

ESTUDIOS

Artículos

- Visión general del nuevo Código Procesal Constitucional Peruano,*
por Eloy **ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA** 5
- La prueba de los “Hechos” económicos y las restricciones a la libre
competencia,* por Ignacio **DE LEÓN** 33

Comentario Monográfico

- La defensa de los usuarios en la actividad de distribución eléctrica,*
por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** 47

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos
generales dictados durante el primer semestre de 2004,* por
Marianella **VILLEGAS SALAZAR** 57

Comentario Legislativo

- Comentarios al Decreto 2.876 sobre Medidas Temporales para el
Establecimiento de Montos y Categorías de Contratos Reserva-
dos para las Empresas Alternativas,* por Adolfo **LEDO NASS** 67

DOCTRINA

Doctrina Administrativa

<i>Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el primer semestre de 2004</i> , por José Ignacio HERNÁNDEZ G.	79
--	----

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

<i>Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia: Primer semestre de 2004</i> , por Mary RAMOS FERNÁNDEZ y Marianella VILLEGAS SALAZAR	103
--	-----

ÍNDICE

<i>Alfabético de la jurisprudencia</i>	455
--	-----

ESTUDIOS

Artículos

Visión general del nuevo Código Procesal Constitucional Peruano

*Eloy Espinosa-Saldaña Barrera
Catedrático de Derecho Constitucional de las
Universidades Pontificia Católica del Perú,
Nacional Mayor de San Marcos, de Lima e Inca Garcilaso de la Vega.
Profesor Principal y Ex Director General de la
Academia de la Magistratura (Escuela Judicial peruana)*

SUMARIO

- I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES
- II. LA CONSAGRACIÓN DE PRINCIPIOS PROCESALES Y CIERTAS PAUTAS DESTINADAS A FACILITAR EL MEJOR DESARROLLO DE LOS DIFERENTES PROCESOS CONSTITUCIONALES
- III. APORTES EN LAS DISPOSICIONES GENERALES SOBRE HABEAS HÁBEAS, AMPARO, HABEAS DATA Y “ACCIÓN” DE CUMPLIMIENTO, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LA PROCEDENCIA DE LAS DEMANDAS Y EL ESCENARIO CAUTELAR
 1. *Procedencia o improcedencia de las demandas: El escenario que se viene. 2. Una significativa mejora del escenario cautelar. A. El actual tratamiento otorgado al tema. B. Las novedades previstas por el Código Procesal Constitucional peruano.*
- IV. PRECISIONES PUNTUALES SOBRE LOS DIFERENTES PROCESOS PREVISTOS EN LA LEY 28237
- V. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

I. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Promulgado el 28 de mayo de este año, y publicado tres días después en el Diario Oficial “El Peruano”, ya es de conocimiento general el Código Procesal Constitucional, norma mediante la cual se ha buscado dar un tratamiento sistemático y una cabal aplicación de los diferentes procesos constitucionales previstos en el ordenamiento jurídico de nuestro país, esfuerzo hasta hoy jamás puesto en práctica en esta materia a nivel nacional.

Este Código, destinado a buscar asegurar el mejor funcionamiento de aquellos mecanismos procesales previstos como medios especiales, específicos y expeditivos para la tutela de los diversos aspectos de la supremacía de la Constitución, los procesos constitucionales, va a entrar en vigencia recién seis meses después de la fecha de su publicación. Sin embargo, la relevancia de esta norma hace necesario ir conociendo desde ya sus principales alcances, máxime si sus impulsores han incluido en ella una serie de precisiones vinculadas con lo que se busca proteger y las tareas de interpretación constitucional que se efectúan en estos procesos.

Y es que el preservar la supremacía de la Constitución implica estar al tanto de las peculiaridades de la norma constitucional, ya sea por su origen (expresión del poder constituyente), su contenido (limita, organiza y justifica el ejercicio del poder político en una sociedad determinada), su rol (parámetros de validez formal y parámetros de validez material del

ordenamiento jurídico de un Estado particular¹ o por las particularidades de las disposiciones que le conforman (con disposiciones con eficacia directa, pero también con dispositivos con eficacia diferida, de tipo programático o solamente con un carácter meramente orientador).

Por otro lado, las labores de interpretación constitucional, íntimamente ligadas con la tutela de la supremacía antes mencionada, supone, independientemente de la escuela en la cual se inscriba, una visión que no es neutra o literal, perspectiva probablemente asumida como la ideal en otras áreas del Derecho. Implican más bien una lectura dirigida a alcanzar un objetivo en particular: la limitación del poder para así asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales.

Estas particularidades son sin duda tomadas en cuenta por los promotores del Código Procesal Constitucional peruano, o Ley 28237, quienes, conocedores además de que nos encontramos ante materias no necesariamente conocidas por el ciudadano promedio (y menos aún en países con poca tradición en el respeto a parámetros constitucionalmente establecidos), han optado por proporcionar; tanto a los juzgadores como a todos los demás actores que se encuentren involucrados en el desarrollo de los diversos procesos constitucionales, pautas para que se puedan alcanzar a cabalidad los objetivos que llevaron finalmente a la instauración de estos importantes medios procesales en el ordenamiento jurídico peruano.

Si tuviéramos entonces que anotar algunas de las previsiones consignadas en la Ley 28237 para obtener los objetivos recientemente mencionados, necesariamente tendríamos que señalar sin hacer en principio distinguos de mayor relevancia entre ellas, a las siguientes:

1) La inclusión de un Título Preliminar donde, además de precisar los alcances del presente Código y los fines de los procesos constitucionales, se haga referencia a una serie de principios procesales a tener en cuenta siempre que se aborde este tipo de materias, principios tan relevantes como el de la dirección e impulso judicial de los procesos; gratuidad en la actuación del demandante; economía; intermediación; socialización del proceso; o *Iura Novit Curia*.

2) La consagración de pautas que consideramos como de enorme relevancia para desarrollar a cabalidad las labores de interpretación constitucional que van siempre de la mano de estos procesos.

Algunas de ellas se encuentran dentro del Título Preliminar (y por ende, son invocables en todos los procesos constitucionales), pero también están las que se encuentran previstas en otros diferentes apartados de nuestro Código Procesal Constitucional.

3) La existencia de Disposiciones Generales relacionadas, por una parte, con la interposición y trámite de los Hábeas Córpus, Amparos y *Hábeas Data* (así como, mientras la Constitución vigente la considere un proceso constitucional, la llamada Acción de Cumplimiento); y de otra, el tratamiento de procesos como los equivocadamente denominados "Acción Popular" o "Acción de Inconstitucionalidad" (e indirectamente, en lo que resulte aplicable, a los procesos competenciales, de acuerdo con lo previsto en el artículo 112 de la Ley 28237).

1. Hablamos de la Constitución como parámetro de validez formal en tanto en el texto constitucional es donde encontramos la base de los procedimientos y demás pautas para generar Derecho. Nos referimos en cambio a la Constitución como parámetro de validez material en mérito a que lo previsto a nivel constitucional es lo que enmarca aquello que puede, por su contenido, ser considerado como jurídicamente válido en el ordenamiento de cualquier Estado. Este tema lo hemos trabajado con mayor detalle en nuestro libro *Jurisdicción Constitucional, Impartición de Justicia y Debido Proceso*. Lima, Ara Editores, 2003.

4) Una regulación, en líneas generales, e independientemente de discrepancias de mayor o menor envergadura que podemos tener con algunas de las alternativas propuestas, muy prolija para la mayoría de los procesos constitucionales actualmente previstos en el ordenamiento jurídico peruano, los cuales son a saber el *Hábeas Corpus*, el Amparo, el *Hábeas Data*, la "Acción" de Inconstitucionalidad, la "Acción" Popular, los procesos competenciales y la "Acción" de Cumplimiento.

Justo es aquí reconocer que el margen con el cual contaron los autores del Código que venimos comentando no fue libérrimo: tuvo, por ejemplo, que respetar algunos polémicos parámetros establecidos por el mismo texto constitucional peruano vigente. Ello explicaría, independientemente de la controversia que esto pueda generar, lo siguiente:

- La inclusión y regulación en la Ley 28237 de la denominada "Acción de Cumplimiento"² como proceso constitucional, a pesar de que la finalidad de este proceso no es precisamente la de asegurar la supremacía de la Constitución.
- La inclusión y regulación en esa misma Ley 28237 de *Hábeas Data* impropios, destinados a tutelar derechos distintos del de la autodeterminación informativa.
- El que, a diferencia de lo que ya hacen otros Tribunales Constitucionales a nivel mundial (el tribunal colombiano es un buen ejemplo de ello), estas mismas instancias de control puedan señalar desde cuándo surten efectos los pronunciamientos declarando la inconstitucionalidad de alguna norma, posibilidad hoy circunscrita en el caso peruano a materias tributarias³.
- El especial cuidado para admitir la procedencia de Amparos contra decisiones del Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo Nacional de la Magistratura, aprovechando así la experiencia de lo resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en casos como el "Espino Espino" o el "González Ríos", respectivamente. En estos supuestos se dejarán de lado cuestionamientos basados en una lectura más bien literal de la Constitución de 1993.
- Tal vez por el mismo motivo esbozado en el anterior apartado, una preocupación por no chocar con interpretaciones literales de la Constitución de 1993, las cuales no permitirían Amparos contra normas legales, se entiende el silencio que la Ley 28237 guarda frente a reiterada jurisprudencia en la cual nuestro Tribunal Constitucional admite el Amparo contra normas de carácter autoaplicativo, jurisprudencia que a pesar de este silencio esperamos siga emitiéndose.
- Finalmente, el asumir a todos los tratados, versen o no éstos sobre Derechos Humanos, como normas con rango legal (en este sentido, el artículo 77 de la Ley 28237, y antes, un polémico fallo del Tribunal Constitucional peruano en el caso "Ana Elena Townsend y otros sobre Acción de Cumplimiento").

-
2. Y es que, en rigor conceptual, la llamada "Acción" de Cumplimiento no es una Acción, pues no se agota en la posibilidad de acudir a una instancia jurisdiccional para ver resuelta la controversia que le origina. Es pues indudablemente un proceso, pero en puridad no es un proceso constitucional, que la pretensión que tutela nada tiene que ver con la supremacía de la Constitución, ya que, como bien aclara el texto constitucional peruano de 1993, con el Proceso de Cumplimiento lo que se busca es la puesta en práctica de una obligación legal o administrativamente contraída por la Administración.
 3. Como es de conocimiento general, la Constitución de 1993 señala que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los procesos denominados "Acciones" de Inconstitucionalidad no tienen efectos retroactivos. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional hasta hoy vigente, la 26435, no se ciñe a una interpretación literal de la Constitución de 1993, y prescribe que en materia tributaria el mismo Tribunal puede señalar desde cuándo surten efectos los pronunciamientos declarando la inconstitucionalidad de una norma. Esta disposición ha sido incluida también en el nuevo Código Procesal Constitucional.

Sin embargo, y muy a despecho de las limitaciones aquí reseñadas, no imputables a los promotores del Código⁴, y algunos aspectos opinables o perfectibles, el balance de la labor efectuada nos proporciona al final un avance cualitativo en el tratamiento de un tema tan importante como complejo y delicado, el de garantizar la supremacía constitucional. Sin querer aquí abusar de la gentileza de quienes nos permiten publicar este trabajo y de la paciencia de sus eventuales lectores, haremos algunas puntuales anotaciones sobre los rasgos más relevantes de la novísima normativa a la cual venimos haciendo referencia, tarea que emprenderemos de inmediato.

II. LA CONSAGRACIÓN DE PRINCIPIOS PROCESALES Y CIERTAS PAUTAS DESTINADAS A FACILITAR EL MEJOR DESARROLLO DE LOS DIFERENTES PROCESOS CONSTITUCIONALES

Uno de los parámetros que marca una mejora cualitativa entre el nuevo Código Procesal Constitucional peruano y lo hasta hoy vigente sobre el particular en nuestro país sobre el particular es indudablemente esa preocupación, patente a lo largo de toda la Ley 28237, por proporcionar, tanto a los juzgadores como a los demás actores que pudiesen estar involucrados en el desarrollo de los diferentes procesos constitucionales, pautas para que ellos puedan efectuar a cabalidad la compleja labor que demanda un completo desarrollo de estos medios procesales.

De allí se entiende, entre otras cosas, la inclusión de un Título Preliminar, en donde, además de precisar los alcances del presente Código y los fines de los procesos constitucionales (garantizar la supremacía de la Constitución y la efectiva vigencia de los derechos fundamentales⁵, se consignan una serie de principios procesales (básicamente en el artículo III de dicho Título Preliminar) y una serie de pautas allí explicitadas con el único objeto de facilitar un mejor desempeño de los diferentes actores involucrados en el desarrollo de los distintos procesos constitucionales.

Toda actividad humana tiene como base o guía ciertas pautas que orientan su cabal desarrollo. A estas pautas o directrices básicas las conocemos con el nombre de principios.

Ahora bien, necesario es anotar que estos principios, por lo menos si nos referimos a aquellos que encauzan lo que tentativamente podríamos considerar como “lo jurídico”, no son parámetros inmodificables y con un contenido consensualmente asumido por todos como válido. En el ámbito del Derecho en general, y en el del Derecho Procesal en particular, nos referimos a que estamos ante categorías o conceptos básicos a los cuales en líneas generales consideramos como necesarios para el mejor funcionamiento de dichas actividades.

Sin querer aquí entrar en el debate tan interesante como inacabable, debate que seguramente tendrá momentos y lugares para ser abordado con la profundidad que merece, quisiera más bien referirme en esta oportunidad a los principios procesales recogidos en el nuevo Código Procesal Constitucional peruano.

Cabe eso sí anotar que los principios procesales acogidos en la Ley 28237 no son todos los que mayoritariamente la doctrina reconoce como tales, sino que allí se hace referencia a aquellos que en la perspectiva de los autores del Código sirven para apuntalar la idea de un juzgador y una judicatura comprometida con los diversos aspectos que involucra la supremacía de la Constitución.

4. El destacado grupo de juristas al cual hago referencia estuvo conformado por los Doctores Samuel Abad Yupanqui, Jorge Danós Ordóñez, Francisco Eguiguren Praeli, Domingo García Belaúnde, Juan Monroy Gálvez y Arsenio Oré Guardia.

5. En ese sentido el artículo II del Título Preliminar de la Ley 28237.

Así, por ejemplo, en el artículo III de su Título Preliminar, y con la sumilla “Principios Procesales”, la Ley 28237 hace referencia a principios como los de dirección judicial del proceso, gratuidad de la actuación del demandante (expresión para muchos de la economía de gasto), economía, intermediación o socialización. Más adelante, y dentro del mismo Título Preliminar, su artículo VIII, bajo la sumilla “Juez y Derecho” (la misma sumilla empleada al abordarse este tema en el Código Procesal Civil de 1992), se hace referencia a otro principio de innegable naturaleza procesal, comúnmente identificado con el aforismo *Iura Novit Curia*.

Ahora bien, y tal como ya habíamos anotado anteriormente, una de las preocupaciones más notorias entre quienes promovieron la elaboración de este nuevo Código Procesal Constitucional ha sido la de promocionar la mayor cantidad de elementos de juicio a jueces, justiciables, fiscales y abogados, para que así estos pudiesen comprender y efectuar con claro conocimiento de causa las complejas tareas de interpretación constitucional que habitualmente se dan en los procesos previstos para proporcionar una tutela especial, específica y expeditiva de la supremacía de la Constitución.

Ello explica que en el Título Preliminar, mas no solamente allí⁶, junto a la determinación del objeto del Código, los fines de los procesos constitucionales y los principios procesales que deben orientar el quehacer de quienes participan en esos procesos, se hayan consignado también algunas pautas que permitan tener claro cuál es el marco general a partir del que corresponde efectuar esta labor interpretativa. Así pues, se hará referencia a materias como las siguientes:

- La necesidad de interpretar los derechos conforme a la comprensión que se tiene de ellos en los tratados ratificados por el Perú, y el sentido que le otorguen a estos temas las instituciones cuya interpretación de esos tratados tiene carácter vinculante;
- La obligatoriedad de interpretar todo el ordenamiento jurídico conforme a lo prescrito en la Constitución, notoria expresión del fenómeno que bien puede calificarse como “constitucionalización del Derecho”; y en esa línea, la exigencia de que el juzgador recurra al control difuso si se encuentra con una norma que considera inconstitucional;
- El establecimiento de los elementos que permiten determinar cuándo estamos ante un precedente vinculante, y por ende, con efectos que podríamos reputar como normativos; así como la especificación de los recaudos que debieran tomarse en cuenta si el Tribunal Constitucional quisiera modificar aquellos criterios que hubiere establecido con anticipación; y
- La plasmación de aquellas pautas que deberán seguirse en aquellos casos en los que pudieran presentarse vacíos en la norma en comento. Se señalará que en primer lugar serán de aplicación supletoria los Códigos Procesales afines a la materia discutida, siempre y cuando no contradigan los fines de los procesos constitucionales y ayuden más bien a su mejor desarrollo. En segundo término, y en defecto de las normas supletorias citadas, el juez podrá recurrir a la jurisprudencia, a los principios generales del Derecho Procesal y a la doctrina existente sobre el particular.

6. Como veremos luego, pautas para el mejor desarrollo de las labores propias de los diferentes procesos constitucionales las encontramos fuera del Título Preliminar cuando, por ejemplo, el artículo 79 de la Ley 28237 consagra el denominado “bloque de constitucionalidad”, tema que volveremos a abordar más adelante.

III. APORTES EN LAS DISPOSICIONES GENERALES SOBRE *HÁBEAS CORPUS*, AMPARO, *HÁBEAS DATA* Y “ACCIÓN” DE CUMPLIMIENTO, CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LA PROCEDENCIA DE LAS DEMANDAS Y EL ESCENARIO CAUTELAR

Aun cuando en el fondo todos los procesos constitucionales apuntan al mismo objetivo, el preservar y potenciar la supremacía de la Constitución, y todo lo que ello encierra, no puede olvidarse que estos mecanismos procesales buscan incidir en diferentes aspectos: mientras unos inciden directamente en la tutela de los diversos derechos fundamentales, otros más bien se encuentran dirigidos a garantizar la jerarquía y estructura normativa consagrada como propia del ordenamiento jurídico de un Estado en particular. Eso es lo que marca la diferencia entre los procesos de la denominada jurisdicción constitucional de la libertad y los de jurisdicción constitucional orgánica.

Notorio es entonces que existan pautas exigibles en algunos, mas no predicables en los otros. Esto ha sido observado también por quienes elaboraron la Ley 28237, y por ello, su lógica destinada a facilitar las labores de interpretación constitucional, las cuales siempre van de la mano de procesos como los que venimos comentando, ha hecho aquí necesario efectuar una distinción entre disposiciones de carácter más bien generales aplicables a procesos más vinculados con la tutela de derechos (como son el *Hábeas Corpus*, el Amparo, el *Hábeas Data* o la “Acción” de Cumplimiento) y pautas de similar naturaleza, pero relacionadas con los procesos destinados a la protección de la jerarquía normativa persistente (Acción de Inconstitucionalidad, Acción Popular, y en cierta forma, los Procesos Competenciales).

Cuando se desarrollan las Disposiciones Generales vinculadas con la interposición, trámite y resolución de demandas de *Hábeas Corpus*, Amparo, *Hábeas Data* y “Acción” de Cumplimiento, allí se hacen importantes precisiones sobre la finalidad de estos procesos, la representación procesal del Estado en este tipo de casos y la determinación de responsabilidades del supuesto agresor. También hay referencias a la falta de etapa probatoria en estos procesos, o al tratamiento de temas como los de las excepciones y defensas previas, el turno de los juzgadores, las notificaciones, el contenido y pautas de ejecución de sus sentencias, el momento y alcances de la actuación del Tribunal Constitucional, o sobre cuándo puede considerarse que contamos con un pronunciamiento con carácter de cosa juzgada o damos por agotado el debate a nivel nacional.

Sin embargo, y dentro de las importantes modificaciones introducidas por la Ley 28237 en el desarrollo de los procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad en el Perú, hay dos de singular relevancia: una de ellas se encuentra vinculada a la procedencia o improcedencia de las demandas. La otra, a la posibilidad de cómo y cuándo deducir medidas cautelares en este tipo de procesos. La especial importancia de ambos temas obligará darles un tratamiento más detallado dentro del presente texto.

1. *Procedencia o improcedencia de las demandas: el escenario que se viene*

Luego de anotarse que la finalidad de procesos como el *Hábeas Corpus*, el Amparo, el *Hábeas Data* o la “Acción” de Cumplimiento, es la tutela de los derechos (en rigor fundamentales más que constitucionales⁷, reponiendo las cosas al estado anterior a su violación o amenaza cierta e inminente de su vulneración o disponiendo el cumplimiento de un mandato

7. Recordemos que la Constitución de 1993 contienen una cláusula de derechos implícitos, su artículo 3, mediante la cual no son solamente derechos fundamentales los expresamente reconocidos en el texto constitucional, sino también aquellos que puedan deducirse de la dignidad del hombre, los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno. Puede entonces argumentarse que en el ordenamiento jurídico peruano el calificar a un derecho como fundamental no implica una explícita inclusión del mismo en la Constitución vigente.

legal o un acto administrativo (supuesto último más bien pensado como aplicable a las “Acciones” de Cumplimiento), el Código Procesal Constitucional aborda con especial detenimiento el tema de la procedencia o improcedencia de las demandas en este tipo de procesos.

La relevancia de esta materia es innegable pues, independientemente del resultado al cual finalmente se obtenga en cada proceso, debe convencerse al juzgador(a) que la(s) pretensión(es) que ponemos en su consideración está(n) respaldada(s) por ciertos presupuestos procesales básicos y determinadas condiciones de la acción. Sin ello, no será posible asegurar una composición de los conflictos o situaciones de incertidumbre existentes en un escenario de imparcialidad, objetividad e igualdad de condiciones entre las partes involucradas. Y con estas condiciones básicas se juega, no nos engañemos, buena parte o toda la credibilidad, legitimidad y eficacia de cualquier labor de impartición de justicia, y de cualquier Estado Constitucional que se precie de serlo.

Lo expuesto explica como desde la Constitución peruana de 1979, y la Ley 23506, de *Hábeas Corpus* y Amparo (1982), se haya planteado una sin duda bienintencionada lógica expansiva de los supuestos pasibles de ser tutelados a través de estos procesos constitucionales, línea de pensamiento desarrollada aún más con la normativa posteriormente dictada y la inclusión de nuevos mecanismos procesales como el *Hábeas Data* o el Proceso de Cumplimiento. A diferencia de lo que hasta hoy ocurre en muchos países, demandas iniciando estos procesos constitucionales procedían y proceden frente a actos u omisiones, sin importar de qué autoridad, funcionario o persona provengan, siempre y cuando vulneren o amenacen la vigencia de derechos fundamentales, aun si no están expresamente consagrados en la Constitución.

Por otro lado, el efecto de establecer algunas causales de improcedencia, como las del agotamiento de vías previas o el seguimiento de vías paralelas, fue mediatizado cuando se establecieron excepciones tan amplias al agotamiento de vías previas como las consignadas en el artículo 28 de la hasta hoy vigente en el Perú, Ley de *Hábeas Corpus* y Amparo, o se optó por un Amparo que no obligaba a ir antes a la vía judicial ordinaria, sino que nos permitía escoger, y con ello obviar el uso de medios procesales que no fuesen procesos constitucionales.

No olvidemos que en el resto del mundo, los procesos constitucionales, por las características que se le asignan en el Derecho Comparado, son vistos como procesos especiales, expeditivos y específicos para hacer frente a requerimientos de esta naturaleza, a los cuales se acude luego de agotar los medios ordinarios de protección.

La sin duda bienintencionada, pero insuficientemente sustentada lógica protectora, comenzó entonces a confrontarse en los hechos con otros conceptos y perspectivas, los cuales –a veces normativamente, y en ocasiones, en el plano más bien de lo fáctico- progresivamente fueron introduciendo limitaciones, incongruencias y hasta contradicciones en la propuesta inicial, propiciando así la existencia en la actualidad de un escenario en el cual se generan múltiples expectativas que aquellas razonablemente factibles de atender.

Es en este contexto en el cual debe entenderse el tratamiento dado por el nuevo Código Procesal Constitucional a lo relacionado con la procedencia o improcedencia de las demandas. La norma que venimos analizando mantendrá la idea que procesos constitucionales como el *Hábeas Corpus*, el Amparo o el *Hábeas Data* proceden contra actos u omisiones, cometidos por cualquier autoridad, funcionario o persona que viole o amenace en forma cierta e inminente el ejercicio de los diferentes derechos fundamentales: la libertad personal y los derechos que le resulten conexos en el caso del *Hábeas Corpus*; básicamente la autodeterminación informativa y el derecho (de acceso) a la información en el *Hábeas Data*; y todos los otros derechos a través del Amparo.

Se mantendrán también causales de improcedencia ya conocidas, como vías previas o vías paralelas, pero también se pasará a mencionar otros aspectos, o por lo menos, a abordarlos de manera diferente.

Explico esta última afirmación adjuntando algunos casos a modo de ejemplo:

- La Ley 28237, en la misma línea de lo ya resuelto por el Tribunal Constitucional peruano en el caso “Espino Espino” (Expediente número 2366-2003-AA/TC), va a admitir la procedencia de Amparos contra decisiones tomadas por el Jurado Nacional de Elecciones⁸, si es que dichas decisiones no respetan la tutela procesal efectiva, concepto dentro del cual se incluyen los derechos de tutela judicial efectiva y debido proceso, este último tanto en su dimensión procesal como en la sustantiva.

