hacer valer en su favor el contenido del expediente administrativo, también es posible que a los fines de su pretensión, requieran impugnar o negar valor probatorio al contenido de dicho expediente, bien porque haya sido forjado, mutilado o alterado de alguna forma, o que al remitirse copia del mismo a la sede judicial se constate que dichas copias no son exactas al original, ó porque se afirme la falsedad de algún acta o documento que contenga. Supuestos en los cuales la actividad procesal y probatoria debe dirigirse a: (i) la impugnación del expediente mismo o sus copias; o (ii) a la contradicción de parte de su contenido, lo cual requiere distinguir entre los medios y oportunidades para verificar tal impugnación o contradicción, según se explica de seguidas.

Conforme la doctrina de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, expuesta en la citada sentencia N° 1.257, debe distinguirse la impugnación de la copia certificada del expediente administrativo y el consecuente desconocimiento de su eficacia probatoria como instrumento administrativo, de la pretensión de impugnar o negar valor probatorio a alguno o algunos de los instrumentos contenidos en el expediente. En tal sentido se distinguen dos situaciones:

#### *A. Impugnación del expediente administrativo o su copia*

La sentencia en análisis, en referencia a la impugnación del todo o del contenido físico del expediente, indica:

"Por lo tanto, esta Sala considera prudente precisar que el valor probatorio de las copias certificadas del expediente administrativo como instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, se refiere a la autenticidad que emana de la *certificación* efectuada por el funcionario público, de que los antecedentes administrativos remitidos al Tribunal son una copia fiel y exacta de su original, es decir, que ese conjunto ordenado de actas son el cúmulo de actuaciones previas dirigidas a formar la voluntad de la



Administración, que el particular recurrente pretende que sea revisada en la jurisdicción contencioso- administrativa.

Las afirmaciones expuestas traen como consecuencia que la impugnación del expediente administrativo como un todo o alguna de las actas que lo conforman, debe referirse a la falta de adecuación entre las copias certificadas del expediente administrativo que constan en autos y las actuaciones que conformaron ese expediente administrativo, bien porque algún acta haya sido mutilada, sustraída, rio. conste en el expediente remitido o por cualquier otro motivo, para lo cual la parte impugnante deberá producir la prueba en contrario que demuestre la veracidad de sus alegaciones, todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.363 del Código Civil, en concordancia con el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando esta Sala se refiere a la posibilidad de impugnación de *todo* el conjunto de copias certificadas del expediente administrativo, quiere destacar que la forma de ataque contra el medio probatorio -copias certificadas del expediente administrativo original que reposa en los archivos de la Administración- va destinada a indicar que no se encuentran incorporadas en dicho instrumento probatorio una o varias actas que originalmente lo componían, o que las copias certificadas del expediente administrativo no son fidedignas, es decir, no se compadecen con el original que se encuentra en poder de la Administración, lo que implica una impugnación del elemento "continente" -expediente- y no de algún acta específica de su "contenido". Por el contrario, cuando se establece la posibilidad de impugnación de *parte* del expediente administrativo, la objeción debe referirse a la falta de adecuación entre el expediente remitido que consta en autos y las actuaciones que conformaron ese expediente administrativo, bien porque algún acta determinada haya sido mutilada, falseada, cambiada en su contenido, o por cualquier otro motivo, lo cual tiene como finalidad enervar el valor probatorio que emana de la certificación del funcionario público, lo que trae como consecuencia, se reitera, en que el impugnante deberá señalar el acta o conjunto de actas específicas que desea atacar.

En cualquiera de los supuestos anteriores, el impugnante tendrá libertad probatoria para producir la contraprueba necesaria tendente a destruir el valor probatorio que emana del expediente administrativo".

Así mismo, en cuanto a la forma de llevarse el referido expediente, la misma sentencia indica:

"(...) considera esta Sala como procedimiento idóneo aplicable para asegurar la regularidad y coherencia de los expedientes administrativos, lo dispuesto en el artículo 25 del Código de Procedimiento Civil, el cual es del tenor siguiente:

*'Artículo 25: De todo asunto se formará expediente separado con un número de orden, la fecha de su iniciación, el nombre de las partes y su objeto. Las actuaciones deben observar el orden cronológico, según la fecha de su realización y la foliatura del expediente se llevará al día y con letras, pudiéndose formar piezas distintas para el más fácil manejo, cuando sea necesario'.*

Lo anterior es particularmente relevante, puesto que, del orden, exactitud, coherencia y secuencia de los expedientes, dependerá la fuerza probatoria que se desprende del conjunto de actas que integran el mismo". (Cursivas de la sala).