- Siguiendo también aquí precedentes como el establecido en el caso “González Ríos” (Expediente número 2409-2002-AA/TC), el nuevo Código Procesal Constitucional admite la procedencia de demandas de Amparo contra resoluciones dictadas por el Consejo Nacional de la Magistratura en procedimientos de ratificación o destitución de jueces y fiscales, si el Consejo no hubiese trasladado al magistrado(a) implicado(a) las imputaciones hechas en su contra, o no hubiese motivado su pronunciamiento final sobre el particular. Siendo indudablemente valioso lo consignado en la Ley 28237 al respecto, creo que hubiese sido preferible también dejar abierta la procedencia de Amparos frente a otras eventuales violaciones de la tutela procesal efectiva, y no circunscribir la aplicación de estas pautas a determinados aspectos, por más relevantes que ellos sean en la coyuntura actual⁹.

- La Ley 28237 también habilita la posibilidad de interponer *Hábeas Corpus* contra resoluciones judiciales firmes (aun cuando no se dice expresamente, se entiende que no consentidas) que vayan contra la libertad personal. Ello como consecuencia de un proceso dentro del cual no se haya respetado la tutela procesal efectiva. Se consagra asimismo la posibilidad de plantear demandas de Amparo contra resoluciones judiciales firmes y no consentidas que vulneren la ya mencionada tutela procesal efectiva.

Se pasa entonces aquí a plantear en forma explícita lo que en su momento tanto costó deducir del artículo seis inciso segundo de la Ley 23506, precepto que señalaba la improcedencia de aquellos *Hábeas Corpus* y Amparos deducidos contra resoluciones emanadas de proceso o procedimiento regular¹⁰. Sin embargo, permítase plantear aquí una preocupación: si hacemos una lectura literal de lo hasta ahora plasmado en el nuevo Código Procesal Constitucional, bien podemos apreciar que esta posibilidad de iniciar procesos constitucionales solamente podría plantearse contra resoluciones judiciales firmes.

Ello indudablemente no sería aconsejable, ya que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en este caso con indudable acierto, ya ha declarado procedentes una serie de demandas contra prácticamente todo tipo de resoluciones judiciales, ya que no solamente vulneran derechos fundamentales y nos dejan en situación de indefensión aquellas que ponen fin a la instancia. Faltando todavía un tiempo para que entre en vigencia la Ley 28237, aquí hay un aspecto en el cual indudablemente convendría modificar. Ahora bien, si no se produ-

8. El Jurado Nacional de Elecciones es el organismo constitucionalmente autónomo encargado de impartir justicia en materia electoral en el Perú, ejerciendo además tareas de fiscalización, registro y proclamación de los candidatos elegidos, entre otras responsabilidades.

9. El cuestionamiento actualmente existente al Consejo Nacional de la Magistratura gira hoy en torno a que sus decisiones vinculadas a la ratificación o no ratificación de jueces y fiscales no son motivadas, e inicialmente incluso se les acusaba de haber sido emitidas sin que se haya corrido traslado a los magistrados sometidos a ratificación de las imputaciones hechas en su contra. Ello explica los alcances del artículo 5, inciso 7 del Código en *comento*, siendo nuestra opinión que además no debiera soslayarse la posibilidad de interponer Amparos si son otros los aspectos de la tutela procesal efectiva los que resultasen afectados.

10. Los alcances de dicho dispositivo comenzaron a aclararse como consecuencia de un debate en el cual fueron importantes aportes como los de ABAD, Samuel. “¿Procede el Amparo contra resoluciones judiciales?”. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* n° 2, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, p. 35 y ss.; o GARCÍA BELAÜNDE, Domingo. “El Amparo contra resoluciones judiciales: nuevas perspectivas”. En: *Lecturas sobre Temas Constitucionales* n° 6, Comisión Andina de Juristas, Lima 1990, p. 63 y ss.

jera cambio alguno al respecto, creo que bien en una lógica favor *libertatis* o de preferencia a una mayor protección de los derechos, lógica muy propia del constitucionalismo y la interpretación constitucional, jurisprudencialmente no debiera dejarse de lado lo ya avanzado al respecto.

- Aun cuando la lógica del Código que venimos analizando ha habilitado la procedencia de demandas que probablemente no hubiese podido aceptarse si nos ciéramos a una lectura más bien literal de la Constitución de 1993, la Ley 28237 ha preferido ser cauta en el tratamiento de los Amparos contra normas legales. El artículo tres de la Ley 23506, la norma actualmente vigente al respecto, permite que si seguimos un Amparo o un *Hábeas Corpus* mediante el cual se busca revertir un acto sustentado en una norma que el juzgador reputa inconstitucional, ese juez puede proceder a inaplicar dicha norma en el caso concreto que viene conociendo. No se habilita allí entonces al juzgador a tramitar y conceder Amparos contra leyes consideradas inconstitucionales.

Buen tiempo después, con el segundo inciso del artículo 200 de la Constitución de 1993 buscó cerrarse definitivamente toda posibilidad de que se concedan Amparos contra leyes, señalándose allí expresamente que no procedían estos procesos constitucionales si eran planteados contra normas legales. Sin embargo, con gran acierto el Tribunal Constitucional peruano ha desarrollado una interesante jurisprudencia mediante la cual rescata la procedencia de aquellos Amparos interpuestos contra normas de carácter autoaplicativo, disposiciones que con su sola existencia ya generan efectos jurídicos, algunos de los cuales de por sí pueden constituir amenazas ciertas e inminentes a la plena vigencia de los derechos fundamentales (en este sentido, recomendamos revisar casos como, entre otros, el “Pun Amat”, Expediente número 1100-2000-AA/TC).

El legislador ha preferido guardar silencio en este punto, y no apoyarse en la jurisprudencia ya existente para sustentar la procedencia de algunas demandas de Amparo interpuestas contra normas de carácter autoaplicativo. Aquí también sin duda sería importante efectuar una modificación de la Ley 28237, o en defecto de ello, instar al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional peruanos a que, en una lógica de preferencia por la mayor y mejor tutela de los derechos, no abandonen la interesante línea jurisprudencial hoy vigente sobre el particular.

- Un importante avance en cuanto al tema de la procedencia o improcedencia de las demandas en estos procesos se encuentra indudablemente relacionado con el tratamiento de aquello que en doctrina se suele denominar “sustracción de materia”.

Hasta hoy, el primer inciso del artículo seis de la Ley 23506 nos dice que no proceden las demandas de *Hábeas Corpus* o Amparo si ya ha cesado la violación o amenaza de vulneración a nuestros derechos, o si más bien el daño causado ha devenido en irreparable. De la lectura de esa norma se dedujeron algunas actuaciones judiciales no precisamente muy protectoras de derechos fundamentales, frente a las cuales el Código Procesal Constitucional plantea importantes y necesarias precisiones.

Me explico: en primer lugar, se colocaba dentro de un mismo supuesto a aquellos casos en los cuales el cese del perjuicio o el daño irreparable a nuestros derechos se produjo antes de la interposición de la demanda y a situaciones en las que recién durante el desarrollo del proceso constitucional oportunamente iniciado la(s) pretensión(es) buscada(s) deviene(n) en inalcanzable(s), ya sea debido a que concluyó el perjuicio o se plasmó un daño irreparable a nuestro(s) derecho(s). En segundo término, al considerarse a todas estas situaciones como diversas expresiones de lo mismo, se procedía a declarar la improcedencia de las demandas en todos estos casos, o se señalaba que carecía de objeto pronunciarse sobre el fondo de la controversia luego de lo que finalmente había sucedido.

Rápidamente puede apreciarse como en rigor aquí estamos ante casos diferentes que indudablemente demandan un tratamiento distinto. En la primera de las situaciones reseñadas en el párrafo anterior resulta claro que si el objeto de un *Hábeas Corpus*, un Amparo, un *Hábeas Data* o una “Acción” de Cumplimiento es el de la protección de derechos, no son

éstos los mecanismos procesales idóneos para buscar recuperar esos derechos (o ser compensados por su vulneración) si es que el perjuicio a los mismos cesó o devino en irreparable antes de interponerse la demanda. Allí sin más dicha demanda será improcedente, existiendo otros medios procesales a los cuales los agraviados deberán recurrir para recibir el resarcimiento que se considere justo y jurídicamente posible.

Ahora bien, declarar improcedente la demanda en aquellos casos en donde en rigor sí se da una sustracción de materia, pues sí había que discutir mediante *Hábeas Corpus*, Amparo o *Hábeas Data* al inicio del proceso, resultaba ser un remedio peor que la enfermedad, pues se abre para el infractor de derechos una puerta para desvirtuar aquellos procesos en los cuales su derrota era evidente: el hacerlos devenir en improcedentes, cesando el perjuicio o agudizándolo hasta las últimas consecuencias. Concedor además de la poca frecuencia con la cual se recurría al artículo 11 de la Ley 23506, podría presuponer que la determinación de posteriores responsabilidades era solamente una remota posibilidad librada únicamente a la buena voluntad de una serie de funcionarios¹¹. Sin embargo, esto era lo que lamentablemente ocurría en innumerables casos.

El nuevo Código Procesal Constitucional afortunadamente no se presta a estas lamentables confusiones y manipulaciones de conceptos, y hace una clara diferencia entre los casos en los cuales al momento de la presentación de la demanda ya ha cesado la amenaza o violación de un derecho fundamental, o dicha vulneración ha originado un daño irreparable; y las situaciones en las cuales luego de presentada la demanda cesa la amenaza o agresión a nuestros derechos, ya sea por propia voluntad del infractor o por haberse generado un perjuicio irreparable. En el primero de los casos, y de acuerdo con el quinto inciso del artículo cinco de la ley, la demanda será declarada improcedente. No se anota allí, pero queda claro que será responsabilidad del agraviado recurrir a la vía procesal idónea para obtener el reconocimiento que busca.

En el segundo tipo de situaciones aquí recientemente descritas, aquellas donde en rigor conceptual sí puede hablarse de sustracción de materia, el Código Procesal Constitucional acierta cuando en el segundo párrafo de su primer artículo obliga a que el juzgador, atendiendo al agravio producido, declare fundada la demanda, y precise los alcances de su decisión. En esa misma línea de actuación, el juzgador deberá disponer que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda. Es más, allí mismo se establece que si el infractor incumple esta prescripción, se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22 de la ley que venimos analizando (multas e incluso destitución del responsable), sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda.

11. Como es de conocimiento general, el artículo 11 de la Ley 23506 señala lo siguiente:

“[...] Artículo 11°.- Responsabilidad y sanciones al agresor.

Si al concluir los procedimientos de *Hábeas Corpus* y Amparo, se ha identificado al responsable de la agresión, se mandará abrir la instrucción correspondiente. Tratándose de alguna autoridad o funcionario público, además de la pena que corresponda, se le impondrá la de destitución en el cargo y no podrá ejercer función pública hasta pasados dos años de cumplida la condena principal. Se condenará asimismo al responsable al pago de las costas del juicio y a una indemnización por el daño causado.

El haber procedido por orden superior no libera al ejecutor de los hechos de la responsabilidad y de la pena a que haya lugar. Si el responsable inmediato de la violación fuera una de las personas comprendidas en el artículo 183° de la Constitución se dará cuenta inmediata a la Cámara de Diputados para los fines consiguientes.”

Desafortunadamente, y tal como lo han demostrado varios estudios sobre el particular, la frecuencia con la cual se ha utilizado el artículo 11 de la actual Ley de *Hábeas Corpus* y Amparo ha sido muy escasa. Es más, se han dado casos en los cuales más bien expresamente se ha descartado la aplicación de los supuestos de dicha disposición legal.

- Pueden sin duda mencionarse aquí otras causales de improcedencia. No procederán las demandas de *Hábeas Corpus*, Amparo o *Hábeas Data* si, por ejemplo, los hechos y el petitorio de la demanda no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado. Tampoco procederán estas demandas si lo que busca impugnarse son aquellas resoluciones de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) o del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC)¹² pasibles de ser revisadas por el Jurado Nacional de Elecciones.

Ambas causales tienen lógica y sentido. En el primer caso, el juez constitucional puede y debe recurrir al principio "*Iura Novit Curia*" para suplir las eventuales deficiencias en las que pueda haber incurrido el demandante en la plasmación jurídica de sus pretensiones. Ahora bien, lo que bajo ningún concepto puede hacer el juez es olvidar cuál es su rol en el proceso, asumiendo como suyo el papel del demandante y dejando al demandado, quien también cuenta con derechos que deben ser respetados, en situación de indefensión, ante la ruptura de una siquiera mínima congruencia procesal. Indudablemente no es una labor sencilla la del juzgador, pero lo que no puede perder de vista es que, en cualquier caso, hay consideraciones básicas que jamás podrá soslayar.

Por otro lado, si la tendencia ya esbozada desde la Constitución de 1993 es la de ir consolidando al Jurado Nacional de Elecciones como una suerte de Tribunal Supremo en materia electoral, resulta lógico entonces dejarle revisar y resolver algunas decisiones tomadas por la ONPE o el RENIEC.

Solamente si en estos y otros casos el Jurado Nacional de Elecciones vulnera la tutela procesal efectiva, o más bien emite decisiones sin naturaleza jurisdiccional que violen o amenacen derechos fundamentales procederá recién interponer demandas de Amparo, *Hábeas Corpus*, *Hábeas Data* o de Cumplimiento que se crean convenientes.

- Obviamente no procederá recurrir a estos procesos de la jurisdicción constitucional de la libertad para resolver conflictos constitucionales surgidos entre entidades de Derecho Público interno (Congreso, Poder Judicial, Gobierno, organismos constitucionalmente autónomos), ya que esa clase de controversia cuenta con sus propios canales procesales para ser abordada. Tampoco, y en aras de una necesaria seguridad jurídica, procederán las demandas interpuestas luego del plazo legalmente previsto para ello, consideración no invocable en el caso del *Hábeas Corpus*, tomando así en cuenta las especiales características del derecho que tutela.

Sin embargo, quedan a nivel de la procedencia o improcedencia de las demandas de estos procesos dos importantes aspectos a abordar: el de los alcances de procesos constitucionales como el *Hábeas Corpus*, el Amparo o el *Hábeas Data* durante la vigencia de estados de excepción es uno de ellos.

El otro, la sustitución de un Amparo que llamaremos alternativo por uno al cual más bien podremos calificar como residual, con todas las implicancias que ello trae y los retos que indudablemente generará tan relevante modificación. Pasemos pues sin mayor trámite a efectuar algunas apreciaciones al respecto.

- A quienes hayan hecho un seguimiento sobre si la legislación peruana permitía o no la interposición de demandas de *Hábeas Corpus*, Amparo o *Hábeas Data* durante la vigencia de un estado de excepción les será muy fácil responder que el mérito del actual mejor tra-

12. De acuerdo con la Constitución peruana de 1993, la Oficina Nacional de Procesos Electorales es la encargada de dirigir la organización de todos los comicios electorales, así como de los diferentes tipos de consulta popular previstos en nuestro país, entre otras tareas. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil tiene a su cargo la inscripción de los nacimientos y demás actos que modifican el estado civil de las personas, además de, junto a otras responsabilidades, preparar y mantener actualizado el padrón electoral.

tamiento de estos temas en el Perú es más bien consecuencia de un inicial esfuerzo doctrinario y jurisprudencial que el constituyente de 1993 supo capitalizar, aunque lamentablemente incurriendo en algunos importantes errores. Queriendo insistir en la mejora del tratamiento de esta materia, el Código Procesal Constitucional peruano no quiere dejar de pronunciarse sobre un tema de innegable relevancia en la historia todavía relativamente reciente de nuestro país y aborda este asunto en su artículo 23.

Una siquiera rápida mirada de este artículo nos demuestra que sin duda implica un tratamiento de la materia mejor que el otorgado a la misma en la inicial redacción de la Ley 23506. La experiencia vivida enseña a mirar distinto algunas cosas, y, por otro lado, el mismo texto constitucional de 1993 introduce ciertos aportes cuya relevancia sería mezquino desconocer.

Sin embargo, y como de cierta forma algo ya habíamos adelantado, la Constitución de 1993 no es del todo feliz en el desarrollo de este tema, y algunas de sus imprecisiones y deficiencias desafortunadamente se ven también desarrolladas en este precepto de la Ley 28237.

Veamos. El artículo 23 del Código Procesal Constitucional empieza señalando que los procesos constitucionales (no se precisa cuáles, pero por la ubicación dada a esta disposición en la Ley 28237 entendemos que se refiere al *Hábeas Corpus*, Amparo, *Hábeas Data* y “Acción” de Cumplimiento) no se suspenden durante la vigencia de los regímenes de excepción. A renglón seguido, y aun cuando no prohíbe que el juzgador pueda evaluar la misma declaratoria de un Estado de Excepción, queda claro que en rigor aquí se asume, al igual que en la Constitución de 1993, que la labor jurisdiccional debe circunscribirse a evaluar si el acto o medida concreta restrictiva de derechos respeta parámetros básicos de razonabilidad y proporcionalidad.

Hasta aquí no encontramos nada en esencia distinto de lo prescrito a nivel constitucional, aun cuando hubiese sido beneficioso reconocer también como criterios de evaluación, incluso en clave de contralor parcial, a la temporalidad y la necesidad, como ya desde hace muchos años lo hace la doctrina y los tribunales encargados de la protección internacional de los Derechos Humanos¹³. Sin embargo, el mayor reparo a esta disposición no se encuentra en lo ya relatado, sino en la reiterada, y lamentablemente errónea, referencia a la supuesta suspensión de derechos durante la vigencia de un Estado de Excepción.

El error en el Perú no es nuevo, ya que la misma Carta de 1993 plantea como opciones igualmente posibles a la suspensión y restricción de derechos. Ello sin entrar a debates anteriores, donde era rechazada abiertamente la posibilidad de interponer *Hábeas Corpus* o Amparo y los Estados de Excepción eran etapas donde el gobernante de turno o las Fuerzas Armadas actuaban sin mayor control. Sin embargo, nos encontramos ante materias doctrinaria y jurisprudencialmente aclaradas hace muchos años, en base a consideraciones que aquí paso a repetir y que bien convendría no olvidar.

En primer lugar, no es lo mismo hablar de suspensión que de restricción en el ejercicio de un derecho. Suspensión es pérdida temporal. Restricción es la limitación de alguna o algunas de las atribuciones o alcances propios de un derecho. Durante un Estado de Excepción, como bien lo anotan las Opiniones Consultivas ocho y nueve de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se pierde el ejercicio de nuestros derechos, sino más bien se limita la libérrima posibilidad de ejercicio de algunos de ellos, mas no de todos.

13. De acuerdo con el criterio de temporalidad, tanto la declaratoria de un Estado de Excepción como las medidas tomadas a su amparo deben darse con una vigencia más bien limitada, aquella que permita resolver los problemas que motivaron la declaración de este régimen excepcional. El criterio de necesidad apela más bien a que debe tenerse presente que, ya sea la declaratoria del régimen excepcional o la toma de medidas a su amparo, solamente son legítimas cuando se ha constatado que no hay otro camino para enfrentar la emergencia ya existente.

Incido en lo último que acabo de señalar para pasar así al segundo punto de mi análisis: y es que la sola revisión de tratados como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana de Derechos Humanos, tratados suscritos y ratificados por el Estado Peruano, demuestra como existen una serie de derechos frente a los cuales el Perú ha asumido el compromiso de no afectar su ejercicio ni siquiera durante la vigencia de un Estado de Excepción. Al igual que ocurre cuando se revisan los artículos 137 y 200 de la Carta de 1993, tampoco en la Ley 28237 encuentro alguna pauta que permita evitar el riesgo de suspender (o sea, de despojar temporalmente) a alguien el ejercicio de alguno o incluso de todos sus derechos (así lo permitiría una lectura literal de lo prescrito sobre el Estado de Sitio en el texto de 1993) mientras esté vigente uno de esos regímenes excepcionales. Estamos pues ante un punto que sinceramente espero sea modificado muy pronto.

- Ahora bien, y sin querer con ello desmerecer todo lo anotado con respecto a la procedencia o improcedencia de las demandas de procesos como el *Hábeas Corpus*, el Amparo, el *Hábeas Data* o la “Acción” de Cumplimiento en el Perú, el cambio más notorio y notable que introduce el nuevo Código Procesal Constitucional en el tratamiento de esta materia en nuestro país es el del paso de un Amparo al cual podríamos calificar como “alternativo” a uno, más similar al existente en diversos países del mundo, medio procesal al que podríamos atribuirle un carácter residual.

Probablemente esta última anotación puede parecer no más que un juego de palabras para quien o quienes no están muy familiarizados con estos temas. Es más, bien se puede pensar que en el mejor de los casos es una preocupación académica sin mayor utilidad práctica. Nada más lejano de la realidad, tal como veremos de inmediato. Y es que si revisamos lo previsto en el tercer inciso del artículo seis de la todavía vigente ley 23506, una de las causas de improcedencia de los *Hábeas Corpus* y el Amparo en el Perú es el haber optado por la vía judicial ordinaria. Ello lleva a que, por ejemplo, ante la violación o amenaza de violación al derecho de propiedad, derecho fundamental en el ordenamiento jurídico peruano, pueda escogerse entre interponer una “acción” reivindicatoria o iniciar un Amparo, pudiendo recurrir directamente a ese proceso constitucional sin haber siquiera intentado utilizar el medio ordinario de defensa previsto para tutelar ese derecho real.

Frente a esta lógica, en la cual el proceso constitucional de Amparo no es pues un medio extraordinario para la defensa de los diversos derechos fundamentales (lo cual justifica su carácter sumarísimo y sin etapa probatoria que le caracteriza), sino más bien el medio al que regularmente puede recurrirse en este tipo de situaciones es que se habla en estos casos de un Amparo alternativo.

A nivel mundial, en cambio, prima la lógica de entender al Amparo como un instrumento procesal al cual únicamente se recurre cuando se han agotado todos los medios de protección ordinaria, requisito que sólo muy excepcionalmente puede dejarse de lado en aquellos casos en los cuales el agotamiento antes mencionado haría irreparable el perjuicio al derecho al cual se busca tutelar. Es por ello que en estos casos se habla del Amparo como un mecanismo residual, entendido como especial, específico y en lógica de último recurso para la protección de ciertos derechos fundamentales.

Ahora bien, el hecho de tener un amparo alternativo ha hecho que muchas veces no se recurra a la vía judicial ordinaria y se acuda directamente al amparo. Llegan entonces al amparo peruano temas cuyo tratamiento es muy difícil de abordar en un proceso de tutela urgente y sin etapa probatoria, características propias de este proceso constitucional en el Derecho Comparado¹⁴, y que también le son invocadas como propias del Amparo en nuestro país.

14. Tomando en cuenta el tipo de pretensiones que se buscan tutelar en estos procesos, y además, el carácter residual que suele tener a nivel mundial el amparo, éste es un proceso en el cual se establecen plazos muy cortos, y dónde habitualmente ya no existen medios probatorios nuevos que ofrecer

Si a ello le añadimos las otras facilidades concedidas para la procedencia del Amparo en el Perú, para nada debe sorprendernos que en la práctica se venga produciendo lo que algunos han optado por denominar “ordinarización del Amparo peruano”, con un sistemático incumplimiento de los plazos inicialmente previstos para su tramitación, y una significativa merma de su real eficacia. Pero como si esto no fuese suficiente, el temor generado frente al uso masivo del Amparo, sin entrar a analizar aquí la buena o mala intención existente tras dichas preocupaciones, ha ido constituyéndose en el sustento para instalar importantes restricciones al cabal ejercicio de este proceso constitucional en el Perú, generando así serias distorsiones al respecto.

Analicemos de inmediato los alcances de esta nuestra última aseveración; y es que incluso desde antes de la aprobación de la Constitución de 1993 comenzaron a plantearse limitaciones a la interposición de este tipo de procesos. Se consignó que no cabía el Amparo contra normas legales, ni contra resoluciones judiciales emanadas de proceso regular. Se señaló además que existían algunos pronunciamientos emitidos por organismos constitucionalmente autónomos que no podían ser revisadas por Amparo, consagrándose así peligrosas situaciones de instituciones administrativas con inmunidad de jurisdicción¹⁵, con el comprensible riesgo que ello puede generar.

Las modificaciones ya no incluidas a nivel constitucional, sino más bien en las leyes destinadas a regular el funcionamiento del proceso de Amparo, también han jugado a ir poniendo en entredicho su verdadera eficacia tuitiva. El tema en el cual esta intención se hizo más notorio fue sin duda el de la abierta desnaturalización de su medida cautelar, aspecto generado incluso antes de que entre en vigencia el texto de 1993 y en rigor no vinculado a la procedencia o improcedencia del amparo, pero que indudablemente resintió la credibilidad y eficacia de este valioso proceso constitucional en el Perú¹⁶.

Similar predicamento (expectativas no satisfechas y asistemáticos recortes de su margen de acción) se puede encontrar en los casos de los *Hábeas Data* y las “Acciones” de Cumplimiento, cuya regulación procesal es prácticamente la misma que la prevista para el Amparo en el Perú; pero también, aunque aquí sí con matices, ante lo que sucede con los *Hábeas Corpus* en nuestro país. El novísimo Código Procesal Constitucional tenía en todo esto evidentemente una materia tan delicada como importante que abordar, tarea que no eludió asumir.

y actuar. Ello no implica descartar su presentación y actuación, pero explica la ausencia de una etapa probatoria dentro de un proceso que en la mayoría de países es uno de puro derecho.

15. En este sentido lo prescrito en el artículo 142 de la Constitución de 1993, el cual leído literalmente impediría la revisión en sede jurisdiccional de ciertas decisiones tomadas por el Jurado Nacional de Elecciones y el Consejo Nacional de la Magistratura. Afortunadamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en los casos ya mencionados “Espino Espino” y “González Ríos”, respectivamente, ha admitido el cuestionamiento de estas decisiones si se considera se han vulnerado algunos derechos fundamentales.
16. Además de establecerse un turno de jueces de Amparo, lo cual puede ser discutible en término de facilitar el acceso a la justicia constitucional a los justiciables, se introdujeron, y a eso aquí queremos referirnos, restricciones que desnaturalizaron el sentido de una medida cautelar de amparo. En primer lugar, se acabó con el carácter *in audita pars* de dicha medida cautelar. Y como se esto no tuviera suficiente entidad, el auto mediante el cual se concedería esta medida será apelable con efecto suspensivo, opción que recorta drásticamente el margen de acción del juez de la causa. Estas dos graves limitaciones a la medida cautelar desafortunadamente han sido mantenidas en el Código Procesal Constitucional cuando estas medidas se plantean frente a actos administrativos de autoridades locales y regionales, tema que consideramos debiera modificarse a la brevedad posible.

Buscando entonces seguramente revertir las distorsiones generadas por la llamada “ordinarización del amparo peruano”, los promotores de la ley 28237 han incluido en el segundo inciso del artículo 5 de esa norma un precepto que cambiará radicalmente la configuración del Amparo peruano. La disposición en cuestión señala lo siguiente:

“[...] Artículo 5.- Causales de improcedencia

No proceden los procesos constitucionales cuando:

[...] 2. Existan vías procedimentales especificadas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de *Hábeas Corpus*”.

Aun cuando hubiese sido mejor hablar al mismo tiempo de vías procesales y procedimentales para así evitar eventuales confusiones posteriores, queda claro el carácter residual que de aquí en adelante buscará dársele al Amparo, intención también invocable a favor del *Hábeas Data* y la “Acción” de Cumplimiento. Esta pauta no será aplicable al *Hábeas Corpus*, en función de los derechos que tutela.

Esta modificación en líneas generales parece ser favorable para reconducir al Amparo a aquellas condiciones que le permitirían a sus juzgadores cumplir con los plazos y demás requerimientos propios de este proceso constitucional. Además, servirá para dejar progresivamente sin sustento algunas distorsiones y deficiencias hasta ahora subsistentes en la regulación y jurisprudencia peruanas en el tema del Amparo. Ahora bien, este posible mejor funcionamiento del Amparo, tema protección sin duda de gran importancia, no necesariamente puede traducirse en una mayor y mejor de los derechos fundamentales del justiciable. Ello únicamente se producirá si se toman ciertos recaudos.

Explicitemos entonces el sentido de esta nuestra última aseveración: y es que si hoy el setenta por ciento de los procesos de Amparo buscan tutelar derechos vinculados a materias laborales y previsionales, generados en buena medida por acciones u omisiones de autoridades, funcionarios o servidores estatales, fácilmente podemos presuponer que este tipo de casos de hoy en adelante deberán abordarse a través de procesos laborales o procesos contencioso-administrativos. Sin embargo, frente a ello debemos tomar en cuenta como los procesos laborales son hoy tal vez los más largos en el ordenamiento jurídico peruano, y tal vez por esa razón, han resultado poco atractivos para los justiciables y sus abogados. Deviene entonces en indispensable efectuar importantes modificaciones en la legislación procesal laboral, además de aumentar significativamente el número de jueces especializados en asuntos laborales, para poder así atender siquiera mínimamente los requerimientos que pronto van a plantearse.

Por otro lado, el nuevo proceso contencioso administrativo en el Perú, muy a despecho de algunos reparos que puedan hacerse a la tramitación que se le ha previsto¹⁷, tiene, como contencioso subjetivo o de plena jurisdicción que es¹⁸, una disposición a tutelar cabal-

17. Pareciera ser poco útil reproducir todas y cada una de las incidencias propias del proceso abreviado de conocimiento (recordemos que sólo excepcionalmente podrá usarse el parámetro del proceso sumarísimo) en un escenario con requerimientos tan particulares como aquellos que corresponden a un proceso contencioso administrativo. Por otro lado, aspectos como el de no exigibilidad de contracautela como requisito para la ejecución de medidas cautelares puede llevarnos a que pronto en el contencioso administrativo vayan generándose problemas como los vividos con el amparo peruano en la década de los ochenta, dificultades que tuvieron su momento más notorio en el contexto posterior a la Ley de Estatización de la Banca, norma puesta en vigencia por iniciativa del entonces Presidente de la República en 1987.

18. Como es de conocimiento general, en el Derecho Administrativo se distingue entre el contencioso administrativo objetivo o de nulidad y el contencioso administrativo subjetivo o de plena jurisdicción. El último de los mencionados, asumido como la opción a aplicarse en el Perú a partir de la en-

mente los derechos fundamentales del administrado frente a actos u omisiones de la administración. Sin embargo, el número de jueces contencioso-administrativos es hasta hoy en el Perú mínimo en comparación con los requerimientos ya existentes, produciendo ya un gran retraso en el desarrollo de su labor¹⁹.

El no ir preparando desde ahora a una importante cantidad de juzgadores para que asuman el significativo número de procesos que comenzarán a presentarse a partir de un ya no muy lejano fin de año sin duda puede generar un clima de abierta indefensión ciudadana, con justiciables en los hechos privados de un eficaz acceso a la justicia, y por ende, ocasionándose un gran perjuicio tanto a nivel de cada caso concreto como en el plano de la credibilidad de todo el sistema en su conjunto. Luego de lo aquí expuesto, creo que queda suficientemente claro como la conceptualmente acertada consagración del Amparo residual puede resultar un remedio peor que la enfermedad si no se toman las debidas precauciones.

2. *Una significativa mejora del escenario cautelar*

A. *El actual tratamiento otorgado al tema*

La solución de los diferentes conflictos, o la misma actuación del elenco probatorio ofrecido por las partes (o requerido de oficio por los juzgadores), no son tareas de rápida configuración. En el ínterin entonces pueden suceder una serie de acontecimientos que hagan inalcanzables la pretensión o pretensiones a las cuales buscábamos acceder, o impidan analizar a cabalidad los medios probatorios que se hayan podido recabar.

Es en este contexto en el cual aparece la actividad cautelar de un juez, hoy considerada como una tarea de similar relevancia a sus labores de conocimiento y ejecución. Esta actividad cautelar tendrá, por su propia naturaleza, una importancia capital para asegurar un cabal desarrollo de los diferentes procesos constitucionales, y muy particularmente la de aquellos directamente destinados a la protección de los derechos fundamentales.

Sin embargo, ésta no había sido precisamente una materia debidamente abordada en el caso peruano. Amparados en su carácter de medio procesal dirigido a una tutela más bien general y abstracta, nuestros legisladores hasta hoy no han admitido la existencia de medidas cautelares en la denominada "Acción" de Inconstitucionalidad. Otro tanto ha sucedido en el caso de las "Acciones Populares". Pronto se generaron también problemas con el escenario cautelar previsto para los procesos de Amparo en el Perú, aunque aquí, justo es decirlo, las dificultades no se generaron por ausencia de instrumentos de protección, sino más bien como una respuesta poco meditada ante un uso abusivo de los mecanismos existentes hasta ese entonces.

Paso a explicar entonces los alcances de la última afirmación que he hecho en el párrafo anterior, y para ello tendré que señalar siquiera muy puntualmente algunos aspectos que nos permitirán comprender con mayor claridad lo ocurrido. Y es que en 1982, cuando entra en vigencia la Ley 23506, Ley de *Hábeas Corpus* y Amparo, la ciencia procesal en el Perú no

trar en vigencia de la Ley 27584, no se limita a efectuar una evaluación del accionar de la Administración (proceso al acto), sino más bien se centra en comprobar si quien es parte de esa Administración, ya se con acciones o con omisiones, viene respetando los derechos de los administrados.

19. A pesar de la reciente creación de dos juzgados en lo contencioso administrativo destinados a atender los nuevos casos que están surgiendo en el Distrito Judicial de Lima, la saturación de las instancias jurisdiccionales dedicadas a esta materia es tal que ya es de conocimiento público el que hoy en dichas dependencias vienen programándose audiencias y demás diligencias que recién se efectuarían en el segundo semestre del año 2005. Si esto es lo que actualmente viene sucediendo, bien podemos presuponer que es lo que puede ocurrir a partir de fines de este año, cuando buena parte de los casos ahora vistos mediante amparo, tendrán que ser inicialmente tramitados como procesos contencioso-administrativos.

había alcanzado el realmente espectacular desarrollo que ha tenido en los últimos años. Ello se reflejaba, entre otras cosas, en que las normas procesales vigentes en esa época, y sobre todo, el Código de Procedimientos Civiles, imbuido de una óptica en la cual el juzgador era más un mediador que un director del proceso, no tenían previsto un gran desarrollo de la actividad cautelar del juez.

La lógica de la Ley 23506 era más bien precisamente la contraria: fieles a su intención e interés por asegurar una verdadera tutela judicial de los diferentes derechos fundamentales, los autores de la ley de *Hábeas Corpus* y Amparo admitieron la posibilidad de que el demandante pudiese solicitar la suspensión del acto reclamado, lo cual muy pronto (y tal como había ocurrido en México, de donde se tomó esta figura) se entendió como la habilitación para poder pedir medidas cautelares de no innovar.

Si tomamos en cuenta el carácter más bien sumario (con plazos de actuación y para resolución más cortos que los otros procesos) y alternativo del amparo peruano (podía irse directamente a él, sin recurrir previamente a las vías judiciales ordinarias), y a ello le añadimos que inicialmente no se le había establecido un turno para la tramitación de dichos amparos (una persona podía interponerlos ante cualquier juez civil de su localidad o del lugar donde se había producido el acto u omisión que consideraba lesiva de sus derechos), vamos así configurando un escenario que hacía muy atractiva la interposición de demandas de Amparo. Pero si unido a todo lo ya expuesto encontramos la facilidad con la cual podía solicitarse una medida cautelar, para la que, por cierto, no se exigía contracautela como requisito de ejecución, fácilmente podemos entender el fenómeno sucedido durante buena parte de la década de los ochenta en nuestro país: una excesiva interposición de demandas de Amparo con medidas cautelares “bajo el brazo”, procesos en los cuales a muchos justiciables lo que les importaba era en rigor la obtención de la medida cautelar para así retrasar el cumplimiento de una obligación contraída con una instancia estatal o con algún ciudadano o ciudadana en particular.

Esta situación de verdadero descontrol y distorsión del sentido del Amparo alcanzó su más preocupante expresión en 1987, durante la coyuntura que siguió a la llamada “estatización de la banca” que intentara poner en práctica el entonces Presidente de la República del Perú, Alan García Pérez. En aquel momento, banqueros y funcionarios del gobierno de turno buscaron servirse del amparo y sus medidas cautelares para, de acuerdo con la posición de cada quien, permitir o impedir la materialización de esta polémica decisión gubernamental.

Lo sucedido en aquella época aconsejaba sin duda introducir algunas reformas a la legislación vigente, buscando así impedir vuelvan a darse situaciones tan bochornosas como las entonces recientemente vividas. Se introdujeron así varias modificaciones a la Ley 23506.

Algunos de esos cambios indudablemente fueron necesarios y convenientes, pero otros resultaron francamente perjudiciales para asegurar la plena consecución de los objetivos propios del proceso de amparo en el Perú.

Y tal como veremos de inmediato, buena parte de esos desaciertos fueron introducidos directamente para afectar el desarrollo de las medidas cautelares dentro de este importante proceso constitucional en nuestro país.

Como es de conocimiento general, uno de los rasgos centrales de la actividad cautelar de todo juzgador es su reserva. Si el objeto de esta actividad cautelar es conseguir la atención de nuestra(s) pretensión(es) en otro(s) proceso(s) (futuro(s) o ya en trámite) o la actuación del elenco probatorio que permita acreditar cabalmente cuál es nuestra posición en una controversia en particular, se entiende que la actuación concreta solicitada al juzgador (la medida cautelar) no debe ser puesta previamente de conocimiento de nuestra contraparte, pues sino dicha solicitud corre el riesgo de no poder materializarse, y por ende, es muy probable que jamás podamos conseguir alcanzar en la práctica la pretensión o la correcta actuación probatoria que venimos buscando.

Esta consideración por la cual, por poner un ejemplo, previamente no le comunico a alguien que le voy a embargar su casa (típica medida cautelar en un proceso civil), es lo que en doctrina se conoce como el carácter *in audita pars* (otorgamiento sin escuchar a la contraparte) de una medida cautelar. Ahora bien, y frente a los riesgos y abusos que esto pudiese generar, es que en el Derecho Comparado la contracautela (no teniendo necesariamente que ser una fianza, sino pudiendo constituir también una caución juratoria) ha devenido en un requisito de ineludible cumplimiento para la ejecución de cualquier medida cautelar. Así se busca dar algún nivel de protección también a favor de aquel o aquellos que pueden verse perjudicados por el otorgamiento de una medida cautelar concedida sin su conocimiento.

Oportuno es aquí también anotar que el otorgamiento de una medida cautelar, como en principio sucede con cualquier otra decisión jurisdiccional, puede ser impugnada, siendo necesario tener previsto no solamente cuál va a constituir la instancia encargada de revisar dicha impugnación, sino cómo queda la situación del juzgador que ha venido conociendo el otro proceso (aquel cuyo resultado final o cabal desarrollo de su actividad probatoria se dice haber querido proteger con la medida cautelar), proceso al cual habitualmente se le denomina proceso principal.

Aquí, tomando en cuenta el carácter instrumental de toda medida cautelar (no constituye un fin en sí misma, sino un medio para asegurar algo, ya sea el resultado final o el desarrollo de la actividad probatoria de otro proceso, futuro o en trámite), la doctrina y legislación comparadas casi unánimemente han señalado que, de admitirse la apelación de una medida cautelar, dicha apelación debe ser sin efecto suspensivo, para así no recortar el ámbito de acción del juzgador del proceso principal, quien por ningún concepto debe abandonar su responsabilidad de resolver con justicia y celeridad la controversia o situación de incertidumbre puesta en su conocimiento.

¿Fueron acaso estas pautas respetadas en las modificaciones introducidas a la regulación de las medidas cautelares invocables en el amparo peruano? Desafortunadamente no. Es más, y con la clara intención de desanimar a los justiciables de que opten por solicitar estas medidas cautelares, precisamente se reguló en sentido contrario, imponiéndose en los procesos de Amparo (pauta supletoriamente aplicable al *Hábeas Data* y a la "Acción" de Cumplimiento) el correr traslado a la contraparte de cualquier solicitud de medida cautelar que se le formulase al juzgador.

Y como si lo expuesto no fuese suficiente, legalmente se estableció que en el caso en el cual se impugnase la decisión tomada por el juez, la apelación correspondiente se tramitaría con efecto suspensivo. Pocas modificaciones pudieron afectar tanto la eficacia protectora del Amparo peruano como las que acabamos de describir. Es más, podría decir que la razón por la cual luego se han seguido interponiendo amparos en el Perú no ha sido precisamente en mérito a que el Amparo cuente con un escenario cautelar adecuado, sino más bien a la relativa mayor duración de las vías procesales a las cuales se podría recurrir alternativamente a este importante proceso constitucional.

B. *Las novedades previstas por el Código Procesal Constitucional peruano*

Afortunadamente el nuevo Código Procesal Constitucional peruano no elude abordar este difícil tema, y no solamente va a mejorar ostensiblemente el tratamiento de las medidas cautelares deducibles en los procesos de Amparo, *Hábeas Data* y de Cumplimiento, sino que además introducirá una medida cautelar en los procesos de Acción Popular. Los procesos competenciales también admitirán medidas cautelares, ya que de acuerdo con el artículo 111 de la Ley 28237, sus demandantes pueden solicitar al Tribunal Constitucional peruano la suspensión de la disposición, resolución o acto objeto de conflicto, añadiéndose además que cuando se promueva un conflicto constitucional con motivo de una disposición, resolución o acto cuya impugnación estuviese pendiente ante cualquier juez o tribunal, éste podrá suspender el procedimiento hasta la resolución del Tribunal Constitucional.

Sin embargo, aquí centraremos nuestro interés en las medidas cautelares deducibles en los procesos de Amparo, *Hábeas Data* y de Cumplimiento, reguladas en los artículos 15 y 16 del nuevo Código Procesal Constitucional.

Se señala como regla general que pueden concederse medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de Amparo, *Hábeas Data* y Cumplimiento. Ello podría, de primera impresión, llevarnos a pensar de que se abre la posibilidad de deducir cualquier tipo de medida cautelar. Sin embargo, esto hay que leerlo en forma concordada con lo que se señala en el quinto párrafo del artículo 15 de la Ley 28237, pues allí se dice que en todo lo no previsto expresamente en el Código Procesal Constitucional, será de aplicación supletoria lo dispuesto por el Código Procesal Civil, con excepción de los artículos referidos a la medida cautelar anticipada, las sanciones por medidas cautelares innecesarias o maliciosas (costos, costas, multas, y eventualmente indemnizaciones), las pautas para la cancelación de estas medidas, las medidas fuera de proceso o las medidas para un futura ejecución forzada.

Se plantearán entonces a continuación los elementos exigibles para la expedición de estas medidas cautelares la apariencia del derecho, el peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión buscada (nada se dice sobre una eventual irreparabilidad del daño, elemento necesario a ser tomado en cuenta si se quiere admitir la deducción de medidas cautelares de tipo innovativo). No se menciona específicamente a la contracautela como requisito de ineludible cumplimiento a la ejecución de una medida cautelar, pero ello bien puede deducirse de la referencia a una aplicación supletoria del Código Procesal Civil peruano en este punto en particular. Ahora bien, por otro lado, y en lo que sin duda es un acierto, se establecen como reglas generales aplicables a las medidas cautelares a interponerse en los procesos a que venimos analizando la del respeto del principio *in audita pars* y la concesión de apelaciones sin efecto suspensivo.

Se vuelve entonces a reconocer como pautas básicas para abordar este tema a algunos parámetros que jamás debieron ser abandonados. Ahora bien, lamentablemente las pautas que distorsionan estas medidas cautelares se han mantenido para aquellos casos en los cuales se busca dejar sin efecto actos administrativos dictados en el ámbito de aplicación de la legislación municipal o regional.

Estos últimos casos no solamente serán conocidos en primera instancia por la Sala competente de la Corte Superior de Justicia del Distrito Judicial correspondiente, sino también mantienen buena parte de los defectos que ya hemos cuestionado: ruptura del principio *in audita pars*, pues se traslada la solicitud de medida cautelas a la contraparte por el término de tres días; y apelación con efecto suspensivo ante la Corte Suprema de Justicia de la República, a la cual se le concede para resolver el exiguo plazo de diez días de elevados los autos, bajo responsabilidad.

Muy respetuosamente creo que aquí, aun cuando puedan ser entendibles los reclamos hechos por autoridades regionales o locales en el sentido de que muchas veces el Amparo lamentablemente ha venido siendo utilizado para, desde el escenario jurisdiccional, obstaculizar el desarrollo de su gestión, una mínima consecuencia con la lógica de protección de los derechos que caracteriza a otros apartados del presente Código hace insostenible el mantenimiento de disposiciones de este tipo, máxime si a fines de este año el Amparo, el *Hábeas Data* o los procesos de Cumplimiento tendrán un carácter residual. Corregir este aspecto del artículo 15 de la Ley 28237 se presenta entonces como una recomendable rectificación en aras de desarrollar a cabalidad los objetivos de este nuevo Código Procesal Constitucional, salvo mejor parecer.

Las últimas líneas de este capítulo estarán dirigidas a un tema que reviste la mayor importancia: el de la extinción de la medida cautelar. Como es de conocimiento general, uno de los rasgos de toda medida cautelar es su carácter provisorio. Dicho en otras palabras, su duración depende de la realización de un hecho (la obtención o no obtención de lo buscado en el proceso principal; la cabal actuación de todo el elenco probatorio ofrecido o solicitado

de oficio por el juzgador; la conclusión del proceso cuando el autor se desiste de su pretensión, etcétera) y no de un plazo previamente determinado. Por ello se entiende lo señalado como regla general a aplicarse en este tema: el que la medida cautelar se extingue de pleno derecho cuando la resolución por la cual concluyó el proceso ha adquirido la autoridad de cosa juzgada (primer párrafo del artículo 16 del Código Procesal Constitucional).

Por otro lado, necesario es también no olvidar el carácter instrumental de toda medida cautelar (no es un fin en sí misma, sino un canal destinado a facilitar algo). Este es indudablemente el punto de partida para entender como la medida cautelar de procesos como el Amparo, el *Hábeas Data* o la "Acción" de Cumplimiento se convierte de pleno derecho en una medida ejecutiva si la resolución final en el proceso principal constituye una sentencia estimatoria de lo pretendido. En estos casos, los efectos de la medida cautelar permanecerán hasta el momento de la satisfacción del derecho reconocido a la demandante, o hasta que el juez expida una resolución modificatoria o extintiva durante la fase de ejecución.

Ahora bien, si en la resolución final del otro proceso no se le reconoce a la parte demandante el derecho que reclamaba, se procede a la liquidación de costas y costos del procedimiento cautelar, dejándosele al sujeto afectado por la medida cautelar abierta la posibilidad de promover la declaración de responsabilidad. De verificarse dicha responsabilidad, adicionalmente a la condena de costos y costas se procederá a la liquidación y ejecución de los daños, y si el juzgador lo considera necesario, a la imposición de una multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal²⁰ (recomendamos revisar al respecto los dos últimos párrafos del artículo 16 de la Ley 28237).

Entre los artículos 75 y 83 del Código Procesal Constitucional se consignan disposiciones generales aplicables a los procesos de "Acción" popular e Inconstitucionalidad, disposiciones que, por lo menos en lo referente a la admisibilidad y procedencia de las demandas, deben también utilizarse en los procesos competenciales (en este sentido se pronuncia el artículo 112 de la Ley 28237). En estas disposiciones se incluyen importantes precisiones sobre la finalidad de estos procesos, la procedencia de las demandas, la necesaria suspensión del trámite de determinadas acciones populares, alguna pauta de interpretación, los alcances y los efectos de las sentencias, y, finalmente, especificaciones sobre cuando se puede decir que ya se configuraron resoluciones con carácter de cosa juzgada.

Sobre la finalidad de estos procesos, y como no podía ser de otra manera, el artículo 75 de la norma que venimos comentando señala que el objeto de la "Acción" Popular y la "Acción" de Inconstitucionalidad es el de la defensa de la Constitución frente a infracciones a su jerarquía normativa. Añade además que dicha infracción puede ser directa o indirecta, de carácter total o parcial, o centrada en cuestionamientos al fondo o a la forma de lo prescrito en la Constitución.

Se anota también, con buen criterio, que puede demandarse la inconstitucionalidad total o parcial de un decreto legislativo, decreto de urgencia o ley, normas sin duda no aprobadas siguiendo las pautas previstas para una ley orgánica, si es que las leyes o decretos antes mencionados hubiesen regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen una modificación o derogación de una ley de este último tipo. Y es que, como luego bien indica el artículo 79 de este mismo Código Procesal Constitucional, tomando en cuenta el carácter abierto de las disposiciones que contiene toda Constitución²¹, para evaluar la constitucionalidad de

20. La unidad de referencia procesal (URP) es una suma de dinero prevista para determinar los costos que pueden generar las diferentes actuaciones y diligencias judiciales en el Perú. Cada unidad de referencia procesal equivale al diez por ciento de la Unidad Impositiva Tributaria prevista a nivel nacional.

21. El llamado carácter abierto de las disposiciones constitucionales apela a que habitualmente su redacción más bien genérica permite varias lecturas jurídicamente sustentables de las mismas, dándole

cualquier norma jurídica, no solamente debe apreciarse lo señalado en el texto de la Constitución, sino también el de las leyes que, sin sobrepasar el marco constitucional, se hayan dictado para especificar la competencia y atribuciones de los diferentes organismos estatales o para regular el ejercicio de los derechos fundamentales de toda persona. Sin decirlo expresamente, lo presente ley asume como válida la técnica de interpretación habitualmente denominada “bloque de constitucionalidad”²².

Las afirmaciones hechas hasta aquí son sin duda interesantes, pero convendría tal vez efectuar algunas precisiones adicionales, tarea que en los hechos sea probablemente una responsabilidad que corresponderá desempeñar a instancias con atribuciones de carácter jurisdiccional. Será seguramente un juez de nuestro Poder Judicial (o judicatura ordinaria) o el Tribunal Constitucional quien se encargue de establecer con mayor claridad qué debe entenderse por infracción indirecta de la Constitución.

Por otro lado, recordemos como el texto constitucional vigente en el Perú, en lo referido al tema de las leyes orgánicas, cuenta con un artículo 106 en el cual muy puntualmente señala lo siguiente: “[...] Artículo 106.- Mediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, así como también las otras materias cuya regulación por Ley Orgánica está establecida en la Constitución”.

Varias disposiciones de la Constitución de 1993 hacen referencia a una necesaria regulación de una serie de temas mediante ley. En cambio, son muy pocos los casos, recogidos en los artículos 31, 66 y 198, en donde se hace expresa mención de la necesidad de dictar una ley orgánica sobre el particular.

Aun cuando a estos tres casos habría que añadirles las normas a dictarse para regular la estructura y funcionamiento de las entidades estatales constitucionalmente recogidas, no faltan voces, algunas de ellas muy autorizadas, que consideran esto como insuficiente. El escenario jurisdiccional constituirá sin duda uno particularmente idóneo para zanjar cualquier duda al respecto.

Pasando entonces a abordar el tema de la procedencia de las demandas de “Acción” Popular y “Acción” de Inconstitucionalidad, las disposiciones generales que venimos analizando solamente se limitan aquí a señalar que la “Acción” Popular procederá contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones de carácter general (en este último caso, más por constatación de lo que viene produciéndose en la realidad que por coherencia conceptual, pues como todos sabemos, los decretos son en rigor las disposiciones con alcance general, correspondiéndole más a las resoluciones ser preceptos con efectos individuales, o por lo menos, individualizables) que infrinjan la Constitución o las leyes, ya sea por consideraciones de fondo o por aspectos de forma (artículo 76 de la ley).

En el caso de las “Acciones” de Inconstitucionalidad, el artículo 77 del Código Procesal Constitucional reconoce en principio la procedencia de demandas planteadas contra normas que tienen rango de ley, condición que obviamente reconoce a las leyes dictadas por

así un importante margen de acción al legislador. Es más, a veces es la lectura de la Constitución concordada con las normas previstas para su desarrollo la que nos permite conocer y comprender a cabalidad los verdaderos alcances de las instituciones constitucionalmente garantizadas. A esto apelará la técnica del bloque de constitucionalidad.