Resumiendo, si lo que se pretende es desconocer el valor probatorio del expediente administrativo (original) por haber sido éste manipulado maliciosamente (forjado, mutilado, etc.) o si se pretende la impugnación de las copias certificadas remitidas por no ser éstas fidedignas, debe la parte afectada impugnar el respectivo expediente o sus copias, que en su integridad se asimilan a un documento privado reconocido<sup>62</sup>, por lo que, para enervar su fuerza probatoria debe impugnársele oportunamente, aplicándose para ello según la citada sentencia, el procedimiento previsto en la norma del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil.

En cuanto al lapso para impugnar las copias del expediente administrativo, como se ha dicho, la Sala invoca la norma del artículo 429 del Código adjetivo, aclarando que por no estar prevista oportunidad para la contestación de la demanda en los procesos contencioso

<sup>62</sup> En este aspecto, la sentencia en referencia se toma un tanto confusa, pues por una parte parece asimilar el expediente administrativo con los denominados documentos administrativos, pero luego aclara que éstos últimos no se impugnan sino que se desvirtúan con otras pruebas, mientras que somete al expediente a un régimen formal de impugnación, aplicando analógicamente las normas referidas a los documentos privados reconocidos: *"las copias certificadas del expediente administrativo remitidas por el ente público que corresponda, constituyen una tercera categoría de prueba documental, asimilándose en lo que atañe a su valor probatorio a los instrumentos privados reconocidos o tenidos legalmente por reconocidos, en los términos consagrados en el artículo 1.363 del Código Civil, toda vez que hacen fe del hecho material de las declaraciones en ellos contenidas, hasta prueba en contrario"*.(Sentencia comentada).

administrativos, *“si el expediente administrativo es consignado en autos antes del inicio del lapso de promoción de pruebas o durante dicho lapso, la oportunidad para impugnar será dentro de los cinco (5) días siguientes al vencimiento del lapso de promoción de pruebas, sin menoscabo de que en un ejercicio diligente del derecho a la defensa el recurrente realice la impugnación en el propio escrito de promoción”*<sup>63</sup>.

Tómese en cuenta que este criterio podría variar en el caso del proceso contencioso funcional habida cuenta que en éste si existe un demandando y una oportunidad procesal para la contestación de la demanda. Entonces, en el extraño pero no imposible caso de que la administración (querellada) consigne el expediente administrativo conjuntamente a su contestación de demanda, el lapso para impugnar dicho expediente o sus copias, sería preclusivamente dentro de los cinco (5) días siguientes a la contestación, como taxativamente lo dispone la norma en comentario, y no dentro del lapso de cinco (5) días siguientes al lapso de promoción de pruebas, como indica la sentencia para el contencioso administrativo general.

Por seguridad jurídica, consideramos que si el expediente administrativo es recibido antes de la contestación de la demanda, la oportunidad para impugnarlo será igualmente la señalada de cinco (5) días a partir de la contestación; y entendiendo que las partes están a derecho, si se consigna o recibe con posterioridad, la impugnación debe realizarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la constancia en autos, a excepción del también extraño caso de que el querellado promueva y acompañe el expediente administrativo junto al escrito de promoción de pruebas, supuesto en el cual la oportunidad sería los cinco (5) días siguientes a la agregación de pruebas por parte del Tribunal, que en el proceso funcional se verifica conforme a la norma del artículo 110 del Código de Procedimiento Civil, es decir al día siguiente del vencimiento del lapso de promoción; de allí que los cinco (5) días para la impugnación no se cuenten desde el vencimiento del lapso de promoción, sino a partir de la consignación o agregación de las pruebas por parte del tribunal, siendo un lapso que corre paralelo al de oposición.

Si el expediente administrativo es recibido en una etapa posterior a la promoción de pruebas y hasta el acto de audiencia definitiva previsto en el artículo 107 LEFP, quien desee impugnar el expediente administrativo lo deberá realizar dentro de los cinco (5) días

<sup>63</sup> Sentencia comentada.

siguientes a que conste en autos su recepción, para lo cual debe abrirse y proseguirse una articulación probatoria de conformidad con la previsión del artículo 607 del Código de Procedimiento Civil.