22. Técnica primero desarrollada en Francia para abordar el tema de la interpretación de los derechos y luego empleada en España más bien para tratar de darle coherencia y consistencia al estado autonómico plasmado en su Constitución de 1978. Sobre el particular es recomendable revisar, entre otros, RUBIO LLORENTE, Francisco y FAVOREU, Luis. *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, Civitas y Universidad de Sevilla, 1991.

nuestro Congreso, y además, también a los decretos legislativos, decretos de urgencia, normas regionales de carácter general, ordenanzas municipales, el reglamento del Congreso, y sin hacer distinciones de ningún tipo, los tratados internacionales de los cuales el Estado peruano es parte.

Justamente es en este último punto en el cual queremos incidir, pues así a nivel legal se toma partido en una controversia generada por el texto constitucional peruano de 1993.

Seguramente se tendrá presente que la Constitución de 1979 no solamente incorporaría a los tratados al ordenamiento jurídico peruano, en clara aceptación de una postura monista, sino que además reconocía rango constitucional a los tratados sobre Derechos Humanos (en este sentido el artículo 105 de la Carta de 1979). Ello no se dice expresamente en el documento de 1993, del cual incluso muchos deducen el reconocimiento de un rango solamente legal a todos los tratados en los cuales es parte el Estado peruano.

En este mismo último sentido, el de solamente admitirle rango legal a todos los tratados suscritos por el Perú, parecía ya haberse pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en la parte considerativa de su sentencia en el proceso recaído en el Expediente número 1277-99-AC/TC, una "Acción" de Cumplimiento presentada conjuntamente por la congresista Ana Elena Townsend y una serie de parlamentarios y ciudadanos en general. Sin embargo, lo señalado en el ya mencionado artículo 77 no deja lugar a dudas.

Frente a ello, y aun comprendiendo el sustento de esta toma de posición, he aquí de señalar mi discrepancia con la misma, en base principalmente a dos razones. La primera, el que así se permita alegar el respeto a la Constitución de 1993 para eludir el cumplimiento de los compromisos asumidos a nivel internacional en una materia tan sensible como la de los Derechos Humanos, materia cuyo respeto desafortunadamente no ha sido una constante en la actuación del Estado peruano en muchas etapas de su historia.

Podrá sin duda anotar que lo prescrito en la Convención de Viena (suerte de tratados sobre los tratados), norma que es enfática al decir que no cabe argumentar la existencia de normativa interna para incumplir lo pactado en un tratado, hace de esto un problema menor. No concuerdo con dicho criterio, pues para conseguir un pronunciamiento de instancias dedicadas a la protección internacional de los Derechos Humanos hay en líneas generales que agotar primero las vías internas de tutela, y el tiempo que transcurre en ello puede hacer que el daño infringido a nuestros derechos sea irreparable. Esto sin siquiera tomar en cuenta el problema hasta ahora existente para asegurar el pleno cumplimiento de las sentencias y demás pronunciamientos emitidos por los organismos destinados a la tutela de los derechos humanos a nivel internacional.

Pero aparte de esta primera consideración creo que existe otra, vinculada precisamente con el objetivo central de la interpretación constitucional y el constitucionalismo en general: la tutela de los derechos. Esta opción por la protección de los derechos lleva a asumir como un criterio vital dentro de la interpretación constitucional a la consideración *favor libertatis*, o dicho en términos más sencillos, en caso en el cual subsistan dudas siempre deberá acogerse la posición más protectora de los diferentes derechos fundamentales.

Existiendo en opinión de muchos autores preceptos en el texto de 1993 que interpretados sistemáticamente podían permitir preservar el rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano²³, creo que ese era el camino por el cual debió optarse, y no asumir como válido lo planteado en el artículo 77 de la Ley 28237 sobre el particular, aunque reconozco que se trata de un tema opinable.

Como se había anotado anteriormente, el nuevo Código Procesal Constitucional repite la disposición, hoy ya existente, mediante la cual los jueces deben suspender el trámite de los procesos de “Acción” Popular sustentados en normas respecto de las cuales se ha planteado demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por lo menos hasta que el supremo intérprete de la Constitución en el Perú no haya emitido un pronunciamiento definitivo al respecto. También se mencionó como se incorpora al análisis el uso de una pauta de interpretación tan importante como el denominado “bloque de constitucionalidad”. Quedan eso sí por tratar algunos importantes aspectos vinculados con las sentencias a emitirse en los procesos a los cuales venimos refiriéndonos, y sobre todo, a las elaboradas para los procesos denominados “Acciones” de Inconstitucionalidad, tarea que emprenderemos de inmediato.

Una revisión de la Constitución de 1993 nos demuestra como allí se señala expresamente que las sentencias en las cuales se declare la inconstitucionalidad de una norma no habilitan a que dicha declaración tenga efectos retroactivos (ver al respecto su artículo 204). Es más, ese mismo texto constitucional circunscribe la posibilidad de la retroactividad de una norma a cierta situación expresamente planteada: en materia penal, solamente cuando favorece al reo.

Ello desafortunadamente no se condice con lo que viene siendo la práctica de diversos tribunales constitucionales a nivel mundial, en los cuales el cabal desempeño de su rol de intérpretes y defensores de la Constitución y la constitucionalidad progresivamente le ha ido llevando a asumir otro tipo de alternativas. El Tribunal Constitucional colombiano es una buena muestra de ello, pues, tomando en cuenta las características de la norma o normas que declara inconstitucionales, va a regular en sus sentencias desde cuándo surte efectos esa declaración de inconstitucionalidad.

Una lectura más bien literal de la Constitución peruana de 1993 pareciera sin embargo impedir esta posibilidad. Ella seguramente es la razón por la cual, y al igual que ya lo tenía prescrito la hasta hoy vigente Ley 26435, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, solamente se le concede al supremo intérprete de la Constitución en el Perú el poder determinar los efectos de su decisión en el tiempo cuando declare la inconstitucionalidad de aquellas normas tributarias que habría vulnerado el artículo 74 de la Constitución vigente. En estos casos el Tribunal Constitucional peruano podrá además pronunciarse sobre las situaciones jurídicas producidas por la norma que acaba de declarar inconstitucional mientras dicha disposición estuvo vigente.

Ahora bien, si queremos comparar con lo previsto al respecto en los procesos de “Acción” Popular, fácilmente apreciaremos como la alternativa asumida por el legislador es en este caso radicalmente diferente. A diferencia de lo prescrito en las “Acciones” de Inconstitucionalidad (en donde ciñéndose al clásico esquema kelseniano, la declaración de inconstitucionalidad de una norma juega más en la lógica de anulabilidad, y por ende no tiene efectos retroactivos), los jueces, en las sentencias en las cuales se declare fundada una “Acción”

23. En este tenor se han dado argumentaciones de lo más diversas, las cuales han buscado respaldarse en preceptos como los artículos 3, 57 o la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993, invocándoles conjuntamente o por separado.

Popular, podrán determinar la nulidad, con efecto retroactivo, de las normas impugnadas. Si se optase por ello, la misma sentencia especificará sus alcances en el tiempo. En cualquier caso, las sentencias en los procesos de "Acción" Popular siempre tendrán efectos generales y deberán publicarse en el Diario Oficial "El Peruano" para así asegurar su plena eficacia.

Lo que finalmente siempre debe quedar claro es cuando estamos ante resoluciones que adquieren el carácter de cosa juzgada. En principio, conviene no olvidarse que las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en las "acciones" de inconstitucionalidad, o las elaboradas por el Poder Judicial en los casos de "Acción" Popular son consideradas cosa juzgada una vez que quedan firmes.

Ese mismo carácter se le reconocerá al auto mediante el cual se declara la prescripción del plazo que teníamos habilitado para interponer una demanda de inconstitucionalidad: seis años desde la publicación de la norma que se quiso impugnar, salvo que la norma pasible de impugnación sea un tratado, supuesto en el cual el plazo previsto se reduce a solamente seis meses.

Necesario eso sí es anotar siquiera puntualmente dos ideas antes de concluir con este apartado del presente texto: en primer término, el que una sentencia declare la inconstitucionalidad o ilegalidad de una norma en base a vicios formales no impide, siempre y cuando no haya vencido el plazo para ello, buscar que se declare la constitucionalidad o ilegalidad de la norma ya impugnada tomando en cuenta más bien consideraciones de fondo. En segundo lugar, la declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad de una norma no hace que automáticamente recobren vigencia aquellas disposiciones que esa norma hubiese derogado. Tendrá, si es que esto es a la vez querido y posible, que existir una voluntad expresa de la autoridad competente para que esas disposiciones vuelvan a tener la vigencia que algún día tuvieron.

IV. PRECISIONES PUNTUALES SOBRE LOS DIFERENTES PROCESOS PREVISTOS EN LA LEY 28237

A lo largo de estos últimos años, y sobre todo, luego de entrar en vigencia la Constitución peruana de 1979 y la Ley 23506, Ley de *Hábeas Corpus* y Amparo con efectos jurídicos desde 1982, si algo comenzó a avanzarse es en la especificación de los pasos a seguir en el trámite de algunos procesos constitucionales, pautas que luego fueron invocadas como regulación supletoria de los medios procesales posteriormente instituidos para la tutela de otros diversos aspectos de la supremacía constitucional. Justo es anotar que esa mayor especificación anduvo lejos de tener previsiones para todos los temas, y además, que lo prescrito en algunos casos no fue precisamente lo mejor.

Ello explica como además de las disposiciones generales y el Título Preliminar, el nuevo Código Procesal Constitucional peruano o la Ley 28237, hace también precisiones específicamente aplicables a cada uno de los medios procesales reconocidos como los procesos constitucionales en el ordenamiento jurídico del Perú.

Así, por ejemplo, en el *Hábeas Corpus*, se dejarán de lado las cortapisas introducidas para en la práctica eliminar la posibilidad de interponer *Hábeas Corpus* de tipo correctivo.

Estas limitaciones, apuntaladas sobre todo en la década fujimorista (1990-2000)²⁴, han sido superadas si tomamos en cuenta como hoy la misma Ley 28237 no solamente reconoce al detenido o recluso el derecho a no ser objeto de un tratamiento carente de razonabilidad y proporcionalidad, respecto de la forma y condiciones en que cumple su mandato de detención o su pena, derecho pasible de tutela mediante *Hábeas Corpus* (artículo 25 inciso 17 del Código), sino que también elimina del ordenamiento jurídico peruano aquellas normas aprobadas en su momento para impedir la interposición de este tipo de *Hábeas Corpus*.

Por otro lado, y tomando en cuenta experiencias recurrentes en la historia peruana, se considera también como derecho protegido a través de un *Hábeas Corpus* el de no ser objeto de desaparición forzada (artículo 25 inciso 16 de la ley). Es más, y ante la posibilidad de que se produzcan esta lamentable clase de situaciones, el Código Procesal Constitucional va a establecer especiales pautas de trámite de los *Hábeas Corpus* donde se aborden este tipo de casos (artículo 32).

No podría concluir esta puntual mención al *Hábeas Corpus* en el Código Procesal Constitucional peruano próximo a entrar en vigencia sin anotar como en esta norma se reconoce la existencia de supuestos donde derechos como el debido proceso o la inviolabilidad de domicilio aparecen como conexos a la libertad personal, y por ende, en estos casos cabría su defensa mediante *Hábeas Corpus* (en ese sentido el último párrafo del artículo 25 del Código).

En síntesis, mejores previsiones normativas y la eliminación de restricciones que en rigor y por cuestión de principio resultan inaceptables. Un escenario indudablemente más tuitivo, máxime si tomamos en cuenta la relevancia del derecho o derechos que se buscan tutelar mediante este proceso constitucional.

Mucho ya hemos anotado sobre modificaciones vinculadas con el proceso de Amparo. Sin embargo, todavía el capítulo específicamente previsto para abordar los detalles en la regulación de este medio procesal nos trae algunas novedades.

En el ámbito de los derechos pasibles de tutela mediante Amparo, aunque tanto la lista de la todavía vigente Ley 23506 como la relación consignada en el artículo 37 del nuevo Código Procesal Constitucional deben ser entendidas como disposiciones con un mero carácter enunciativo, es interesante anotar como ahora se incluirán una serie de derechos fundamentales antes no explícitamente mencionados (seguridad social, ambiente equilibrado, huelga, negociación colectiva, etcétera) y se introducirán cambios en la mención de otros (la referencia será al derecho al trabajo y no a la libertad de trabajo, por citar un caso).

Por otro lado, mejora ostensiblemente la redacción y el tratamiento a aspectos más de índole procesal, como el de la representación procesal, la procuración oficiosa, la habilitación al juez para efectuar de oficio una acumulación subjetiva, los elementos que debe contender una demanda de Amparo y una mejor regulación de las intervenciones *litis* consorciales.

24. Nos referimos aquí al periodo en el cual Alberto Fujimori Fujimori se desempeñó como Presidente del Perú. Durante su mandato, y sobre todo luego de que con apoyo militar asumiera plenos poderes en 1992, emitió una serie de normas supuestamente destinadas a enfrentar la labor de grupos subversivos como Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, normativa que en muchos casos introdujo recortes irrazonables y jurídicamente insostenibles al ejercicio de ciertos derechos fundamentales, así como al uso de los medios procesales específicamente previstos para su tutela. Ello fue lo que ocurrió básicamente tanto con la libertad personal como con el *Hábeas Corpus*.

Hasta hoy en el Perú tanto el *Hábeas Data* como la “Acción” de Cumplimiento solamente cuenta con la Ley 26301, norma dictada en su momento en la lógica de ser un instrumento de regulación provisional de estos temas. No debe entonces sorprender como en estos casos tal vez se han planteando muchas más modificaciones y aportes que en otros procesos.

A nivel del proceso al cual en el Perú se le denomina “Acción” de Cumplimiento, la Ley 28237 tiene el mérito de especificar cual es el objeto de este medio procesal. Aprovecha la ocasión para dar mejor tratamiento a materias como las de legitimación activa o representación; o precisar materias como las causales de improcedencia que le sean propias o los elementos que debe contener una sentencia declarada fundada.

Finalmente, establecerá pautas para la ejecución de sus sentencias y prescribirá que la interposición de demandas en estos casos no obliga el agotamiento de una vía previa, aunque sí el cumplimiento de un requisito especial: el haber reclamado, por documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo, y que a pesar de ello, la autoridad administrativa se ratifica en su incumplimiento o simplemente no emita pronunciamiento alguno del plazo de ley²⁵. Poco es lo que adicionalmente puede decirse sobre un medio procesal que, y así lo reconocen incluso los mismos promotores del Código, en rigor no es un proceso constitucional²⁶.

El tema es especialmente delicado cuando hablamos de la regulación del *Hábeas Data*. Y es que en el caso peruano, desde su incorporación en la Constitución de 1993 el *Hábeas Data* ha sido el objeto de múltiples críticas, vinculadas fundamentalmente a la pertinencia de contar con un medio procesal específico distinto al Amparo.

Sin entrar aquí a discutir la idoneidad del escenario jurisdiccional para la tutela de derechos como la autodeterminación informativa, materia que hemos abordado con mayor detalle en otros trabajos²⁷, lo cierto es que buena parte del cuestionamiento al *Hábeas Data* peruano tiene su origen en un deficiente diseño constitucional de este medio procesal, situación que difícilmente los autores y promotores de la Ley 28237 pueden desconocer.

Sin embargo, y en cualquier caso, la legitimidad y credibilidad del *Hábeas Data* se ha apuntalado mejor cuando posee un tratamiento procesal propio caracterizado por contar con plazos bastante más cortos y un importante elenco cautelar, marco procesal lo suficientemente ágil y garantista de los derechos pasibles de obtener su tutela a través de dicho proceso. Veamos, pues, si las limitaciones impuestas por el texto de 1993 son de alguna manera neutralizadas por un adecuado tratamiento procesal.

25. En ese sentido el artículo 69 de la Ley 28237.

26. Así lo reconocen los mismos impulsores del Código Procesal Constitucional en la Exposición de Motivos que presentaron adjunta al proyecto que, con algunos cambios puntuales, fue aprobado por el Congreso de la República.

27. En ese sentido están trabajos como “Algunas notas sobre la protección de los derechos fundamentales”. En: *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, mayo de 200, p. 6 y ss; “Algunas notas sobre la protección del derecho a la autodeterminación informativa en América Latina”. En: *Normas Legales* Tomo 291. Trujillo, Agosto 2000, p. A-121 y ss.; o en nuestro libro *Jurisdicción Constitucional...*, *Op. cit.*

Una revisión del artículo 61 de la Ley demuestra como la impronta constitucional lleva a un tratamiento del tema de los derechos pasibles de tutela mediante *Hábeas Data* dentro de parámetros que responden a lo que se han dado a denominar *Hábeas Data* impropios²⁸. El cuestionamiento sobre la pertinencia de este proceso constitucional como un medio procesal autónomo indudablemente se hace más notorio en un contexto como éste.

Justo es reconocer como la Ley 28237 incluye preceptos que buscan apuntalar un tratamiento procesal autónomo a favor del *Hábeas Data*. Se establecerá, por ejemplo, cuáles son los casos dónde será necesario agotar la vía administrativa y cuándo bastará con acreditar se no haya formulado un requerimiento de acceso a la información solicitada o demostrar que no permitir hoy dicho acceso generaría el riesgo de sufrir un daño irreparable (en ese sentido, el artículo 62 de la Ley).

La ley en comento señala además que cabe judicialmente, de oficio o a pedido de parte, requerir anticipadamente la información solicitada, o por lo menos, pedir informes al respecto (ver en esa línea el artículo 63 del Código); considerará además factible el poder acumular pretensiones de acceder y conceder informaciones de una persona, con las de actualizar, rectificar, incluir, suprimir o impedir que se suministren datos o informaciones (en este tenor el artículo 64 de la Ley 28237). Finalmente, el novísimo Código hasta llega a habilitar el poder seguir este tipo de procesos sin necesidad de contar con abogado (artículo 65 de la norma en cuestión).

Hay, en síntesis, un esfuerzo por apuntalar el *Hábeas Data*, pero, los problemas generados por el diseño constitucional vigente (problemas que los autores del Código no pueden eludir); y la siempre presente tentación de recurrir supletoriamente a la normativa sobre Amparo y no apuntalar una regulación procesal propia conspiran todavía en contra de la consolidación del *Hábeas Data* en el Perú. Ojalá la *vacatio legis* prevista para el mejor conocimiento de este Código sea un tiempo aprovechable para corregir alguna de las imprecisiones y deficiencias que aquí únicamente me he limitado a reseñar.

Al no haberse consignado mayores novedades frente a lo ya previsto en relación con los procesos competenciales, queda solamente hacer puntuales anotaciones sobre los procesos de “Acción” Popular o de Inconstitucionalidad, anotaciones adicionales a las incluidas en las Disposiciones Generales que ya anteriormente reseñamos.

Con respecto a la “Acción” Popular, se iniciará en que en estos casos se debe hincar su trámite en una Sala de la Corte Superior, llegando en apelación a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema. Respetuosamente no encuentro razones que justifiquen interponer estas demandas a nivel de Corte Superior y eventualmente recargar a la Corte Suprema con casos que vayan a contracorriente de la configuración que se le busca apuntalar, el de una instancia con responsabilidades básica o exclusivamente de tipo casatorio.

Lo que sí parece sensato es eliminar las diferencias hoy existentes en la determinación del plazo previsto para la interposición de demandas de “Acción” Popular. Antes se hacía una distinción entre las normas violatorias de la Constitución y aquellas que contravienen a la ley. Ahora, la Ley 28237 establece un único plazo al respecto. Este plazo es de cinco años contados desde el día siguiente de publicación de la norma.

28. Denominación otorgada por Néstor Sagüés y otros destacados constitucionalistas latinoamericanos a los casos en los cuales se admite la tutela mediante *Hábeas Data* de derechos fundamentales diferentes a la autodeterminación informativa. Analizamos este tema con mayor detalle en nuestro “El derecho de acceso a la información y la eficacia del *Hábeas Data* como mecanismo de protección”. En: *Normas Legales*, Tomo 325, Trujillo, junio 2003, p. 7 y ss.

El tratamiento de los procesos de inconstitucionalidad, además de lo anteriormente anotado al respecto, trae interesantes apuntes sobre el plazo para la interposición de la demanda, el cual es prescriptorio y no de caducidad; y otorga expresamente al Tribunal Constitucional, en la misma línea de lo ya anotado desde el mismo Título Preliminar del Código, cobertura para impulsar de oficio el desarrollo de estos procesos (en ese sentido, el artículo 106 de la Ley).

V. UNA BREVE REFLEXIÓN FINAL

Si el Estado Constitucional se sostiene, como bien dicen algunos, en la existencia de condiciones que nos permitan el pleno ejercicio de nuestros derechos, indudablemente este novísimo Código Procesal Constitucional peruano es una decidida apuesta por el apuntalamiento y fortalecimiento del Estado Constitucional en el Perú. Sin duda alguna, y como sucede con toda obra humana, tiene aspectos opinables y en algunos casos perfectibles. Ahora bien, un análisis de conjunto de lo previsto nos lleva a reconocer en esta Ley 28237 a un instrumento promotor de un escenario a todas luces cualitativamente más tuitivo de los derechos y más cuidadoso con cómo el detentador de turno ejerce la cuota de poder que se le asigna.

Estamos pues ante un importante avance que, independientemente de puntuales ajustes e inevitables retos y riesgos, bien vale resaltar y felicitar. Sin embargo, el aporte al cual aquí hemos venido haciendo referencia será incompleto si no viene acompañado de una serie de previsiones y compromisos adicionales. Como siempre ocurre, el Derecho y lo jurídico sirven de muy poco si se quedan o se les comprenden únicamente circunscritos al plano del mayor o menor rigor técnico en la elaboración de algunas normas, salvo mejor parecer.

La prueba de los “Hechos” económicos y las restricciones a la libre competencia

Ignacio de León
Abogado, LL.M., M. Phil., Ph.D.
Profesor de Economía Política,
Universidad Católica Andrés Bello

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA EVOLUCIÓN DE LA ILICITUD DE CIERTAS CONDUCTAS EMPRESARIALES BAJO LAS LEYES DE COMPETENCIA
- III. EL ALCANCE DE LA PRUEBA INDICIARIA Y LA SANA CRÍTICA
- IV. DIFERENCIAS CON LA PRESUNCIÓN LEGAL
- V. EVALUACIÓN DE LOS INDICIOS SOBRE RESTRICCIONES HORIZONTALES EN UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO
- VI. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN

Este ensayo tiene como finalidad evaluar el alcance de la prueba económica en el análisis del efecto sobre la libre competencia de estructuras corporativas y de acuerdos entre empresas consideradas tradicionalmente como restrictivas de mercado. El propósito último buscado es establecer el alcance probatorio que tiene la realización de dichos arreglos, a la luz de los principios jurídicos aplicables en la materia.

Igualmente, se desea destacar la imposibilidad de formular juicios apriorísticos sobre los efectos anticompetitivos de cualesquiera conductas aparentemente restrictivas en el mercado, toda vez que los efectos presuntos de las conductas restrictivas han sufrido una evolución en la perspectiva de los encargados de aplicar estas políticas, debido a la evolución misma de la teoría económica subyacente.

A tal fin, se realiza un examen del alcance de la prueba indiciaria en la evaluación de hechos de naturaleza económica. Con ello, se busca distinguir entre la responsabilidad por hecho ilícito imputado a un sujeto en el mercado por los actos que realiza (por ejemplo, organizar su actividad productiva de modo coordinado con otros productores del mismo bien o servicio), de la prueba económica necesaria para establecer el “hecho” económico que soporta tal asignación de responsabilidad (esto es, la deducción de que tal arreglo constituye un “cartel” limitativo de la competencia en el mercado). En última instancia, se busca identificar los límites a la evaluación de la Administración para inferir conclusiones sobre los hechos económicos.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA EVOLUCIÓN DE LA ILICITUD DE CIERTAS CONDUCTAS EMPRESARIALES BAJO LAS LEYES DE COMPETENCIA

Un buen ejemplo para ilustrar la dependencia de las calificaciones normativas establecidas en las leyes de competencia de la teoría económica subyacente es el caso de los acuerdos entre competidores para dictar condiciones en el mercado, y la forma cómo los tribunales han interpretado, en el curso de la historia de las políticas de competencia, el alcance de dichas restricciones a la luz de la dinámica de los mercados, dinámica que han percibido, como es natural, a través del prisma teórico.

De acuerdo con la explicación que antecede, la apreciación de las restricciones pro-competitivas derivadas de la realización de acuerdos restrictivos de la competencia que fijan precios entre competidores depende de la apreciación sobre la causalidad de los hechos, esto es, de las teorías sobre la competencia y la Organización Industrial predominantes.

Igual sucede con el concepto de eficiencia que constituye la racionalidad económica detrás de esta legislación. Al respecto, no existe en teoría económica un concepto unívoco de eficiencia. Hay escuelas como la neoclásica, que apuntan a la consecución de una eficiencia en la asignación de recursos, en tanto que en otros casos, se busca la eficiencia productiva; otros enfatizan la eficiencia en la organización de los recursos o eficiencia "X", en tanto que la escuela neo-institucional enfatiza la eficiencia de las instituciones para ajustar las conductas de los participantes en el mercado en escenarios donde lo relevante es minimizar la incertidumbre en las expectativas, a fin de estimular la inversión productiva y maximizar en lo posible el Bienestar Social.