### B. *Contradicción del valor probatorio de los instrumentos contenidos en el expediente administrativo*

Según se ha reseñado, "no debe confundirse el valor probatorio de las copias certificadas del *expediente administrativo* como una unidad íntegra, es decir, como un conjunto de actuaciones administrativas debidamente documentadas, con *las actas* que lo conforman individualmente consideradas, puesto que dichas actas poseen su valor probatorio propio según el tipo de documento que se trate"; en consecuencia, así como pueden promoverse esas actas o instrumentos para hacer valer en sede jurisdiccional su valor probatorio, también puede pretenderse desvirtuar el contenido o eficacia probatoria de dichos instrumentos, para lo cual indefectiblemente debe tomarse en consideración la naturaleza jurídica del instrumento de que se trate. La misma citada sentencia señala:

"Delimitado lo anterior, no puede esta Sala pasar por alto que de acuerdo con la persona que incorpore algún acta al expediente administrativo, se pueden dar tres supuestos, a saber: i) Los documentos emanados de los funcionarios públicos sustanciadores del procedimiento administrativo, en ejercicio de sus atribuciones legales, los cuales constituirán *documentos administrativos*; ii) Los documentos emanados de los particulares interesados en el procedimiento y; iii) Los documentos emanados de terceros, distintos a las partes involucradas, entendiendo como partes a la autoridad administrativa sustanciadora del expediente y a los legítimos interesados en el procedimiento; tales como informes emanados de organismos públicos o privados necesarios para la resolución de la controversia, en los términos consagrados en el artículo 54 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Ahora bien, tal y como se advirtiera, cada instrumental incorporado al expediente administrativo tendrá el valor probatorio conforme a la naturaleza del documento que se trate, pero tal y como lo ha establecido esta Sala, los *documentos administrativos* se valorarán igualmente como un instrumento privado reconocido o tenido legalmente por reconocido, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.363 del Código Civil.

En atención a lo expuesto, cuando el impugnante proceda a objetar determinada *acta* del expediente -no el expediente- el medio de impugnación dependerá de la naturaleza de la prueba instrumental que se

pretenda desconocer, toda vez que el medio de ataque deberá ser, según el caso, el propicio para enervar el valor probatorio del instrumento que se discute. Dentro de este contexto, por ejemplo, si se pretende impugnar un documento público inserto en el expediente administrativo, la vía de impugnación será, lógicamente, la tacha de ese instrumento".

En resumen, cuando se pretende negar valor probatorio a los instrumentos contenidos en el expediente administrativo, debe la parte interesada en primer lugar determinar la naturaleza jurídica del instrumento (privado, auténtico, público, administrativo), y proceder, en la propia querrela y luego a través de la promoción de pruebas pertinentes a negar y atacar la fuerza probatoria de tales instrumentos, lo cual no constituye propiamente una impugnación, sino que en cada caso dará lugar a actuaciones pertinentes que resultarán de la naturaleza de cada instrumento. Veamos:

a. Si se trata de copias simples de documentos privados presuntamente emanado de la parte (dentro de los que podemos incluir los documentos electrónicos carentes de firma electrónica), bastará con su desconocimiento, correspondiendo a la contraparte la demostración de su autenticidad, conforme a la norma de los artículos 444 y 445 del Código de Procedimiento Civil y 1.363 y 1.364 del Código Civil;

b. Si se trata de la falsedad o inexactitud de "copias simples" de documentos públicos o privados reconocidos que constan en el expediente administrativo, la parte querellante debe impugnarlas - en nuestro entender- en el propio libelo o querrela, en tanto ya tiene conocimiento de su existencia en el expediente administrativo, correspondiendo a la contraparte insistir en la autenticidad de dichas copias y promover la respectiva prueba de cotejo o presentar su original o copia debidamente certificada, conforme a lo previsto en el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil;

c. En cambio, si lo que se pretende es la falsedad del documento público<sup>64</sup>, la misma también debe ser denunciada en la querrela

<sup>64</sup> Artículo 1.380 Código Civil: "El instrumento público o que tenga las apariencias de tal puede tacharse con acción principal o redargüirse incidentalmente como falso, cuando se alegare cualquiera de las siguientes causas:

Iº Que no ha habido la intervención del funcionario público que aparezca autorizándolo, sino que la firma de éste fue falsificada.

por vía principal, con lo cual dentro de las pretensiones libelares debe deducirse la solicitud de declaratoria de falsedad del instrumento de que se trate<sup>65</sup>;

d. Si lo que se quiere es desvirtuar el valor probatorio de un documento administrativo contenido en el expediente, ello también debe denunciarse en la respectiva querrela, para luego en la fase probatoria promover y hacer evacuar las pruebas que sirvan para desvirtuar el contenido o legalidad del instrumento (contraprueba);

e. Por último, si se pretende que las pruebas evacuadas en el expediente administrativo, fueron tramitadas ilegalmente o son pruebas impertinentes o de ellas no se derivan las conclusiones ex-

2° Que aun cuando sea auténtica la firma del funcionario público la del que apareciere como otorgante del acto fue falsificada.