Esta es precisamente la razón que explica que las políticas de competencia paulatinamente hayan ido abandonando la tipificación de conductas anteriormente tenidas como *per se* contrarias a la competencia, que hoy día son ampliamente toleradas y hasta bienvenidas.¹ Abundan los ejemplos de cambio de parecer judicial sobre la condición anticompetitiva de ciertas iniciativas empresariales:

La fijación del precio mínimo de reventa, los acuerdos entre competidores para intercambiar información, para desarrollo conjunto, los acuerdos para asignar mercados entre empresarios no competidores, y otros,² producto de la pacífica aceptación de la regla de la razón, como mecanismo fundamental de análisis de las conductas restrictivas.³

-
1. Tal como destacan Sullivan y Harrison, la calificación de legalidad de las conductas en el mercado es producto de la misma definición cambiante de la noción de "competencia" que subyace a la política. En sus palabras: "Debido a que la política antimonopolios es el estudio de la competencia, el tema central es de qué manera ese término ha sido definido por los tribunales. Esta es la cuestión central. La respuesta (a esa pregunta) es una cuestión de política. Varía según la ideología de cada quien y las perspectivas de la historia legislativa y el desarrollo de las leyes antimonopolio y sus valores subyacentes." (Ver E. T. Sullivan y J. Harrison, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, Legal Text Series, Matthew Bender, 1988, pp. 2 y sgtes.) La literatura que narra de qué manera ha cambiado la concepción de prácticas, es en extremo abundante. En tal sentido, véase Baker y Blumenthal, "Ideological Cycles and Unstable Antitrust Rules," 31 *Antitrust Bull.* (1986): pp. 323, 324-325; A.D. Heale y D.G. Goyder, *The Antitrust Laws of the United States*, 3rd. Edition, 1980, pp. 439-443, 470;
 2. En *The Antitrust Paradox*, R. Bork hace una extensa y contundente crítica sobre la vacilante jurisprudencia norteamericana, que le atribuye a la carencia de una guía normativa precisa orientadora de las decisiones judiciales. Según Bork, el Bienestar del Consumidor reúne las características necesarias para procurar la certeza legal necesaria en la identificación de casos restrictivos de la competencia. (R. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Basic Books Publisher, New York, 1978.)
 3. De hecho, tal como dejó establecido en la decisión *Sylvania* (*Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania*

Todo lo anterior muestra que la prueba del “hecho” económico es una cuestión imposible de resolver por igual en todos los casos. La identificación restrictiva de una conducta es asunto que solamente puede ser deducido del contexto en el cual se ejecuta la conducta. Ello obedece a que el “hecho económico,” que es aquel que sirve de base al examen de la autoridad de competencia, tiene una significación completamente distinta al hecho no económico. El hecho económico es “subjetivo” en la medida que su existencia intelectual depende de la interpretación personal que realiza el analista; en cambio, el hecho no económico es “objetivo.” Por ello, el hecho económico es contingente a la teoría económica, y a la definición de eficiencia que, como hemos visto, ha ido evolucionando en el curso de la historia, de una apreciación más “estática” a otra “dinámica” que enfatiza el cambio y la evolución de los mercados como condición inherente a su existencia, condición que por lo tanto, no puede escapar al examen del analista. Naturalmente, la calificación de licitud o ilicitud ha cambiado en la misma medida que ha cambiado el prisma con el cual el analista interpreta la realidad. Lo que antes era un hecho económico demostrativo de la restricción de mercado, hoy día es interpretado como una “eficiencia” necesaria para la existencia misma del mercado.

En este ensayo se examina con mayor profundidad la sutileza del problema probatorio de un hecho económico; en particular, se explica por qué debe tenerse sumo cuidado al afirmar la aplicación del mecanismo de presunciones legales a los casos de restricciones de la competencia en el mercado. Veamos.

III. EL ALCANCE DE LA PRUEBA INDICIARIA Y LA SANA CRÍTICA

La necesidad de contar con los elementos de hecho relevantes necesarios para calificar una situación como violatoria de un cuerpo legal exige al juez acometer un ejercicio intelectual de inferencias, a fin de proveer la interpretación causal requerida para establecer conclusiones normativas. De esta manera, a través de la percepción intelectual, se aclara una realidad que de otro modo aparecería como una manifestación abigarrada y caótica de episodios inconexos.

Como es sabido, en esta tarea el juez apela a un proceso de sana crítica y lógica, donde examina la realidad conforme a principios lógicos y empíricos.⁴ Al examinar la naturaleza de ambos, Couture afirma que “los primeros son verdades inmutables, anteriores a toda experiencia; las segundas son contingentes, variables con relación al tiempo y espacio.” Por ello, “la sana crítica será, pues, permanente e inmutable en un aspecto y variable y contingente en otro.”⁵ Esta doble distinción es útil para comprender a cabalidad las limitaciones que tiene el análisis económico, cuando del mismo se intenta colegir implicaciones normativas. Pues sucede que en el análisis económico, la interpretación de la causalidad o relación entre los datos observados no es unívoca o exclusiva, sino que depende de la explicación particular dada por el analista, con base en una hipótesis de trabajo, que no es otra cosa que una explicación tentativa de la causalidad subyacente a los datos objetivos sensorialmente percibidos. De esta manera, no es posible afirmar que la observación de un hecho de la realidad (por ejemplo, un acuerdo entre empresas estableciendo condiciones comunes a ser aplicadas a terceros) conduzca a conclusiones normativas inequívocas.

Inc., 433 U.S. 36, 49, 1977), la Corte Suprema indicó que “la regla de la razón es el estándar tradicionalmente aplicado a la mayoría de las prácticas anticompetitivas bajo la sección 1 de la Ley Sherman.” (Commissioner R. Starek, III, “Antitrust and Trade Associations at the FTC,” *Remarks before the Antitrust Committee and the Trade Association Committee of the Chicago Bar Association*, Plymouth Court, Chicago, April 16, 1997.)

4. E. Couture, *Las Reglas de la Sana Crítica*, Editorial Ius, Montevideo, 1990, p. 22-23.

5. Couture, *Op. Cit.*, p. 23.

El papel condicionado que atribuye Couture a los principios empíricos de la sana crítica, al afirmar que su valoración dependerá “de las circunstancias de tiempo y espacio bajo las cuales actúe el juez,”⁶ se afirma con mucha mayor intensidad en el campo del análisis económico, donde coexisten distintas teorías o hipótesis que ofrecen interpretaciones alternativas sobre la causalidad de los fenómenos empíricos observados en el mercado. Si algo ha demostrado la historia de las ideas en la ciencia económica es su inmensa fertilidad en construir las más variadas hipótesis y teorías para explicar un mismo fenómeno.⁷ El alcance, por tanto, de las “Máximas de Experiencia” que sirven de base a la sana crítica judicial, en el campo económico está condicionada decisivamente por la teoría económica adoptada por el regulador para entender la causalidad de los fenómenos de mercado.⁸

Dicho de otro modo, el hecho económico carece de vida propia o “existencia objetiva,” pues obedece a la interpretación particular que de él realice quien examina la realidad. En efecto, tal como observara Thomas Sowell: “Usualmente, en los casos antimonopolios no hay nada comparable a encontrarse con alguien parado sobre un cadáver con una pistola recién disparada en su mano. Los datos estadísticos objetivos abundan, pero su interpretación depende crucialmente de las definiciones y teorías utilizadas para inferir la naturaleza del proceso prospectivo que dejó a su paso ese particular rastro de números retrospectivos.” (traducción del autor)⁹

-
6. En este sentido, expresa el autor: “En el orden lógico la sentencia del juez romano no difiere en nada de la sentencia del juez moderno. En lo empírico, pueden existir profundas diferencias entre ellas. Cualquier magistrado romano habría rechazado al testigo que declarara que había estado en Atenas y en Roma en el mismo día; semejante declaración podría ser admitida sin inconvenientes por un juez moderno. Cambios fundamentales ocurren en el reino de la experiencia, con escasas variantes de tiempo en un mismo lugar.” (*Op. Cit.*, p. 23)
 7. Esta riqueza intelectual ha quedado registrada, en el análisis de los mercados, la competencia y la Organización Industrial, en una larga evolución que comenzó con la marea “neoclásica” iniciada en la Revolución Marginal de 1870 y continuada en la elaboración “formal” matemática a partir de los modelos de equilibrio general Walrasiano; la identificación de modelos de equilibrio parcial por Marshall; la formulación de modelos de competencia imperfecta y monopolística por Robinson y Chamberlin, respectivamente; la concreción del paradigma Estructura-Conducta-Desempeño de los mercados; la identificación de barreras al ingreso en los trabajos de Bain. A esta tendencia de pensamiento siguió la reinterpretación, igualmente neoclásica, de la “Escuela de Chicago,” y más recientemente, la crítica neoinstitucional presente en la Teoría de la Firma y la llamada “Economía de los Contratos.” Al respecto, V. I. De León, *Op. Cit.*
 8. En esta dirección, Couture expresa en sus “Fundamentos de Derecho Procesal Civil” lo siguiente: “El juez, nos permitimos insistir, no es una máquina de razonar, sino, esencialmente, un hombre que toma conocimiento del mundo que le rodea y le conoce a través de sus procesos sensibles e intelectuales. La sana crítica es, además de lógica, la correcta apreciación de ciertas proposiciones de experiencia de que todo hombre se sirve en la vida.” Y agrega inmediatamente: “Esas conclusiones no tienen la estrictez de los principios lógicos tradicionales, sino que son contingentes y variables con relación al tiempo y al lugar. El progreso de la ciencia está hecho de una serie de máximas de experiencia derogadas por otras más exactas; y aun frente a los principios de la lógica tradicional, la lógica moderna muestra cómo el pensamiento humano se halla en constante progreso en la manera de razonar. Es necesario, pues, considerar en la valoración de la prueba el carácter forzosamente variable de la experiencia humana, tanto como la necesidad de mantener con el rigor posible los principios de lógica en que el derecho se apoya.” (E. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1981, pp. 272-273) En el campo del análisis económico, este “carácter forzosamente variable de la experiencia humana” se evidencia, como hemos señalado, en la evolución de las ideas y teorías que intentan explicar la realidad de los mercados, pues es a través de ellas que se hace posible la percepción de los hechos, y por tanto, representa la base de tal “experiencia humana.”
 9. T. Sowell, *Knowledge and Decisions*, Basic Books, New York, 1980, p. 203.

Esta razón hace que la calificación de una conducta como legal o ilegal deba ser precedida de la comprensión cabal por parte del analista de la causalidad subyacente a los hechos aislados que observa, sin lo cual le es imposible calificar la conducta.

¿Cuál método de aproximación probatoria emplea el juez en estos casos? No puede ser otra que el análisis de indicios o presunción “*hominis*.” Es este método de prueba el que por excelencia permite al juez inferir la causalidad en los hechos observados de la realidad para su evaluación crítica.

Por lo anterior, *no debe confundirse el análisis intelectual previo que, al establecer la causalidad entre los hechos observados, permite deducir de ellos unas consecuencias normativas, con la deducción normativa lógica que subsume tales hechos probados al supuesto de hecho normativo.*

Así, dicho análisis de causalidad acontece cronológicamente en un momento previo a la deducción de las consecuencias normativas que se asignan al hecho económico establecido previamente en el análisis. La concatenación de hechos indiciarios genera, por tanto, una convicción de que un fenómeno no apreciado por vía directa (la restricción de la competencia) ha acontecido. Nótese, sin embargo, que dicho fenómeno no es más real o tangible que la misma inferencia intelectual que le da vida.

Al cambiar la teoría que establece la inferencia sobre el “propósito” detrás de los hechos observados, puede llegar a desaparecer la conclusión de que, en efecto, los mismos son la expresión en la realidad de una “intención” por restringir la competencia. La restricción “indebida” al ingreso en un mercado no se implanta mediante la fuerza física; por tanto, no es visible o perceptible sensorialmente; una curva de la demanda se hace inelástica por la exclusiva decisión de los consumidores, luego afirmar que se “ven forzados” a continuar demandando ante un incremento de precios en realidad no es más que una expresión coloquial. En los hechos, los consumidores siempre pueden optar por no seguir comprando. La línea divisoria entre lo “debido” y lo “indebido” la establece el analista, utilizando a tal propósito el bagaje intelectual que posee a fin de dar sentido a la realidad.

IV. DIFERENCIAS CON LA PRESUNCIÓN LEGAL

En principio, la presunción legal pareciera ofrecer una solución práctica al problema de calificación ulterior de los hechos examinados, al relevar al juez de la necesidad de atribuir a los hechos observados una consecuencia jurídica; pero este no es el caso. En realidad, la presunción legal traslada al analista a un punto anterior de su análisis. No permite, en sí misma, calibrar si los hechos observados merecen una calificación positiva o negativa, pues esta calibración es tema de orden normativo, valorativo, moral si se quiere; no es fáctico.

Una presunción legal nunca podría indicar cual sería la suficiencia probatoria de hechos requeridos para inferir conclusiones automáticas respecto a los efectos en el mercado, pues tal apreciación corresponde a la teoría postulada en el análisis, no a la verificación de un hecho objetivo.

Siempre sería un ejercicio arbitrario de opinión establecer que, con base en la teoría A, la existencia de un hecho X es suficiente para deducir la restricción a la competencia, mientras que con base en la teoría B, la existencia de ese mismo hecho es insuficiente. Mal podría en ese caso una presunción legal cumplir con su función esencial de tasar por igual hechos similares.

Por ello, debe evitarse la confusión derivada de suponer que una inferencia económica como es la “presunta” afectación de la competencia por un hecho particular constituye una modalidad de presunción legal.

Debe tenerse muy claro que se trata de dos ejercicios distintos, uno perteneciente al campo de la ciencia económica y el otro, al campo del derecho probatorio.¹⁰ La presunción legal apunta a un propósito distinto de la inferencia por medio de indicios; en el primer caso es redimir a la parte actora la necesidad de demostrar los efectos restrictivos en el mercado resultantes de los hechos *ya comprobados*, pues en tal caso los efectos se suponen verificados por efecto de la disposición legal;¹¹ en el segundo caso, la función de la prueba indiciaria es la verificación misma de los hechos.

El punto aquí debatido es esencial, por cuanto toca la misma esencia de la actividad probatoria requerida del juez al momento de establecer un hecho en el mercado, y sus consecuencias ulteriores.

En políticas de competencia, el hecho a ser demostrado no es la sola existencia de una estructura o forma de asociación entre competidores, sino que la misma es capaz de restringir la competencia, lo que requiere, de suyo, no solamente que se limite la rivalidad o independencia entre los agentes económicos, sino que dicha limitación resulte en una incapacidad de los actores para concretar un mercado eficiente, lo que según hemos visto, depende en última instancia de la noción de eficiencia que se adopte.

V. EVALUACIÓN DE LOS INDICIOS SOBRE RESTRICCIONES HORIZONTALES EN UNA PERSPECTIVA DE DERECHO COMPARADO

Para establecer la ilicitud de aquellos acuerdos que se presumen de suyo restrictivos a la competencia, la legislación comparada ha establecido algunos criterios útiles que pueden servir de guía práctica. En este sentido, el Indecopi en Perú ha indicado lo siguiente:

“Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán *per se* ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. *Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.*”

Si, dependiendo del tipo de actividad a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración así como las restricciones de la competencia que se

10. Ciertamente, en otras jurisdicciones como son los Estados Unidos, la verificación de una conducta considerada ilegal *per se* redime a quien la invoca de tener que demostrar hechos indiciarios ulteriores, pero se trata de una cuestión distinta, surgida, no en tanto ella afirma la condición presuntiva de la restricción de la competencia, que no es el caso, sino de la falta de necesidad misma de agregar indicios adicionales a los ya establecidos, con lo cual la práctica queda demostrada por los indicios concatenados, no por la presunción legal. Como expresan Sullivan y Harrison, “la regla *per se* de ilegalidad, como cuestión de política, promueve los fines de aclarar el derecho, promueve la certeza para la planificación de los negocios y promueve la economía judicial.” (Sullivan y Harrison, *Op. Cit.*, p. 85)

11. Sentís Melendo señala: “... las presunciones legales... son proposiciones normativas instituidas en la ley, afirmando o negando la existencia de un hecho, en razón de determinadas circunstancias vinculadas a él. Y agrega, “si la proposición admite prueba en contrario, se dice que es relativa, si no la admite, es absoluta.” (S. Sentís Melendo, *La Prueba: Los grandes temas del Derecho Probatorio*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979, pp. 128-129)

generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres características:

1. Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;
2. Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;
3. Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia;

De no presentarse las tres condiciones expuestas anteriormente, el acuerdo será considerado ilegal.

Lo anterior revela que *bajo ningún concepto debería eliminarse la posibilidad de que la parte sobre la cual pesa la presunción de culpabilidad por haber celebrado algún tipo de estos acuerdos que demuestre en el caso concreto los aportes a la eficiencia que a que hubiere lugar*. En efecto, la causalidad en teoría económica no es unidireccional, y lo cierto es que paulatinamente se han ido agregando prácticas antes consideradas *per se* prohibidas a la lista de prácticas sujetas a la regla de la razón, por cuanto se ha encontrado explicación para justificar su inclusión, con base en las eficiencias presentes. Debe reiterarse una vez más que la distinción entre *per se* y regla de la razón es sólo una dirigida a resolver un problema práctico de aplicación de normas de competencia, a fin de no recargar al organismo de competencia con la necesidad de demostrar los efectos restrictivos de conductas cuyos efectos negativos son, en principio, bastante evidentes.

En Venezuela, la experiencia jurisprudencial reafirma esta conclusión. En *Premezclados de Concreto* (1993)¹² un grupo de empresas de premezclados de concreto fue sancionada por la realización de una práctica concertada para fijar precios consistente en la difusión de una lista común la lista contenía el logo comercial de las empresas competidoras, y la firma de los gerentes de ventas de cada una de ellas, anunciando variaciones simultáneas de precios.

La Superintendencia delineó el alcance de la prohibición contenida en el artículo 10 ordinal 1º *ejusdem* en términos que resultan sumamente elocuentes, a la luz del examen sobre el alcance de las prácticas concertadas, y la necesidad de evaluar el contexto en el cual la misma se ejecuta. En este sentido, la Superintendencia expresó que la verificación de la existencia de la práctica antecede a cualquier otra demostración, que una vez encuadrada en el supuesto de ilegalidad *per se* no requiere de demostración ulterior, pues precisamente ese es el objeto de la condición de ilegalidad *per se*. ¿Quiere decir esto que la Superintendencia podía abstenerse de encuadrar la conducta, examinando el mercado en el cual se impuso y otras condiciones inherentes a una calificación de afectación del mercado? De ninguna manera. En este caso, para llegar a encuadrar los hechos observados del mercado, se hizo necesario examinar un conjunto indiciario comprensivo de los siguientes elementos fácticos: número de empresas involucradas; dimensión del mercado relevante; carácter regional o local de los

12. Resolución n° SPPLC/0002-93.

mercados; características de los productos en el mercado; la existencia de una cámara de empresarios.¹³ Fue imposible disociar la evaluación de la conducta de sus efectos en el entorno del mercado.

Más recientemente, en el caso *Sopresa-Panamco* (2000)¹⁴ la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia de Venezuela, multó las compañías embotelladoras Panamco (Coca-Cola) y Sopresa (Pepsi Cola), por acordar limitar la campaña publicitaria en los supermercados en un esfuerzo por reducir los márgenes dados a las cadenas de supermercados en la promoción de sus productos. Para llegar a la conclusión de que existió el acuerdo dirigido a restringir la competencia, la Superintendencia examinó un cúmulo de evidencia indiciaria además del aparente contacto observado entre las empresas investigadas, decidiendo así que las empresas tenían un comportamiento paralelo, pues no era posible otra hipótesis distinta a la del acuerdo.

En este caso, el mercado relevante considerado fue la comercialización de los refrescos carbonatados desde las plantas embotelladoras o centros de almacenamiento hasta los denominados Clientes Especiales (supermercados, hipermercados), dentro de un ámbito geográfico nacional.

Para la demostración de la práctica, se consideraron los siguientes indicios:

- El paralelismo en la aplicación de las condiciones de comercialización, relativos a descuento y días de crédito entre Panamco y Sopresa en virtud de sendas cartas enviadas por estas empresas a sus clientes especiales, así como de un cambio no justificado en las condiciones hasta entonces dadas por ellos a sus clientes, que comenzaron a alinearse a partir de cierta fecha.
- La correlación de los precios y porcentaje de descuentos carecía de relación con los costos de producción, el tipo de cambio y la tasa de interés.
- La existencia de contactos reiterados entre Panamco y Sopresa, por intermedio de la Asociación Venezolana de Embotelladoras.

Se concluyó *por vía de consecuencia*, que la conjunción de indicios hacía irrelevante la evaluación ulterior de los beneficios al mercado, pues la práctica había de ser considerada como una conducta restrictiva "*per se*." Ambas empresas fueron multadas por la realización de una fijación horizontal de condiciones de comercialización, en los descuentos cartelizados dados a los Clientes Especiales.

Para comprender el análisis que en este caso hizo la Superintendencia del contexto competitivo en el cual se desarrolló la conducta de las partes, y eventualmente concluir que, ante la ausencia de otra explicación (de otros indicios) la conducta debía ser encuadrada en un supuesto de prohibición *per se*, es necesario preguntarse qué hubiera sucedido si las partes hubieran presentado evidencia de que la conducta examinada ofrecía una mejor coordinación entre Sopresa y Panamco a los fines de desarrollar una mejor integración de funciones, o que la práctica hubiese sido adoptada como respuesta a una situación de incertidumbre en el mercado, o que el descuento contemplaba algún otro elemento distinto de la reducción de precios. Sin embargo, nada de esto fue demostrado –o siquiera argumentado–, con lo cual la Superintendencia no tuvo otro remedio que encuadrar la conducta en el supuesto prohibido *per se*.

13. *Ibid*, pp. 54-55.

14. Resolución n° SPPLC/0009-00.

Visto que la condición *per se* se deduce una vez efectuado el análisis indiciario de los efectos de la conducta sospechosa en el mercado, la autoridad debe examinar los indicios que tiene ante sí para calificar dicha conducta. Esta valoración procede conforme al criterio sentado en la decisión *Gases* por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en 1997.¹⁵ Dicha decisión afinó el criterio necesario para realizar la apreciación indiciaria en la evaluación de conductas horizontales; sobre todo, estableció los límites de la Administración para inferir conclusiones sobre los hechos económicos, en el sentido de que los mismos habrían de ser “convergentes”, conforme al artículo 510 del CPC.

La “convergencia” que exige la Corte Primera simplemente apunta a que los hechos evaluados, en el análisis indiciario, tengan una consistencia, lo que dependerá de la solidez con la cual la hipótesis o teoría económica empleada permita una interpretación cabal y sistemática. Pero como quiera que la oferta de teorías alternativas es numerosa, por decir lo menos, la Corte con sabiduría exige que la actividad indiciaria sea lo más activa posible, agotando las posibilidades de interpretaciones económicas distintas. Esta condición coincide con la opinión de los autores,¹⁶ quienes afirman que, para considerar un conjunto de hechos indiciarios como una manifestación de un cartel, es preciso que los hechos no puedan ser explicados de otro modo, sino mediante la hipótesis del cartel.

¿Qué elementos indiciarios son generalmente examinados en estos casos?

Según Correa,¹⁷ los factores que condicionan la existencia de un cartel (y por tanto, su verificación normativa) son:

1. Factores relacionados con la capacidad de ejercer un poder de mercado. Existe bastante consenso en destacar que la capacidad del cartel para hacerse efectivo (poder de mercado) es una condición esencial para calificar un acuerdo de precios como restrictivo de la competencia.¹⁸ Estos factores comprenden:
 - a. Los miembros del acuerdo poseen una elevada cuota de mercado;
 - b. La demanda es inelástica y existen barreras sustanciales al ingreso de otros competidores; estas barreras se refieren a barreras de tipo legal y a costos hundidos y economías de escala.
2. Costos asociados con la exequibilidad del acuerdo.¹⁹ En este sentido, el acuerdo se facilita y los costos de ejecutarlo son reducidos cuando:

15. Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 5-6-1997 (caso *Aga de Venezuela/Gases Industriales*)

16. W. Kovacic, “The Identification and Proof of Horizontal Agreements under Antitrust Laws,” *38 The Antitrust Bulletin* 5 (1993)

17. P. Correa, “The Use of Economic Evidence in Cartel Cases” ensayo presentado en el foro *International Cartels Workshop*, 25-27 Noviembre 2001, Competition Bureau, Canada.

18. Sullivan y Harrington, *Op. Cit.*, p. 86.

19. En *Premezclados de Concreto*, la Superintendencia Pro-Competencia estableció lo siguiente: “A la hora de evaluar la posibilidad de una práctica concertada u otra conducta bilateral entre competidores para fijar precios, es conveniente tener presente una serie de factores que facilitan la conformación exitosa de una cartel. Todos ellos están relacionados con los costos de organizar y supervisar el funcionamiento de la práctica entre los competidores. Estos elementos son los siguientes:

- a. Un número reducido de empresas involucradas en el acuerdo. Cuando las empresas son grandes no es necesario el concurso de todas ellas para acordar elevar precios. Basta con que un porcentaje significativo de la producción esté en manos de las empresas interesadas en conformar el cartel.
- b. Que en el mercado relevante participen pocos competidores, lo cual facilita la supervisión mu-

- a. Los productos son homogéneos;
- b. El mercado es concentrado;
- c. Hay un gran número de compradores;
- d. Los precios son evidentes y conocidos por otros miembros y
- e. Los miembros están organizados bajo una asociación de comercio.

Por su parte, Korah enfatiza las barreras al ingreso que presente el mercado.²⁰ En su criterio, los carteles rara vez funcionan efectivamente a menos que el número de participantes sea reducido, o estén apoyados por la intervención del Estado, ya que para cualquier participante resulta atractivo eludir la prohibición impuesta y expandir su producción vendiendo discretamente a un precio inferior al acordado por el cartel a un grupo de compradores importantes. De aquí se coligen cuatro condiciones esenciales para el éxito de un cartel:

- 1. Que el número de participantes sea reducido;
- 2. Que cuenten con apoyo gubernamental;
- 3. Que sea fácil monitorear la conducta de sus participantes, y reprimir a quien se desvíe de la conducta acordada;
- 4. Que no existan clientes importantes capaces de influenciar el comportamiento de los miembros del cartel.

Como se observa, los factores apuntados tienen que ver fundamentalmente con la capacidad de las empresas para ponerse de acuerdo en el mercado, pero también, a la condición de terceros de poder quebrar el acuerdo logrado por los miembros del cartel.

tua de modo que ningún miembro asuma un curso de acción individual diferente al acordado con los demás miembros del cartel.

- c. Que los mercados sean regionales o locales. Cuanto más restringida es el área geográfica definida como el mercado relevante mas probable es que las empresas tengan una elevada participación de participación [sic] de mercado.
- d. Que los productos de las distintas empresas que participan en el cartel sean homogéneos y por tanto que difieran poco en sus características, de modo que la principal variable que determina la venta del producto sea el precio. Cuando las variables determinantes para la venta del producto son aquellas distintas al precio (*v.gr.* servicio post venta, calidad y cualquier otro atributo del bien) hay mayores incentivos para violar el cartel porque resulta atractivo para el miembro re-nuente aumentar sus ventas utilizando dichas variables.
- e. La existencia de una cámara de empresarios. Al reducir los costos de comunicación y coordinación de actividades entre las empresas de una industria, este tipo de asociaciones facilitan el establecimiento y permanencia de un cartel.

20. En su opinión, en industrias donde exista un número pequeño de productores, sea a escala mundial, o sea a escala local, que se encuentren protegidos por el costo de transporte y otras barreras al ingreso, los oferentes estarán en capacidad de elevar los precios por encima del nivel de competencia sin necesidad de establecer un acuerdo de precios. Si una firma A vende por encima de su costo marginal de largo plazo, incluido un retorno sobre el capital empleado, otra firma B puede encontrar que es rentable vender al mismo precio cuando existe suficiente capacidad en la industria. B podría abstenerse de incrementar su cuota de mercado a expensas de A, para mantener con ello un precio artificialmente elevado. De esta manera, ambas empresas poseerían un poder de mercado, si la otra no actúa de modo competitivo. (V. Korah, *E.C. Competition Law and Practice: An introductory guide*, Sweet and Maxwell, London, 1994, p. 43.)

Según el criterio más completo de Kovacic, y reiterado por Correa²¹ la existencia de una conducta paralela requiere la siguiente demostración:

1. Existencia de un motivo racional que induzca a los denunciados a comportarse colectivamente.
2. Existencia de acciones contrarias al interés del demandado a menos que sea parte de una estrategia conjunta.
3. La comprobación de que el mercado se comporta de tal manera que no puede ser explicado racionalmente, a menos que como resultado de una acción concertada.
4. Que las empresas denunciadas poseen un historial previo de comportamiento anti-competitivo.
5. Que las empresas han sostenido reuniones y otras formas de comunicación directa.
6. Que el demandado emplea prácticas facilitadoras de la colusión.
7. Que la industria posee características que complican o facilitan la competencia.
8. Desempeño de la industria que sugiere o contradice la inferencia de que existe una colaboración entre competidores.

De los hechos observados debe surgir tal convicción, que si bien no necesariamente resulta de la sumatoria matemática de indicios –hay indicios que pueden tener mayor valor que otros-, sí invita a la autoridad a tener una disposición muy activa en tratar de encontrar la mayor cantidad posible de indicios que apoyen su sospecha, y nunca a negar a la parte investigada el derecho de presentar sus propios indicios y elementos de juicio.

VI. CONCLUSIONES

Es imposible trazar anticipadamente una conclusión normativa sobre hechos acontecidos en el mercado, pues nunca se tendrá la suficiente certeza respecto al número suficiente de elementos indiciarios para concluir que una conducta es limitativa de la competencia. El análisis *per se*, limita indebidamente las posibilidades del analista a comprobar la mera existencia de una restricción en los precios, lo que impide la evaluación cabal de una realidad que es, de suyo, compleja. Por ello, la jurisprudencia norteamericana moderna sólo concluye que una conducta es *per se* prohibida después de hacer una detallada evaluación del mercado en el cual ocurre, y de las eficiencias que la conducta aporta. En este sentido, comentando la tendencia jurisprudencial reciente sobre la calificación *per se* de conductas restrictivas, Sullivan y Harrington observan:

“Cuando se acepta (que una conducta encuadra en) la calificación *per se*, ello aparece ahora más bien como una conclusión legal de fondo (resultante) *al final de un análisis de costo beneficio* (de los efectos de la práctica sobre el mercado) en el sentido de que el efecto neto de la practica no es pro-competitivo. Así, el análisis inicial bajo la regla *per se* está declinando, si bien en ocasiones la Corte (Suprema) vacila sobre donde debe establecer los linderos al clasificar el acuerdo para la fijación de precios.” (resaltado nuestro)²²

21. Kovacic, *Op. Cit.*; Correa, *Op. Cit.*

22. Sullivan y Harrington, *Op. Cit.*, p. 92. Por su importancia, a continuación se transcribe la cita original: “When the *per se* classification is accepted, it new seems more like a substantive law conclu-

Por esta razón, no hay tal cosa como “casos obvios” o “casos difíciles” en esta materia; todo depende de los indicios observados y de la conclusión que se extraiga sobre ellos. La sumatoria de hechos en sí misma es irrelevante; lo importante es el papel atribuido a tales hechos, con base en las máximas de experiencia empleadas, recordando siempre que tales máximas dependerán de la formulación teórica del analista; su percepción sobre la causalidad en los mercados; su comprensión del rol de la Firma y la Organización Económica; y su concepción de la Eficiencia Económica.

Por este motivo, bajo ningún concepto la parte contra quien obra la prueba indiciaria puede ser privada de su derecho a aportar elementos indiciarios en su favor, o de objetar la máxima de la experiencia sobre la cual asienta su conocimiento del mercado la Autoridad, indicando las limitaciones de orden teórico sobre las cuales se funda, para proponer una visión alternativa del mercado, la eficiencia y el Bienestar del Consumidor. No puede privarse porque, como hemos señalado, la definición de la culpabilidad en un caso de naturaleza económica como son los que acontecen en esta materia, no depende de hechos objetivos, sino de interpretaciones subjetivas sobre la causalidad de los mismos, esto es, una discusión acerca de la teoría económica más apropiada, cuestión que de no aceptarse la posibilidad de ser objetada en sus fundamentos teóricos y epistemológicos, abriría la compuerta de la arbitrariedad administrativa, al no poder ser controlada la calificación de los hechos sobre los cuales la Administración funda su criterio de que un fenómeno o estructura organizativa observada en el mercado (por ejemplo, un acuerdo entre competidores para fijar precios entre sí) restringe la competencia, que es el objetivo de la Ley.

La Administración debe en estos casos, evitar dar por sentado el carácter restrictivo de una conducta que deduce de unos pocos indicios, para suponer que opera entonces una presunción legal que revierte la carga de la prueba en contra de los denunciados (incluso, en algunos casos, con fuerza *iure et de iure*, sin posibilidad de reversión alguna). De hacerlo, confundiría la evaluación indiciaria, *cuya persuasión siempre corresponde a la Administración*, con un presunto efecto restrictivo de la conducta, que solamente puede ser establecido, *una vez que los hechos han sido suficientemente establecidos* y claros como para ser subsumidos dentro de un supuesto de hecho.

En materia antimonopolios, durante mucho tiempo se confundió el efecto económico con la identificación de los hechos constitutivos de la conducta. Como se ha visto, en los Estados Unidos, con un siglo de historia de política antimonopolios, solo ha sido recientemente que la Corte Suprema ha aceptado la evaluación previa de los hechos –de todos los hechos posibles, no sólo la limitación a la producción o precios-, antes de deducir de ellos un efecto *per se* o de la regla de la razón. Ello por cuanto es únicamente la evaluación de las circunstancias de hecho concomitantes que rodean la conducta de los actores en el mercado que puede arrojar conclusiones sobre la existencia de un efecto restrictivo derivado de la conducta. Por sí sola una forma de asociación en el mercado es incapaz de constituir una conducta, en el sentido de restringir la competencia, pues la conducta requiere la acción dirigida a alcanzar un propósito que es imposible deducir a cualquier observador externo aisladamente del contexto en el cual se verifica.

Dicho de otro modo, un acuerdo entre competidores es en sí mismo insuficiente para constituir una restricción de mercado a menos que las circunstancias que rodean la transacción sean tales que garanticen el éxito de la restricción, o la misma no esté dirigida a fines

sion at the end of the balancing analysis that the net effect of the practice is not procompetitive. Thus, the initial summary analysis under the *per se* rule is on the decline, although at times the Court vacillates on where the line should be drawn in classifying price-fixing.”

beneficiosos adicionales, más allá de la restricción misma sobre los precios y oferta impuesta por los agentes. La apreciación valorativa del juez habrá de deducir efectos a partir del volumen de indicios obtenidos, sopesando cada uno de ellos en el contexto.

Si tenemos que la identificación de la ilicitud de una práctica horizontal que fija los precios entre competidores se encuentra, no en una condición inherente a sí misma, sino en la ausencia de sus efectos pro-competitivos, –lo que exige un examen indiciario por la Autoridad, a fin de calibrar del contexto del mercado dichos efectos–, deben entonces examinarse cuales son los factores que debería tener en cuenta la Autoridad en la evaluación indiciaria, a fin de facilitar su labor de investigación.

Comentarios Monográficos

LA DEFENSA DE LOS USUARIOS EN LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA

*José Ignacio Hernández G.
Profesor de la Universidad Monteávila*

La nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (LPCU)¹, dedica todo su Capítulo IV a establecer un régimen especial aplicable a los llamados *servicios públicos a domicilio*, entre los cuales se ubica la distribución de energía eléctrica. Cabe acotar que las disposiciones de ese Capítulo aplican de manera *supletoria*, respecto del régimen especial al cual están sometidos esos servicios públicos domiciliarios; el resto de las disposiciones de la LPCU sí rigen al sector, por el contrario, de manera directa y preferente².

En la actualidad, la actividad de distribución eléctrica se somete a dos regímenes. Uno, especial, contenido en la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico (LOSE) y el Reglamento General de la Ley del Servicio Eléctrico, así como, particularmente, el Reglamento de Servicio de Distribución³; otro, especial, desarrollado en la LPCU, en lo que respecta a la protección de los usuarios.

Por ello, las empresas que explotan la actividad de distribución eléctrica se encuentran, en la actualidad, ante un importante problema regulatorio: determinar cuál normativa regirá la prestación de dicha actividad de distribución en lo relativo a sus relaciones con los usuarios.

En efecto, la racional interpretación de la LPCU permite concluir que la actividad de distribución se someterá a lo dispuesto en la LOSE y su normativa de desarrollo, entre ella, el Reglamento de Servicio. Por el contrario, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia parece entender que la LPCU rige directamente en esa materia.

Es importante aclarar, en este sentido, que las empresas que explotan las actividades reguladas por la LOSE se considerarán *proveedores*, en los términos de la LPCU. En efecto, el concepto de proveedor asumido por esa Ley engloba a todo operador que despliega su iniciativa económica a fin de prestar bienes y servicios cuyos destinatarios serán los consumidores y usuarios. No todo proveedor, sin embargo, aporta directamente esos bienes y servicios. De tal manera, de conformidad con el artículo 4 de la nueva LPCU, los proveedores engloban a los productores, importadores, distribuidores y comercializadores. La regla general, sentada en el artículo 3, es que la LPCU únicamente rige los negocios jurídicos celebrados *entre proveedores y consumidores y usuarios*; se excluyen, por ende, las relaciones *entre proveedores*. Sin embargo, algunas de las disposiciones de la LPCU aplican en general a todo proveedor: es el caso del régimen de publicidad y en particular, de la responsabilidad civil.

1. G.O. n° 37.930 de 4 de mayo de 2004.

2. En general sobre lo expuesto, *vid.* Hernández G., José Ignacio, *Introducción a la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*, FUNEDA, Caracas, 2004, pp. 29 y ss.

3. El Reglamento de Servicio de Distribución fue publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.825 de 25 de noviembre de 2003.

Ahora bien, atendiendo a las actividades económicas reguladas por la LOSE, cabe efectuar la siguiente consideración. Las empresas de generación se considerarán *productores* y por ende, sus relaciones directas con los usuarios –los *grandes usuarios*- se regirán por la LPCU. Las empresas de transporte también se considerarán proveedores, pero ellas entrarán negocios con otros proveedores, negocios que –con las excepciones anotadas- estarán fuera del ámbito de aplicación de la LPCU. Finalmente, las actividades de suministro (distribución y comercialización especializada) sí se regirán plenamente por lo dispuesto en la LPCU. Aun cuando el término *servicio público domiciliario* no ha sido definido por la Ley, entendemos que él aplica a las actividades prestacionales llamadas a satisfacer el derecho fundamental consagrado en el artículo 82 de la Constitución, actividades dentro de las cuales se incluirá la distribución.

Es por lo anterior que la relación entre las empresas de distribución y sus usuarios se somete en la actualidad a dos regímenes: el derivado de la LOSE y, supletoriamente, el incorporado a la novísima LPCU. Sin embargo, existen, como acaba de exponerse, algunas controversias en torno a cuál es el régimen aplicable. Como puede anticiparse, esa diatriba resulta fundamental, de cara a la diaria actividad de las empresas de distribución. Piénsese así en la interrupción del servicio eléctrico por falta de pago del usuario: ello encuentra un régimen disímil en la normativa propia del sector eléctrico y en la LPCU. Algunas consideraciones deben, por consiguiente, ser realizadas al efecto.

I. PRIMERA INTERPRETACIÓN: LA LPCU SOLAMENTE RIGE SUBSIDIARIAMENTE A LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA

De manera específica, el artículo 23 de la LPCU establece que “los servicios públicos domiciliarios regulados en otras disposiciones legales y cuya actuación sea controlada por los organismos que ella contempla, serán regidos por esas normas aplicándose la presente Ley supletoriamente”. Los usuarios de esos “servicios públicos a domicilio”, servicios dentro de los que se incluye la distribución eléctrica, tienen un estatuto especial de derechos, que como acota el artículo 23, es subsidiario. No podía ser de otra manera, pues los referidos servicios públicos se encuentran regidos por Leyes especiales, que se basan en los llamados ordenamientos jurídicos sectoriales: existen, de esa manera, normas especiales, que sólo aplican a determinados sujetos, y cuya supervisión ha sido encomendada a una Administración sectorial.

Incluso, entendemos que ese carácter supletorio debe predicarse respecto de las normas de rango sublegal dictadas en ejecución y con subordinación plena a las respectivas Leyes sectoriales, pues la remisión que hace el citado artículo 23, ha de entenderse efectuada en bloque a favor de todo el ordenamiento jurídico sectorial.

Esta primera interpretación, que deriva de la propia LPCU, apunta a que la actividad de distribución estará regulada, en lo que respecta a la protección de los usuarios, por lo dispuesto en la LOSE y en el Reglamento de Servicio de Distribución, con carácter preferente; sólo en lo no expresamente tratado en esas normas, aplicará la LPCU⁴.

4. En el sector de las telecomunicaciones, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 5 de agosto de 2003, se pronunció a favor de la preferente aplicación de la Ley sectorial (la Ley Orgánica de Telecomunicaciones) respecto de la LPCU entonces vigente. Expresó la Sala en esa oportunidad que “...en virtud de su carácter especial, debe entenderse que la Ley Orgánica de Telecomunicaciones prevalece sobre la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, en lo relacionado con la competencia para la fijación de las tarifas...”. Véase *Revista de Derecho Público* n° 93-94/95-96, Caracas, 2003 (en prensa).

II. SEGUNDA INTERPRETACIÓN: LA LPCU RIGE PREFERENTEMENTE A LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA

No obstante lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha entendido, incidentalmente, que la LPCU rige de manera directa a la actividad de distribución. En efecto, en sentencia de 31 de mayo de 2004, caso *Eleoriente*, indicó lo siguiente:

“...sin perjuicio de los derechos y procedimientos reconocidos por las leyes que se citan en este fallo a favor del usuario (v. entre otros, artículo 6.11 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario en concordancia con el artículo 80 *eiusdem*). El Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario será competente conforme los artículos 28 y 29 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario en concordancia con el artículo 110.2 *eiusdem*, para conocer las denuncias provenientes de facturación ilegal sobre el concepto de energía recuperada (...)

ELEORIENTE; así como otro suministrador de energía puede legalmente suspender el servicio por anomalías e irregularidades en la forma señalada en el Reglamento de Servicio e interpretada en este fallo, aplicando además el artículo 27 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1° de abril de 2004, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.930 de 4 de mayo de 2004...”.

Notar entonces que la Sala Constitucional admitió que la LPCU sí rige, directamente, a la actividad de suministro eléctrico, conjuntamente con lo dispuesto en el Reglamento de Servicio de Distribución. Ello, a pesar que el citado artículo 23 de la LPCU señala que las disposiciones del Capítulo IV aplicarán supletoriamente, a favor de lo dispuesto en Leyes especiales.

En posterior decisión de la propia Sala, de 9 de julio de 2004 (en la cual se dicta aclaratoria de la inicial sentencia de 31 de mayo), se señaló lo siguiente:

“...En lo que respecta al segundo punto de la solicitud de aclaratoria, tanto en las “Consideraciones para Decidir”, como en su parte dispositiva el fallo, en su aparte Segundo en concordancia con el aparte Primero, cuando se refiere al objeto de la pretensión por derechos o intereses difusos o colectivos, fue claro al señalar que “El Instituto Autónomo para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario será competente conforme los artículos 28 y 29 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario en concordancia con el artículo 110.2 *eiusdem*, para conocer las denuncias provenientes de facturación ilegal sobre el concepto de energía recuperada”, *todo ello sin perjuicio de los derechos y procedimientos reconocidos por las leyes citadas en el fallo a favor del usuario (entre estas leyes se encuentra el Reglamento de Servicio), lo cual conduce a que el único procedimiento aplicable por los distribuidores de energía en los casos de anomalías o irregularidades, sea el del artículo 54 del Reglamento de Servicio...*” (cursivas nuestras).

Notar entonces que la Sala Constitucional admite la prevalencia del Reglamento solamente en lo que concierne a los casos de anomalías o irregularidades; la interrupción del servicio, por el contrario, se regiría por la LPCU aun cuando el Reglamento haya contemplado un trámite especial para las empresas de distribución.

III. LA CONCRETA INCIDENCIA DE LA LPCU SOBRE LA ACTIVIDAD DE DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA

La sentencia de la Sala Constitucional de 31 de mayo de 2004 ha establecido la directa aplicación de la LPCU en la actividad de suministro eléctrico y, especialmente, ha reconocido la competencia del INDECU para defender los derechos de los usuarios de esa actividad. Ello, aun cuando el artículo 23 de la LPCU dispuso que las normas sobre servicios públicos domiciliarios solamente regirán de manera supletoria.

A fin de poder determinar, en la práctica, cuál es la concreta incidencia que la LPCU tiene en esta materia, es preciso, preliminarmente, abordar algunas cuestiones conceptuales básicas en torno a la defensa de los usuarios del sector eléctrico.

1. *Algunas consideraciones en torno a la defensa de los usuarios del sector eléctrico*

El suministro de electricidad es uno de los *servicios básicos esenciales* a los que alude el artículo 82 de la Constitución de 1999, cuya prestación efectiva debe ser asegurada por el Estado. Desde su reforma en 1999, el sector eléctrico en Venezuela ha estado inspirado en un modelo regulatorio que, promoviendo la libre iniciativa privada, se encarga de asegurar una adecuada prestación de los servicios, especialmente, de aquellos orientados al usuario final⁵. Como se sabe, bajo el modelo de la LOSE, el *suministro de energía* al usuario final queda sometido a dos regímenes muy distintos: por un lado, ciertos usuarios (los llamados *grandes usuarios*) podrán acceder directamente, en las condiciones libremente pactadas, al suministro eléctrico; el resto de los usuarios, por el contrario, acudirán, en un régimen propio de Derecho Público, al suministro eléctrico proveído por las empresas de distribución⁶.

Las empresas de distribución se someten, entonces, a un régimen preponderante de Derecho Público, en el cual el principio general de libertad se encuentra notablemente matizado. De esa manera, el artículo 36.1 de la LOSE impone a todas las empresas de distribución el deber de “*prestar el servicio a todos los que lo requieran dentro de su área de servicio exclusivo*”, encomendado el numeral cuatro de esa norma, la realización de los planes de inversión “...necesarios para la prestación del servicio eléctrico en los asentamientos urbanos que, dentro de su área exclusiva, no posean acceso a este servicio...”. Puede afirmarse que la prestación de la actividad de distribución queda signada por el objetivo central de asegurar el suministro eléctrico a todos los usuarios finales, en condiciones de igualdad, generalidad,

5. Es por lo anterior que se ha señalado que la nueva ordenación de la electricidad parte de un modelo de competencia regulada. Cfr.: Ariño Ortiz, Gaspar y López de Castro, Lucía, *El sistema eléctrico español. Regulación y competencia*, Montecorvo, Madrid, 1998, p. 437 así como Cruz Ferrer, Juan de la, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 119 y ss.

6. Véanse los artículos 17, 36 y 118 de la LOSE. La actividad de distribución, de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento General de la Ley de Servicio Eléctrico, consiste “...en el transporte, transformación y entrega de electricidad a los usuarios del servicio eléctrico, mediante líneas e instalaciones diferentes a las utilizadas en la actividad de transmisión...”. Observar que el concepto de distribución responde a motivos jurídicos, no así a conceptos económicos o técnicos: la distribución es, en realidad, la actividad de *suministro de electricidad al usuario final*; sin embargo, jurídicamente, lo relevante no es ese dato económico, sino por el contrario, el régimen jurídico al cual se somete esa actividad de suministro, *que es un régimen mayormente regulado*, desde que la actividad de distribución se considera una actividad no competitiva, conforme se desprende del principio del artículo 3 de la LOSE. Junto a esta actividad encontramos la comercialización, definida en la LOSE como la “...actividad de compra y venta de potencias de energía eléctrica...” (artículo 38). Esa definición nada agrega al concepto de suministro de electricidad, pues lo relevante, de nuevo, es el régimen jurídico al cual se somete la actividad de comercialización, que es un régimen basado en la libre competencia.

Conviene entonces subrayar que los comercializadores, si bien suministran electricidad al igual que los distribuidores, *lo hacen bajo el principio de libertad en la fijación de precios y sólo a grandes usuarios*. La calificación de consumidores como “grandes usuarios” viene dada por el volumen de energía consumida, disponiendo en ese sentido el artículo 113 de la LOSE que “mientras la Comisión Nacional de Energía Eléctrica establezca otro valor, el límite para calificar a los grandes usuarios será de cinco megavatios (5MW), pudiendo la Comisión ampliar o disminuir esa cuota” (artículo 17.11).

continuidad, y conforme a los parámetros de calidad establecidos en cada caso⁷. Tal es, por otra parte, la orientación que el suministro eléctrico ha tenido en el Derecho Comparado, en concreto, en el Derecho Comunitario Europeo, en el cual se ha concluido que el suministro de energía, dada su relevancia frente al interés general, es un servicio cuya prestación ha de ser asegurada por el Estado, a fin de proteger a los usuarios finales.⁸

Por consiguiente, el ordenamiento jurídico especial aplicable al sector eléctrico se encarga, también, de la tutela de los derechos *especiales* de los usuarios, ello a fin de asegurar el adecuado suministro de energía. A tales efectos, el Reglamento de Servicio de Distribución, entre sus objetivos, propende precisamente a la defensa de tales usuarios (artículo 1).

2. *Las posibles colisiones entre la LPCU y el Reglamento de Servicio de Distribución*

Ahora bien, como se indicó, el Capítulo V de la LPCU regula una serie de principios generales aplicables a los servicios públicos domiciliarios, entre los que se encuentra la distribución eléctrica. Tales normas atañen a la protección de los derechos *generales* de los usuarios del sector eléctrico, enunciados en el artículo 6 de la Ley, lo que refuerza la tesis según la cual las mencionadas disposiciones sólo son de aplicación supletoria.

No obstante, el criterio de interpretación sentado por la Sala Constitucional obliga a determinar, en cada caso, cuáles son las posibles colisiones existentes entre la LPCU y el Reglamento de Servicio. Para ello, enunciaremos los principios que afirma la LPCU para analizar cuál es el tratamiento dado a tal materia en el comentado Reglamento.

A. *El contrato de suministro. Referencia al régimen de los contratos de adhesión*

El artículo 23 de la LPCU señala que las empresas prestadoras de servicios públicos a domicilio deben entregar al usuario constancia escrita de las condiciones de prestación y de los derechos y obligaciones de ambas partes contratantes.

Nada dispone la Ley en cuanto al contenido mínimo de ese contrato, aspecto que ha sido desarrollado por el artículo 15 del Reglamento de Servicio de Distribución, norma que, en consecuencia, resulta aplicable en esta materia.

Adviértase que, de ordinario, este contrato de suministro, para los usuarios, será un contrato de adhesión, el cual estará *directamente sometido* a las normas que, sobre esta categoría de contratos, diseña la LPCU en defensa de los usuarios (*cfr.*: artículos 81 y ss).

7. Vid. Hernández G., José Ignacio, “Garantía de suministro eléctrico y libre competencia (a propósito de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico)”, en *Revista de Derecho Administrativo número 12*, Caracas, 2001, pp. 73 y ss. Las condiciones de calidad han sido fijadas en la Resolución n° 225 del Ministerio de Energía y Minas, contentiva de las *Normas de Calidad de Servicios de Distribución de Electricidad* (Gaceta Oficial n° 38.006 de 23 de agosto de 2004).

8. Ello se sostiene en el *Libro Verde Hacia una estrategia europea de seguridad de abastecimiento energético* (Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 29 de noviembre de 2000, COM (2000) 76 final). Sobre el particular, *vid.* Sala Atienza, Pascual, “El nuevo marco comunitario del sector eléctrico”, en *VII Jornadas Jurídicas del Sector Eléctrico*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 269 y ss., así como lo expuesto en Hernández G., José Ignacio, *La libertad de empresa y sus garantías jurídicas. Estudio comparado del Derecho español y venezolano*, FUNEDA-IESA, Caracas, 2004, p. 619.