3° Que es falsa la comparecencia del otorgante ante el funcionario, certificada por éste, sea que el funcionario haya procedido maliciosamente o que se le haya sorprendido en cuanto a la identidad del otorgante.

4° Que aun siendo auténtica la firma del funcionario público y cierta la comparecencia del otorgante ante aquél, el primero atribuya al segundo declaraciones que éste no ha hecho; pero esta causal no podrá alegarse por el otorgante que haya firmado el acta, ni respecto de él.

5° Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y del otorgante, se hubiesen hecho, con posterioridad al otorgamiento, alteraciones materiales en el cuerpo de la escritura capaces de modificar su sentido o alcance.

Esta causal puede alegarse aun respecto de los instrumentos que sólo aparezcan suscritos por el funcionario público que tenga la facultad de autorizarlos.

6° Que aun siendo ciertas las firmas del funcionario y los otorgantes, el primero hubiese hecho constar falsamente y en fraude de la Ley o perjuicio de terceros, que el acto se efectuó en fecha o lugar diferentes de los de su verdadera realización".

<sup>65</sup> Podría plantearse dudas respecto de la competencia del juez contencioso administrativo para conocer de la tacha de falsedad de un documento público de naturaleza eminentemente civil (actas de nacimiento o defunción, por ejemplo), empero, en atención a los principios de economía procesal y de tutela judicial efectiva, y tomando en consideración que se trata igualmente del control jurisdiccional de actos de funcionarios públicos (que dan la fe pública que ostenta el instrumento), consideramos *a priori* en la posibilidad cierta de acumular las pretensiones. Caso contrario, tendría el interesado que demandar la tacha por vía principal ante un tribunal civil, y plantear él mismo la suspensión del proceso contencioso funcional, mientras se resuelve la cuestión prejudicial.

traídas por la administración, entonces, lo que debe hacerse es denunciar tal vicio de legalidad del acto en la querrela y promover las actas respectivas, pero a los fines de evidenciar las infracciones o violaciones denunciadas.

#### IV. CONCLUSIÓN

La relación de empleo público, el derecho funcional (sustantivo) y el contencioso administrativo funcional, comprenden la regulación de situaciones jurídicas que involucran tanto instituciones de derecho público como de derecho social, por lo que su conformación, análisis e interpretación debe adaptarse a esta naturaleza híbrida, a los fines de ponderar equilibrada y armónicamente el carácter Estatutario de la relación funcional, con los derechos y garantías que la propia Constitución Nacional reconoce a los funcionarios en su cualidad de trabajadores.

La actividad probatoria dentro del proceso contencioso funcional, está regida por los principios generales que en la materia dispone el Código de Procedimiento Civil, destacando como elementos propios, la exigencia de solicitud formal y tempestiva de la apertura del lapso probatorio, sin lo cual no habrá lugar al mismo; la aparente proscripción de la prueba de posiciones juradas; y la necesaria revisión de los aspectos relativos a la carga probatoria, en especial para ponderar los derechos y privilegios procesales que deben reconocerse a los funcionarios en tanto que débiles jurídicos, en contraposición con los privilegios que se conceden en nuestra legislación a la República y otros entes de la Administración Pública.

Dentro del proceso funcional, cada parte tiene la carga de probar sus respectivas afirmaciones, correspondientes a la Administración empleadora insistir y probar la legalidad de sus actos y la veracidad de los supuestos de hecho en lo que se fundamentan para lo cual el expediente administrativo y su contenido, lucen como medios naturalmente idóneos, pues en principio es allí donde deben constar los supuestos de hechos relativos a la relación empleador funcionario. A los cual debe adicionarse que ambas partes pueden servirse del referido expediente bien para utilizar las pruebas y elementos de convicción que contiene, o bien para impugnar o contradecir su contenido, por lo que resulta indispensable conocer y manejar adecuadamente los mecanismos y principios procesales que rigen esta determinante fuente de pruebas.