B. *Trato recíproco*

El artículo 24 de la LPCU dispone que “las empresas que gestionan actividades de servicio público deben otorgar a los usuarios un trato recíproco, aplicando para los reintegros o devoluciones los mismos criterios que establezcan para los cargos de mora”. Tampoco la Ley tiene, en este punto, mayor incidencia, desde que la igualdad de trato es principio general en la prestación del servicio eléctrico.

C. *Reclamos*

Las empresas prestadoras de servicios deberán habilitar un registro de reclamos, en el cual quedarán asentados los reclamos de los usuarios, los cuales “deben ser satisfechos en plazos perentorios conforme lo establezca el reglamento de la presente Ley” (artículo 25). Como sea que la LPCU nada dispuesto acerca de la forma de tramitar este reclamo, aplicará específicamente sobre este punto, lo señalado en los artículos 8 y 25 del Reglamento de Servicio de Distribución.⁹

C. *Condiciones de seguridad*

Según la norma del artículo 26 de la LPCU, los usuarios de servicios públicos que se presten a domicilio y requieran instalaciones específicas “...deberán ser convenientemente informados por el prestador del servicio sobre las condiciones de seguridad de las instalaciones y de los artefactos incorporados...” (artículo 26). En lo que respecta al derecho de información, éste es desarrollado en el artículo 10 del Reglamento. Además, y en específico, el artículo 34 del Reglamento prevé que “...cuando el Usuario tenga que realizar alguna obra o trabajo para la instalación de acometidas y equipos de medición, La Distribuidora deberá suministrarle al Usuario toda la información técnica requerida, de acuerdo a lo establecido en las Normas de Calidad del Servicio de Distribución de Electricidad...”. Nuevamente se concluye que, en este aspecto, la LPCU tiene poca incidencia práctica.

E. *La suspensión del suministro*

Una de las principales reformas operadas por la LPCU, se encuentra en su artículo 27:

“...Cuando un proveedor proceda a cortar el suministro de un servicio público domiciliario por la no cancelación del mismo, éste no podrá hacerse antes de los quince días de haberse vencido el pago y sin una constancia fehaciente de recepción previa por parte del usuario de una notificación por escrito. El proveedor deberá otorgar un mínimo de cinco días hábiles posteriores a la constancia de notificación antes mencionada para que el suscriptor de un servicio pueda subsanar su morosidad...”.

El Reglamento de Servicio de Distribución regula, también, la suspensión del suministro eléctrico por falta de pago. Lo hace, sin embargo, a partir de un régimen enteramente distinto. Su artículo 46, literal “c” permite la suspensión del servicio por “falta de pago de

9. El usuario tendrá derecho a exigir a la empresa de distribución “la debida atención y procesamiento de sus reclamos”, los cuales deberán ser debidamente atendidos (artículo 8). Las *Normas de Calidad* indican, así, en varios de sus artículos, el procedimiento aplicable para la resolución de esos reclamos (*i.e.*: artículos 27 y 36). El artículo 25 del Reglamento desarrolla algunas condiciones generales de los trámites aplicables a esos reclamos: cuando no se considere procedente el reclamo deberá darse responder “al Usuario por escrito motivado, en cuyo caso el Usuario podrá acudir en segunda instancia, dentro de los quince (15) días, contados a partir de la notificación de la decisión de La Distribuidora, ante la autoridad municipal competente y en última instancia, la parte que no esté conforme con la decisión emitida por la autoridad municipal, podrá acudir ante el Regulador, en tercera instancia, de conformidad con la Ley, su Reglamento y demás normas aplicables”.

una factura vencida de electricidad o incumplimientos en los convenimientos de pago”, especificándose en todo caso que “...el usuario tiene el derecho a ser informado por la distribuidora, al menos con dos (2) días de anticipación, de la suspensión del servicio, salvo disposición en contrario en este Reglamento...”.

El sentido del artículo 23 debe en nuestra opinión orientarse a que la suspensión del suministro eléctrico, en este caso, se regule por la normativa especial, esto es, por el Reglamento de Servicio. No obstante, la Sala Constitucional, en la sentencia ya citada, parece haber entendido aplicable, con preferencia, la norma de la LPCU.

Por consiguiente, las empresas de distribución, atendiendo a esta interpretación, sólo podrían suspender el suministro eléctrico cumpliendo los extremos del artículo 23 de la LPCU. Así, (i) el usuario deberá estar en mora, (ii) momento a partir del cual comenzará un lapso de gracia de quince días. Vencido ese lapso de gracia (iii) el proveedor deberá notificar al usuario, exigiendo la Ley “constancia fehaciente de recepción previa por parte del usuario de una notificación por escrito”. A partir de esa notificación por escrito (iv) el proveedor deberá otorgar un mínimo de cinco días hábiles posteriores, para que el suscriptor pueda subsanar su morosidad. Sólo vencido este último plazo, podrá procederse a la interrupción o corte del servicio. El incumplimiento del citado artículo 27 es sancionado con multa de treinta unidades tributarias (30 UT) a tres mil unidades tributarias (3.000 UT) por el artículo 123.

F. *La interrupción del suministro*

Contempla el artículo 28 de la LPCU que “cuando la prestación del servicio público domiciliario se interrumpa o sufra alteraciones, se presume que es por causa imputable a la empresa prestadora del servicio”. Corresponderá al usuario efectuar el reclamo, desde la interrupción o alteración del servicio y hasta quince días posteriores al vencimiento de la factura. Presentado ese reclamo el proveedor “dispone de un plazo máximo de treinta días para demostrar que la interrupción o alteración no le es imputable”. De no demostrar ello, la empresa “deberá reintegrar el importe total del servicio no prestado dentro del plazo establecido precedentemente. Esta disposición no es aplicable cuando el valor del servicio no prestado sea deducido de la factura correspondiente”.

El Reglamento de Servicio de Distribución regula igualmente la interrupción del suministro por causas no imputables al usuario (artículo 50) exigiéndose la debida comunicación en casos de interrupciones programadas (artículo 51). Ambas normas continúan siendo aplicables bajo el nuevo régimen de la LPCU, la cual aplicará en lo que respecta a la presunción contenida en el citado artículo 28. Esto es, que toda interrupción del suministro, fuera del supuesto de suspensión, ya estudiado, se presumirá imputable a la empresa de distribución, salvo que ésta, en el curso del procedimiento iniciado ante el INDECU, demuestre lo contrario, dejando a salvo el derecho que le confieren los artículos 50 y 51 del Reglamento, ante causas justificadas de interrupción.

G. *Presunción de errores en la facturación*

El artículo 29 de la LPCU establece una presunción, para aquellos casos en los cuales el monto de las facturas sea notoriamente incrementado, sin que exista alguna razón plausible de justificación. En tales casos *se presume que existe* un error de facturación. Así, cuando “una empresa de servicio público domiciliario facture en un período un importe que exceda en un cincuenta por ciento el promedio del consumo efectivo del usuario en los doce últimos meses inmediatamente anteriores, corregidos por los ajustes de tarifas a que hubiese lugar por inflación, se puede presumir errores en la facturación. En este caso, el usuario podrá optar por cancelar una suma equivalente a este promedio mientras se hagan las investigaciones que comprueben el verdadero monto a pagar”. La parte final de la norma aclara que si el usuario

ha cancelado una suma en exceso “de su facturación efectiva debidamente comprobada”, la empresa prestadora del servicio deberá “indemnizar al usuario con un crédito de idéntico monto, el cual deberá hacerse efectivo en la factura inmediatamente siguiente”. En este último caso, entendemos, no se trata ya de una presunción, sino de la verificación de un cobro en efecto excesivo, caso que nos remite a lo señalado en el artículo 24.

Nada dispone sobre este aspecto el Reglamento, el cual se dedicó más bien a desarrollar un supuesto contrario, esto es, el cobro de la energía consumida pero no facturada, aspecto sobre el que incidió la sentencia que se comenta de la Sala Constitucional. Por consiguiente, aplicará a la actividad de distribución eléctrica la presunción contenida en el artículo 29 de la Ley, lo que deja a salvo el derecho del usuario a fiscalizar la medición y denunciar cualquier anomalía constatada (artículos 41 y 42 del Reglamento). Tales normas, además, pueden permitir a la empresa desvirtuar la presunción incluida en el artículo 29.

H. *Regulación específica*

La utilización de concursos, sorteos, regalos, vales, premios o similares “...como métodos asociados a la oferta, promoción o venta de determinados bienes, productos o servicios, será objeto de regulación específica en el Reglamento de esta Ley, fijando los casos, formas, garantías, sanciones y efectos correspondientes, sin perjuicio de lo establecido en otros ordenamientos jurídicos sobre la materia...”, según dispone el artículo 30 de la LPCU, norma que resultará aplicable a la actividad de distribución, al no prever nada en contrario la LOSE ni el Reglamento de Servicio de Distribución.

LEGISLACIÓN

Información Legislativa

LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL PRIMER SEMESTRE DE 2004

Recopilación y selección
por Marianella Villegas
Abogado

SUMARIO

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Judicial*. A. Régimen de la Justicia. a. Tribunal Supremo de Justicia. b. Sistema Penitenciario. 2. *Poder Moral*. A. Poder Ciudadano. a. Ministerio Público. b. Contraloría General de la República.

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL

1. *Administración Pública Nacional*. A. Administración Central. a. Organización y Funcionamiento. b. Ministerios. a'. Ministerio de Ciencia y Tecnología. b'. Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales. B. Administración Descentralizada: Institutos Venezolanos para la Cultura y la Cooperación (IVCC). C. Servicio Nacional de Contrataciones.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema de Personal: Personal al servicio del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalística*. 2. *Sistema de contratación pública: Servicio Nacional de Contrataciones*. 3. *Sistema Impositivo*. A. Impuestos. a. Impuesto sobre la Renta. b. Impuesto al Débito Bancario. c. Exoneraciones. B. Tasas y otras contribuciones: Derechos y Aranceles Consulares.

IV. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *El Estatuto de las personas. Régimen de los Extranjeros*. 2. *Derechos Políticos: Régimen de la Extradición*. 3. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Acuerdos y Convenios. a. Leyes Aprobatorias. b. Acuerdos y Convenios. 4. *Seguridad y Defensa*. A. Fuerza Armada. B. Zonas de Seguridad Fronteriza. C. Consejo de Defensa de la Nación.

V. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen Cambiario: Administración de Divisas*. 2. *Régimen del Mercado de Capitales*. 3. *Régimen de la Pequeña y Mediana Industria*. 4. *Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras*. 5. *Régimen de las Empresas de Seguros*. 6. *Régimen de la Protección al Consumidor y al Usuario*. 7. *Régimen del Comercio Exterior: Sistema Aduanero*.

VI. DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de Protección de Niños y Adolescentes*. 2. *Educación*. A. Educación Preescolar, Básica, Media y Diversificada. B. Educación Superior: Consejo Nacional de Universidades. 3. *Salud: Medicamentos*. 4. *Ciencia y Tecnología*.

VII. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. *Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables.* A. Zonas Protectoras y de Reserva. B. Pesca y Acuicultura. C. Instituto Panamericano de Geografía e Historia (IPGH) 2. *Régimen de las Comunicaciones.* A. Telecomunicaciones. a. Tributos. B. Medios de Comunicación: Prensa Extranjera. 3. *Régimen del Transporte y Tránsito.* A. Transporte y Tránsito Terrestre: Transporte Público de Pasajeros. B. Transporte y Tráfico Marítimo: Organización Marítima Internacional.

I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO1. *Poder Judicial*A. *Régimen de la Justicia*

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos de América sobre Asistencia Legal Mutua en Materia Penal. *G.O.* n° 37.884 de 20-2-2004.

Resolución n° 130 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto de las Notas Reversales constitutivas de la modificación del Artículo XV, numeral 1, del “Tratado de Cooperación entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal”, suscrito en la ciudad de México el 7 de febrero de 1997.

a. *Tribunal Supremo de Justicia*

Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* n° 37.942 de 20-5-2004.

b. *Sistema Penitenciario*

Resolución del Ministerio del Interior y Justicia (Fondo Nacional Para Edificaciones Penitenciarias), por la cual se dicta el Reglamento Interno del Fondo Nacional Para Edificaciones Penitenciarias (FONEP). *G.O.* n° 37.941 de 19-5-2004.

2. *Poder Moral*A. *Poder Ciudadano*a. *Ministerio Público*

Resolución de la Fiscalía General de la República, por la cual se dicta el “Instructivo General del Proceso de Selección de Consultores o Expertos Individuales para el Subprograma de Modernización del Ministerio Público, financiados con cargo al Aporte Externo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo”. *G.O.* n° 5.694 Extraordinario de 3-3-2004.

b. *Contraloría General de la República*

Resolución n° 01-00-116 de la Contraloría General de la República, mediante la cual se dicta el Reglamento Interno de la Contraloría General de la República. *G.O.* n° 37.881 de 17-2-2004.

Resolución n° 01-00-117 de la Contraloría General de la República, sobre la Organización y Funcionamiento de los Órganos y Dependencias Adscritos a los Despachos del Contralor y del Subcontralor. *G.O.* n° 37.881 de 17-2-2004.

Resolución n° 01-00-118 de la Contraloría General de la República, sobre la Organización y Funcionamiento de la Dirección General Técnica. *G.O.* n° 37.881 de 17-2-2004.

Resolución n° 01-00-119 de la Contraloría General de la República, sobre la Organización y Funcionamiento de la Dirección General de los Servicios Jurídicos. *G.O.* n° 37.881 de 17-2-2004.

Resolución n° 01-00-120 de la Contraloría General de la República, sobre la Organización y Funcionamiento de las Direcciones Generales de Control. *G.O.* n° 37.881 de 17-2-2004.

Resolución n° 01-00-121 de la Contraloría General de la República, sobre la Organización y Funcionamiento de la Dirección General de Procedimientos Especiales. *G.O.* n° 37.881 de 17-2-2004.

II. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA NACIONAL

1. *Administración Pública Nacional*

A. *Administración Central*

a. *Organización y Funcionamiento*

Decreto n° 2.937 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta la Reforma Parcial del Decreto Sobre Organización y Funcionamiento de la Administración Pública Central. (Reformado según *G.O.* n° 38.024 del 16-09-2004). *G.O.* n° 37.945 de 25-5-2004.

b. *Ministerios*

a'. *Ministerio de Ciencia y Tecnología*

Reglamento del Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre la Organización y Funcionamiento de la Oficina de Auditoría Interna del Ministerio de Ciencia y Tecnología. *G.O.* n° 37.851 de 6-1-2004.

b'. *Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales*

Resolución n° 163 del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, por la cual se aprueba el Reglamento Interno de Funcionamiento de la Comisión de Acceso a los Recursos Genéticos del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales. *G.O.* n° 37.894 de 9-3-2004.

B. *Administración Descentralizada: Institutos Venezolanos para la Cultura y la Cooperación (IVCC)*

Resolución n° 061 Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se dicta el Reglamento de los Institutos Venezolanos para la Cultura y la Cooperación (IVCC). *G.O.* n° 37.896 de 11-3-2004.

III. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema de Personal: Personal al servicio del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalística*

Resolución n° 176 del Ministerio del Interior y Justicia, por la cual se dicta el Estatuto Especial de Personal del Cuerpo de Investigaciones Científicas, Penales y Criminalísticas. *G.O.* n° 37.923 de 23-4-2004.

2. *Sistema de contratación pública: Servicio Nacional de Contrataciones*

Resolución n° DM/133 del Ministerio de la Producción y el Comercio, por la cual se publica el Reglamento Interno del Servicio Nacional de Contrataciones. *G.O.* n° 37.926 de 28-4-2004.

3. *Sistema Impositivo*

A. *Impuestos*

a. *Impuesto sobre la Renta*

Ley Aprobatoria del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y el Reino de España para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión y el Fraude Fiscal en Materia de Impuesto Sobre La Renta y Sobre el Patrimonio y su Protocolo. *G.O.* n° 37.913 de 5-4-2004.

Ley Aprobatoria del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de Canadá con el objeto de Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión y el Fraude Fiscal en Materia de Impuesto Sobre la Renta y Sobre el Patrimonio. *G.O.* n° 37.927 de 29-4-2004.

b. *Impuesto al Débito Bancario*

Ley de Reforma Parcial de la Ley que establece el Impuesto al Débito Bancario. *G.O.* n° 37.896 de 11-3-2004.

c. *Exoneraciones*

Decreto n° 2.959 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Instructivo que establece el Procedimiento para la Tramitación de los Decretos de Exoneración. *G.O.* n° 37.958 de 11-6-2004.

B. *Tasas y otras contribuciones: Derechos y Aranceles Consulares*

Resolución Conjunta n° 007 y 1.504 del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Ministerio de Finanzas por la cual se dictan las Normas sobre Liquidación y Recaudación de los Derechos y Aranceles Consulares causados por las Actuaciones, Actos y Diligencias de los Funcionarios Consulares de la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* n° 37.862 de 21-1-2004.

IV. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *El Estatuto de las personas: Régimen de los Extranjeros*

Ley de Extranjería y Migración. *G.O.* n° 37.944 de 24-5-2004.

Decreto n° 2.823 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento para la Regularización y Naturalización de los Extranjeros y las Extranjeras que se encuentran en el Territorio Nacional. *G.O.* n° 37.871 de 3-2-2004.

2. *Derechos Políticos: Régimen de la Extradición*

Ley Aprobatoria del Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* n° 37.906 de 25-3-2004.

3. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Acuerdos y Convenios*

a. *Leyes Aprobatorias*

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio de Cooperación Económica y Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China, para la Rehabilitación del Sistema Ferroviario Centro Occidental. *G.O.* n° 37.893 de 8-3-2004.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio de Cooperación Económica y Técnica entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China para la Adquisición de un Sistema No Intrusivo de Inspección de Contenedores. *G.O.* n° 37.896 de 11-3-2004.

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. *G.O.* n° 37.896 de 11-3-2004.

Ley Aprobatoria del Tratado de Extradición entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* n° 37.906 de 25-3-2004.

Ley Aprobatoria del Convenio entre la República Bolivariana de Venezuela y el Reino de España para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión y el Fraude Fiscal en Materia de Impuesto Sobre La Renta y Sobre el Patrimonio y su Protocolo. *G.O.* n° 37.913 de 5-4-2004.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de la República de Cuba para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. *G.O.* n° 37.913 de 5-4-2004.

Ley Aprobatoria del Convenio Internacional del Café 2001. *G.O.* n° 5.707 Extraordinario de 31-5-2004.

b. *Acuerdos y Convenios*

Resolución n° 082 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Convenio Integral de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* n° 37.934 de 10-5-2004.

Resolución n° 077-A del ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Popular China, en los términos que en ella se indican. *G.O.* n° 37.955 de 8-6-2004.

Resolución n° 130 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el texto de las Notas Reversales constitutivas de la modificación del Artículo XV, numeral 1, del “Tratado de Cooperación entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre Asistencia Jurídica Mutua en Materia Penal”, suscrito en la ciudad de México el 7 de febrero de 1997. *G.O.* n° 37.968 de 28-6-2004.

4. *Seguridad y Defensa*

A. *Fuerza Armada*

Resolución n° DG-26263 del Ministerio de la Defensa, por la cual se reforma el Reglamento de Identificación para el Personal Militar y Civil de las Fuerzas Armadas Nacionales. *G.O.* n° 37.900 de 17-3-2004.

Resolución n° DG-26269 del Ministerio de la Defensa, por la cual se dicta la Reforma Parcial al Reglamento de la Insignia de Submarinos. *G.O.* n° 37.900 de 17-3-2004.

Resolución n° DGSP-AJ-001 Ministerio de la Defensa, por la cual se dicta el Instructivo para la Contratación de Personal Civil en las Agregadurías de la Fuerza Armada Nacional. *G.O.* n° 37.911 de 1-4-2004.

B. *Zonas de Seguridad Fronteriza*

Decreto n° 2.805 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Especial sobre las Zonas de Seguridad Fronteriza. *G.O.* n° 37.866 de 27-1-2004.

C. *Consejo de Defensa de la Nación*

Providencia n° 01 de la Presidencia de la República (Consejo de Defensa de la Nación), por la cual se dicta el Reglamento del Consejo de Defensa de la Nación. *G.O.* n° 37.947 de 27-5-2004.

V. **DESARROLLO ECONÓMICO**

1. *Régimen Cambiario: Administración de Divisas*

Providencia n° 50 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), mediante la cual se establecen los requisitos y trámite para la adquisición de Divisas para familiares residenciados en el extranjero. *G.O.* n° 37.873 de 5-2-2004.

Providencia n° 051 de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI), mediante la cual se establecen los requisitos, controles y trámite para la autorización de consumos de divisas con tarjetas de crédito a las personas naturales con ocasión de sus viajes al exterior. *G.O.* n° 37.873 de 5-2-2004.

Convenio Cambiario n° 7. Ministerio de Finanzas. *G.O.* n° 37.936 de 12-5-2004.

2. *Régimen del Mercado de Capitales*

Resolución n° 04-05-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las Normas que regirán las Operaciones en Mercado Abierto con Títulos Valores Desmaterializados. *G.O.* n° 37.937 de 13-5-2004.

3. *Régimen de la Pequeña y Mediana Industria*

Decreto n° 2.876 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dictan las Medidas Temporales para el Establecimiento de Montos y Categorías de Contratos Reservados para las Empresas Alternativas Fabricantes de Bienes, Prestadoras de Servicios y Ejecutoras de Obras. *G.O.* n° 37.915 de 12-4-2004.

4. *Régimen de las Instituciones Financieras: Régimen de los Bancos y otras Instituciones Financieras*

Resolución n° 130-04 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se modifica el Manual de Contabilidad para Bancos, Otras Instituciones Financieras y Entidades de Ahorro y Préstamo. *G.O.* n° 37.900 de 17-3-2004.

Resolución del Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (FOGADE), por la cual se dictan las Normas para la Liquidación de Empresas no Financieras Relacionadas con los Grupos Financieros Bajo Régimen Especial, sometidas al Régimen de Liquidación Administrativa. *G.O.* n° 37.905 de 24-3-2004.

Resolución n° 137-04 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se dictan las Normas de Delegación de Firmas de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras. *G.O.* n° 37.907 de 26-3-2004.

Resolución n° 04-04-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras, regidas por el Decreto con Fuerza de Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras y por leyes especiales, no podrán efectuar cobro alguno a sus clientes o al público en general por concepto de comisiones, tarifas o recargos derivados del pago de cheques emitidos y/o cobrados en plazas distintas de aquella en la que sus clientes mantienen la respectiva cuenta corriente. *G.O.* n° 37.918 de 15-4-2004.

5. *Régimen de las Empresas de Seguros*

Providencia n° 000486 de la Superintendencia de Seguros, mediante la cual se dictan las Normas para el Registro de Empresas Financiadoras de Primas. *G.O.* n° 37.969 de 29-6-2004.

6. *Régimen de la Protección al Consumidor y al Usuario*

Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. *G.O.* n° 37.930 de 4-5-2004.

7. *Régimen del Comercio Exterior: Sistema Aduanero*

Decreto n° 2.974 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial de la Ley Orgánica de Aduanas relativo al Sistema Aduanero Automatizado. *G.O.* n° 37.967 de 25-6-2004.

VI. DESARROLLO SOCIAL

1. *Régimen de Protección de Niños y Adolescentes*

Directrices del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente para la Formulación, Evaluación y Seguimiento de los Planes de Acción y de Aplicación. *G.O.* n° 37.854 de 9-1-2003.

Directrices del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente para determinar los Rubros a financiar en los Programas y Proyectos presentados al Fondo Nacional de Protección del Niño y del Adolescente. *G.O.* n° 37.855 de 12-1-2004.

2. *Educación*

A. *Educación Preescolar, Básica, Media y Diversificada*

Resolución n° 09 del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, por la cual se dictan las Pautas para realizar modificaciones pedagógicas y curriculares en forma progresiva y con carácter experimental en los niveles de Preescolar, Básica y Media Diversificada y Profesional, así como en las modalidades de Educación Indígena Intercultural Bilingüe, Rural y Especial, en planteles oficiales de dependencia nacional. *G.O.* n° 37.874 de 6-2-2004.

B. *Educación Superior: Consejo Nacional de Universidades*

Resolución n° 062 del Consejo Nacional de Universidades, mediante la cual se aprueban las Normas sobre el Ejercicio del Derecho de Palabra ante el Consejo Nacional de Universidades. *G.O.* n° 37.963 de 18-6-2004.

3. *Salud: Medicamentos*

Resolución n° 252 del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, mediante la cual se dictan las Normas para la Promoción y Publicidad de los Medicamentos. *G.O.* n° 37.966 de 23-6-2004.

Resolución n° 253, mediante la cual se dictan las Normas de Buenas Prácticas de Distribución de Medicamentos. *G.O.* n° 37.966 de 23-6-2004.

4. *Ciencia y Tecnología*

Resolución n° 197 del Ministerio de Ciencia y Tecnología, por la cual se dictan las Bases mediante las cuales se regirá el otorgamiento del Premio Nacional de Ciencia y Tecnología, en su edición del año 2004. *G.O.* n° 37.928 de 30-4-2004.

Resolución n° 198 del Ministerio de Ciencia y Tecnología, por la cual se dictan las Bases mediante las cuales se regirá el otorgamiento del Premio Nacional al mejor Trabajo Científico, Tecnológico y de Innovación, en su edición del año 2004. *G.O.* n° 37.928 de 30-4-2004.

Resolución n° 199 del Ministerio de Ciencia y Tecnología, por la cual se dictan las Bases mediante las cuales se regirá el otorgamiento del Premio Nacional a la Inventiva Tecnológica Popular Luis Zambrano, en su edición del año 2004. *G.O.* n° 37.928 de 30-4-2004.

VII. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

1. Régimen de protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables

A. Zonas Protectoras y de Reserva

Decreto n° 2.810 de la Presidencia de la República, mediante el cual se reforma el Decreto N° 964 del 27 de agosto de 2000, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.050 del 04 de octubre de 2000, contenido del Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso del Área Crítica con prioridad del tratamiento de la Cuenca del Lago de Valencia. *G.O.* n° 5.691 Extraordinario de 26-1-2004.

Decreto n° 2.901 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Plan de Ordenamiento y Reglamento de Uso del Refugio de Fauna Silvestre, Reserva de Pesca y Zona Protectora Caño Guaritico. *G.O.* n° 37.946 de 26-5-2004.

B. Pesca y Acuicultura

Providencia Administrativa n° 07-2004 del Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura, para regular la instalación de Artefactos, Equipos o Dispositivos de Posicionamiento en los Buques Pesqueros mayores a diez unidades de Arqueo Bruto (10 UAB). *G.O.* n° 37.862 de 21-1-2004.

Providencia Administrativa n° 08-2004 del Instituto Nacional de la Pesca y Acuicultura, para Regular la Pesca o Captura del Recurso Hidrobiológico Sardina (*Sardinella Aurita*). *G.O.* n° 37.862 de 21-1-2004.

C. Instituto Panamericano de Geografía e Historia (IPGH)

Resolución n° 166 del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, por la cual se dicta el Reglamento Interno de la Sección Nacional Venezuela del Instituto Panamericano de Geografía e Historia (IPGH). *G.O.* n° 37.900 de 17-3-2004.

2. Régimen de las Comunicaciones

A. Telecomunicaciones

Resolución n° 357 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), Contentiva del Plazo Adicional para la Consignación de la Solicitud de Transformación de los Títulos de Concesión o Permiso Otorgados con Anterioridad a la Entrada en Vigencia de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. *G.O.* n° 37.894 de 9-3-2004.

Resolución n° 408 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las condiciones bajo las cuales los Operadores de los Servicios Móviles de Telecomunicaciones podrán ofrecer Itinerancia o Roaming a sus Abonados. *G.O.* n° 37.907 de 26-3-2004.

Providencia n° 430 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), mediante la cual se dictan los Parámetros de Calidad de Servicio para los Servicios de Telefonía Fija Local, Larga Distancia Nacional, Larga Distancia Internacional y Telefonía Móvil. *G.O.* n° 37.968 de 28-6-2004.

a. *Tributos*

Resolución n° 400 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan las Normas para el Registro de Contribuyentes de los Tributos de Telecomunicaciones. *G.O.* n° 37.894 de 9-3-2004.

Resolución n° 401 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), por la cual se dictan los Requisitos para Declarar y pagar los Tributos de Telecomunicaciones. *G.O.* n° 37.894 de 9-3-2004.

B. *Medios de Comunicación: Prensa Extranjera*

Resolución n° 053, por la cual se dictan las Normas para la Acreditación de Corresponsales de Prensa Extranjera en la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* n° 37.930 de 4-5-2004.

3. *Régimen de Transporte y Tránsito*

A. *Transporte y Tránsito Terrestre: Transporte Público de Pasajeros*

Resolución Conjunta n° 159 y 041 de los Ministerios de la Producción y el Comercio y de Infraestructura, por la cual se establece la tipología de las unidades de vehículos de cinco (5) puestos que presten el servicio de transporte público de pasajeros, bajo las especificaciones Técnicas que en ella se señalan. (Reimpresa por la Resolución Conjunta n° 173 y 068, según *G.O.* n° 37.959 del 14/06/2004). *G.O.* n° 37.936 de 12-5-2004.

B. *Transporte y Tráfico Marítimo: Organización Marítima Internacional*

Ley Aprobatoria de las Enmiendas de 1991 al Convenio Constitutivo de la Organización Marítima Internacional, aprobadas por la Asamblea de la OMI, mediante Resolución A.724(17), en su 17° Período de Sesiones, el 7 de noviembre de 1992. *G.O.* n° 37.870 de 2-2-2004.

Comentario Legislativo

COMENTARIOS AL DECRETO 2.876 SOBRE MEDIDAS TEMPORALES PARA EL ESTABLECIMIENTO DE MONTOS Y CATEGORÍAS DE CONTRATOS RESERVADOS PARA LAS EMPRESAS ALTERNATIVAS

Adolgo Ledo Nass
Abogado

I. CONSIDERACIONES GENERALES ENTORNO AL DECRETO 2.876

El Presidente de la República, en Consejo de Ministros dictó, con fundamento en el artículo 6 de la Ley de Licitaciones¹, el Decreto n° 2.876 mediante el cual se establecieron las Medidas Temporales para el Establecimiento de Montos y Categorías de Contratos Reservados para las Empresas Alternativas Fabricantes de Bienes, Prestadoras de Servicios y Ejecutoras de Obras² (en lo sucesivo, Decreto 2.876), el cual, según su exposición de motivos, tiene como objetivo “(...) impulsar el proceso de descentralización y desconcentración de las regiones, permitiendo así un mejoramiento en la distribución territorial del ingreso, sobre la base del aprovechamiento de las potencialidades existentes en cada región, las cuales serán expresadas a través de inversiones que promuevan las actividades productivas locales.”

El Decreto 2.876 se inscribe dentro de las llamadas “medidas temporales para la promoción del desarrollo del sector productivo nacional”, las cuales, según su origen, pueden clasificarse en: (i) medidas fijadas por el ente licitante; (ii) medidas aplicables directamente por mandato de la Ley; y, (iii) medidas adoptadas por el Presidente de la República.

Las primeras están establecidas en el artículo 7 de la Ley de Licitaciones, el cual autoriza al ente licitante a aplicar, en los criterios de calificación que se fijen en los pliegos de condiciones, medidas para fomentar el desarrollo nacional mediante prescripciones relativas al contenido nacional de la oferta. Las segundas, es decir, aquellas aplicables directamente por mandato de la Ley, están previstas en el artículo 8 de la Ley de Licitaciones, según el cual se establecen medidas para favorecer el sector nacional, aplicables de manera directa para la selección entre ofertas que se encuentren en un rango no mayor al cinco por ciento (5%) del precio evaluado o puntaje obtenido, según el caso, respecto a la oferta que resulte mejor evaluada.³

1. Publicada en la *Gaceta Oficial* n° 5.556 Extraordinario de fecha 13 de noviembre de 2001.

2. Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.915 del 12 de abril de 2004.

3. En estos casos, entre las ofertas que se encuentre en tal rango, se preferirán, en los términos definidos en los pliegos, las siguientes: (i) En la adquisición de bienes, se preferirá la oferta con mayor agregado nacional; (ii) En la contratación de obras y servicios, se preferirá la oferta que sea presentada por una empresa cuyo domicilio principal esté en Venezuela, tenga mayor incorporación de partes e insumos nacionales y mayor participación de recursos humanos nacionales, incluso a nivel directivo.

Por último, las terceras medidas de promoción y, en definitiva, las que interesan a los efectos de estos breves comentarios, son aquellas establecidas en el artículo 6 de la Ley de Licitaciones, según el cual, el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, podrá dictar medidas temporales aplicables a las contrataciones de los entes sujetos a la Ley de Licitaciones. La finalidad de estas medidas es servir de instrumento de promoción del desarrollo del sector productivo nacional o, en caso de ser necesario, compensar condiciones adversas o desfavorables, según expresamente lo dispone el artículo 6 *eiusdem*.⁴

Consideramos oportuno acotar que no es la primera vez que el Ejecutivo Nacional dicta “Decretos de Promoción” del sector productivo nacional, por el contrario, sobre la base de las disposiciones del artículo 6 de la Ley de Licitaciones han sido dictados distintos Decretos orientados al establecimiento de márgenes de preferencia y contrataciones reservadas a determinadas categorías de contratistas.

Así, fueron dictados los Decretos n° 833 y 834 que establecieron las Normas sobre Medidas Temporales de Promoción para la Reactivación de los Sectores de la Construcción y Manufacturero respectivamente.⁵ Igualmente fue publicado el Decreto n° 1.892 mediante el cual fueron dictadas las “Medidas temporales para la promoción y desarrollo de la pequeña y mediana industria y cooperativas, productoras de bienes y prestadoras de servicios, que estén ubicadas en el país” (en lo sucesivo, Decreto 1.892)⁶. Dicho Decreto tiene por objeto el establecimiento de márgenes de preferencia, contratos reservados y la utilización de esquemas de contratación que impliquen la incorporación de bienes con valor agregado nacional, transferencia de tecnología, y la incorporación de recursos humanos, a los fines de incentivar el desarrollo de la economía nacional.⁷

Ahora bien, conforme lo dispuesto en el artículo 12 del Decreto 2.876, conjuntamente con las reservas establecidas en su texto, los entes licitantes deberán incorporar en los criterios de calificación de empresas y evaluación de las ofertas, las medidas de promoción vigentes. Siendo que el Decreto 1.892 estará vigente hasta el 29 de julio de 2005, se aplicará conjuntamente con el Decreto 2.876. Consideramos que la aplicación conjunta de ambos Decretos es posible, pues el objeto de cada uno de ellos es distinto, ya que el Decreto 1.892 está orientado a favorecer la industria nacional atendiendo al valor agregado nacional de la oferta y el decreto 2.876 simplemente reserva montos y categorías contractuales a determinada categorías de empresas.

4. La Ley de Licitaciones establece, a título enunciativo, las medidas que pueden adoptarse, a saber: (i) El establecimiento de márgenes de preferencia; (ii) La fijación de categorías o montos de contratos reservados a contratistas nacionales; (iii) La utilización de esquemas de contratación que impliquen la incorporación de bienes con valor agregado nacional, transferencia de tecnología, incorporación de recursos humanos, programación de entregas, desarrollo y fortalecimiento de empresas productoras de bienes y prestadoras de servicios con capital nacional, o cuyo domicilio principal esté en Venezuela o en determinadas regiones del país, así como a pequeñas y medianas empresas.

5. Ambos Decretos fueron publicados en la *Gaceta Oficial* n° 36.956 del 23 de mayo de 2000.

6. Publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.494 del 30 de julio de 2002.

7. A nuestro entender, el Decreto 1.892, a diferencia del Decreto 2.876, salvaguarda el derecho a la igualdad de todos los participantes en el procedimiento licitatorio, dado que independientemente del grado de Valor Agregado Nacional de su oferta, los porcentajes de preferencia establecidos en su texto se aplican a todas las empresas participantes, garantizando con ello la igualdad en la licitación. Tal situación no se corresponde con lo establecido en el decreto 2.876, pues, como veremos más adelante, su aplicación es parcial, dirigida a cierta categoría de empresas, en detrimento de otras que estando capacitadas para ejecutar el objeto contractual licitado, son excluidas de la contratación sin que exista una adecuada justificación para ello.

Sin embargo, creemos que los entes licitantes deben poner especial cuidado al aplicar conjuntamente estas medidas, a los fines de evitar conceder ventajas desproporcionadas a determinadas categorías de contratistas que hagan inoperante la sustanciación de procedimientos licitatorios.

1. *Ámbito de aplicación del Decreto 2.876*

El Decreto 2.876 tiene un triple ámbito de aplicación: objetivo, subjetivo y temporal. En tal sentido, el Decreto 2.876 tiene por objeto aplicar “(...) *preferencias de contratos reservados, por monto y categoría, para las empresas alternativas dedicadas a la fabricación de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras.*” es decir, el objeto fundamental del Decreto 2.876 es reservar determinada categoría de contratos a las llamadas “Empresas Alternativas” atendiendo al monto de la contratación y su objeto. Asimismo, el Decreto 2.876 señala que las “Empresas Alternativas” “(...) *deberán estar ubicadas en las regiones donde los entes y órganos sujetos al Decreto con Fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones lo requieran.*”⁸

Desde un punto de vista subjetivo, el Decreto 2.876 aplica a los órganos y entes sujetos a la Ley de Licitaciones (artículo 3º), es decir, todos los órganos y entes pertenecientes a las Administraciones Públicas Nacionales, Estadales y Municipales, así como de los demás órganos del Poder Público en todos los niveles Político Territoriales, deberán respetar las reservas contenidas en el Decreto 2.876, so pena de incurrir en las sanciones establecidas en la Ley de Licitaciones.

Por último, la aplicación del Decreto 2.876 está limitada en el tiempo (aplicación temporal), pues conforme lo dispone su artículo 16, éste tendrá una vigencia de un (1) año contado a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial*. En tal sentido, siendo que dicho Decreto fue publicado el 12 de abril de 2004, las reservas y preferencias establecidas en su texto estarán vigentes hasta el 12 de abril de 2005.

2. *Obligaciones impuestas a los entes licitantes*

Además de las obligaciones orientadas a la reserva de estos contratos a las “Empresas Alternativas”, se establecen una serie de cargas dirigidas a los entes licitantes derivadas de la aplicación de este Decreto. En efecto, la primera de las obligaciones establecidas en el Decreto 2.876, es la consagrada en su artículo 5º según el cual, los entes licitantes deberán desarrollar e implementar cursos de capacitación a las empresas alternativas “(...) *sobre los procesos de contratación y, en caso de ser necesario, sobre el objeto y los mecanismos de ejecución de las contrataciones.*”

Entendemos que estas obligaciones están dirigidas a garantizar, no sólo que la adjudicación se realice a una “Empresa Alternativa”, sino además que el adjudicatario cuente con la experticia necesaria para ejecutar el contrato. Si bien es cierto que estas medidas están orientadas a la formación de mano de obra calificada a través de la utilización de los recursos del Estado, finalidad propia de un Estado Social como lo es Venezuela según expresa disposición

8. Consideramos que la posibilidad de elegir contratistas atendiendo a la ubicación geográfica de los mismos podría ser considerada una limitación aceptable a la libertad de concurrencia en el procedimiento licitatorio, siempre y cuando ésta limitación sea de carácter temporal, obedezca a la necesidad de promover el desarrollo económico de una determinada región del país y se encuadre dentro de un plan general de desarrollo económico. En caso contrario, estimamos que dicha limitación no sería razonable ni adecuada y viciaría el procedimiento licitatorio por contrariar uno de sus principios rectores: *el principio de libre concurrencia.*

del artículo 2 de la Constitución, no es menos verdad que estas obligaciones harán mucho más onerosa la contratación para el ente licitante, pues no sólo deberá pagar el monto del contrato, sino además la capacitación de quien lo ejecutará.

Asimismo, conforme lo dispuesto en el artículo 6° del Decreto 2.876, se establece una obligación formal a los entes licitantes en virtud de la cual deberán hacer mención a la aplicación del Decreto en los procesos de licitación selectiva y de adjudicación directa que sus-tancien. Estimamos que esta obligación tiene una doble finalidad; primero, darle publicidad al Decreto a los fines de que un mayor número de contratistas conozcan de su aplicación y exijan sus beneficios; segundo, permitir a los órganos competentes controlar su aplicación.

Es de destacar que el Decreto sólo hace referencia a las licitaciones selectivas y adjudicaciones directas, en virtud de que, por los montos de los contratos reservados, éstos son los procedimientos que correspondería sustanciar. Sin embargo, consideramos que ello no es óbice para que, en caso de que se realice una licitación general -a los fines de garantizar una mayor participación de estas “Empresas Alternativas”- en el llamado a licitación se haga expresa mención a la aplicación del Decreto 2.876.

Además, se establece la obligación a los entes licitantes de remitir al Servicio Nacional de Contrataciones, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la suscripción de cada contrato celebrado con “Empresas Alternativas”, una relación en la cual se especifique el número, la fecha, objeto y monto de cada contrato, así como el lugar de ejecución, denominación jurídica del contratista y número de Registro de Información Fiscal (RIF). (artículo 8°). Entendemos que tal obligación tiene por objeto llevar un control de la aplicación del Decreto 2.876, a los fines de determinar su alcance y resultados. Adicionalmente, consideramos que los entes licitantes deberán, además de suministrar la información antes mencionada, informar al Servicio Nacional de Contratistas acerca del desempeño de la “Empresa Alternativa” adjudicataria del contrato, a los fines de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley de Licitaciones.

Por último, el artículo 9° del Decreto 2.876 establece como obligación a los entes licitantes otorgar anticipos para la ejecución de los contratos reservados entre un diez por ciento (10%) hasta un cincuenta por ciento (50%) del monto de la contratación atendiendo a su disponibilidad presupuestaria. Claro está, estos anticipos deben otorgarse previa presentación de una fianza por un monto igual al del anticipo que se otorgue, emitida por una compañía de seguros o entidad bancaria de acuerdo a la normativa de la Superintendencia de Seguros o la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, según el caso.⁹

3. *Empresas beneficiarias de las reservas contractuales*

Las reservas y beneficios establecidos en el Decreto 2.876 están dirigidos a las “Empresas Alternativas”, entendidas, según la definición del artículo 2 *eiusdem*, como las “(...) personas naturales o jurídicas, de carácter social y participativo, con domicilio principal y excluyente de cualquier otro en Venezuela, que hayan sido constituidas de acuerdo a la legislación que le sea aplicable; tales como cooperativas, empresas familiares, microempresas y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo (...)”. Asimismo, son beneficiarias de las reservas establecidas en el Decreto 2.876, las empresas que no excedan

9. Cabe acotar que constituye un supuesto de responsabilidad administrativa el otorgar anticipos sin cumplir con la obligación de solicitar la debida garantía conforme lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.347 del 17 de diciembre de 2001.

de cuarenta (40) trabajadores en promedio anual "(...) y cuyo nivel estimado de contratación financiera (NECF) esté comprendido entre los niveles I y III establecidos en el régimen respectivo."¹⁰

Nótese que el Decreto 2.876 señala, como modalidades de "Empresas Alternativas" a las "cooperativas", "empresas familiares", "microempresas" y a "cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo", así como las empresas que en promedio anual no excedan de cuarenta (40) trabajadores, por lo que son estas empresas y no otras las beneficiarias de las reservas establecidas en su texto. No obstante, es necesario realizar algunas precisiones al respecto.

En primer lugar, debemos señalar que el Decreto no define cada una de las modalidades de "Empresas Alternativas" que enumera en su artículo 2, lo que provoca una indeterminación en las empresas beneficiarias de las reservas en él contenidas que dificulta su aplicación y pudiera derivar en su interpretación arbitraria por parte de los entes licitantes.

En efecto, si bien es cierto que la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas define qué debe entenderse por "cooperativas"¹¹ y la Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero da una definición de microempresario¹², no encontramos en el ordenamiento jurídico venezolano definiciones concretas de las otras modalidades de empresas a las cuales están dirigidas las reservas y beneficios del Decreto 2.876; por el contrario, sólo encontramos menciones genéricas a las llamadas "empresas familiares" y de las empresas englobadas en el término "cualquier otra forma de asociación para el trabajo"¹³, lo que, sin duda, dificulta la correcta aplicación de Decreto 2.876.

-
10. El Decreto 2.876 no define qué debe entenderse por "nivel estimado de contratación financiera (NECF) entre los niveles I y III"
 11. Las empresas cooperativas son definidas en el artículo 2° de la Ley Especial de Asociaciones Cooperativas como "(...) asociaciones abiertas y flexibles, de hecho y derecho cooperativo, de la Economía Social y Participativa, autónomas, de personas que se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, para generar bienestar integral, colectivo y personal, por medio de procesos y empresas de propiedad colectiva, gestionadas y controladas democráticamente."
 12. La Ley de Creación, Estímulo, Promoción y Desarrollo del Sistema Microfinanciero define a los microempresarios como "Persona natural o jurídica, que bajo cualquier forma de organización o gestión productiva, desarrolle o tenga iniciativas para realizar actividades de comercialización, prestación de servicios, transformación y producción industrial, agrícola o artesanal de bienes. En el caso de persona jurídica deberá contar con un número total no mayor de diez (10) trabajadores o generar ventas anuales hasta por la cantidad de nueve mil Unidades Tributarias (9.000 U.T.)."
 13. El artículo 308 de la Constitución establece como fin del Estado la protección y promoción de la pequeña y mediana industria, las cooperativas, las cajas de ahorro, así como también la empresa familiar, la microempresa y cualquier otra forma de asociación para el trabajo, el ahorro y el consumo, bajo régimen de propiedad colectiva, con el fin de fortalecer el desarrollo económico del país, sustentándolo en la iniciativa popular, asegurando la capacitación, asistencia técnica y el financiamiento oportuno. Igualmente, encontramos menciones genéricas a estas categorías de "Empresas" en distintas normas de rango sublegal; tales como: el Decreto Presidencial n° 2.898, mediante el cual se crea con carácter permanente la Comisión Presidencial para el apoyo e incorporación de la pequeña y mediana industria, asociaciones cooperativas, microempresas, empresas familiares y demás formas asociativas, en las actividades que allí se mencionan, la cual tendrá por finalidad el estudio, formulación, coordinación, seguimiento y evaluación del plan extraordinario "Misión Vuelvan Caras", con el objeto de incorporar a la asociación comunitaria en el proceso de transformación económica y social del estado, a través de la creación de núcleos de desarrollo endógeno y de nuevas fuentes de trabajo, en los términos que en el se indican, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.966 del 23 de junio de 2004; la Resolución dictada por el Ministerio del Trabajo por la cual se reforma el contenido de la Resolución Ministerial n° 2.888, de fecha 19 de septiembre de 2003, publicada en la

En segundo lugar debemos señalar que, atendiendo a la letra del artículo 2 del Decreto 2.876, las “Empresas Alternativas” de carácter social y participativo, domiciliadas en Venezuela y constituidas conforme la legislación que les sea aplicable, serán beneficiarias de las reservas en él establecidas. Nótese que los elementos determinantes para la aplicación del Decreto 2.876 son: (i) que se trate de empresas de carácter social y participativo; (ii) que el domicilio de la empresa sea Venezuela y, (iii) que su constitución se haya realizado conforme a la legislación que le sea aplicable.

A nuestro entender, dada la indeterminación de las empresas beneficiarias de las reservas, las empresas de capital extranjero podrían participar en los procedimientos licitatorios para contratos reservados, aún cuando ello no pareciera ser la intención del Decreto. Ciertamente, si pensamos en una compañía multinacional con una sucursal en Venezuela, no queda duda que se trata de una empresa extranjera, conforme al Pacto Subregional Andino. Sin embargo: (i) la sucursal abierta en Venezuela mediante la constitución de una persona jurídica es una sociedad mercantil cuyo carácter social y participativo podría derivar de sus estatutos sociales; (ii) su domicilio es Venezuela, conforme el artículo 354 del Código de Comercio y sus actividades económicas se entienden ejercidas en Venezuela por expresa disposición del artículo 7 de la Ley de Impuesto sobre la Renta; y (iii) ha sido constituida conforme la legislación que le es aplicable (i.e. Código de Comercio). De allí que, a pesar de que no pareciera ser la intención del legislador, podría permitirse la participación de empresas de capital extranjero en los procedimientos licitatorios sustanciados para los contratos reservados.

No obstante lo anterior, la intención del legislador es que las empresas de capital nacional que encuadren en la definición de “Empresas Alternativas” –a pesar de su indeterminación- y que reúnan las anteriores características *concurrentemente* gozarán, en los procedimientos de selección regidos por la Ley de Licitaciones, de categorías de contratos y montos de contratación reservados (e.g. Adquisición de Bienes y Prestación de servicios hasta 10.000 U.T. y ejecución de obras hasta 12.000 U.T.).¹⁴

Por último, estimamos que para garantizar que los beneficios derivados de la aplicación del Decreto 2.876 llegue a un mayor número de “Empresas Alternativas”, los entes licitantes no deberían limitarse a sustanciar procedimientos de licitación selectiva y adjudicación directa aún cuando por los montos de los contratos reservados estos sean los que correspondan, sino que, por el contrario, deberían sustanciar procedimientos de licitación general, pues ello propiciará una mayor concurrencia de oferentes, lo que redundará en la transparencia de estos procedimientos y, definitivamente, en la selección de la oferta más favorable a los intereses del ente licitante.

Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.781, de fecha 23 de septiembre de 2003 (Mediante la cual se dispuso que el Ministerio del Trabajo, debe fomentar el financiamiento oportuno a través de aportes y créditos a las pequeñas y medianas industrias, asociaciones, cooperativas, empresas familiares, microempresas y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, con el objeto de fortalecer y crear fuentes de empleo), publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.849 del 2 de enero de 2004; Resolución por la cual se dispone que el ministerio del trabajo fomentara el financiamiento oportuno, a través de aportes y créditos a las pequeñas y medianas industrias, asociaciones cooperativas, empresas familiares, microempresas y cualquier otra forma de asociación comunitaria para el trabajo, con el objeto de fortalecer y crear fuentes de empleo, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.781 del 23 de septiembre de 2003, entre otras.

14. Adicionalmente, conforme lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 2.876, las empresas que opten por las reservas en él establecidas deberán consignar ante el ente licitante una declaración jurada, en la cual manifiesten: (i) Identificación de la empresa, del representante de ésta quien suscribe la declaración jurada y el carácter con que actúa; (ii) Número de trabajadores y, (iii) Autorización al órgano o ente contratante para que sean practicadas, cuando sea necesario, las auditorías que fuesen necesarias para verificar la veracidad de la información suministrada.

4. *Categorías de contratos reservados a las empresas alternativas*

El artículo 4 del Decreto 2.876 reserva determinadas categorías contractuales a las “Empresas Alternativas” atendiendo al monto de la contratación y a las características del contrato. En tal sentido, atendiendo al monto de la contratación quedaron reservadas las contrataciones para la adquisición de bienes o prestación de servicios, que no excedan de diez mil unidades tributarias (10.000 UT). En el caso de la ejecución de obras, dicho monto asciende a doce mil unidades tributarias (12.000 UT). Por lo que respecta a las categorías contractuales reservadas, el Decreto 2.876 hace una larga enumeración de bienes (lencería y prendas de vestir), servicios (limpieza y aseo, mantenimiento, transporte y mudanzas, vigilancia, jardinería, mecánica y mensajería) y obras (obras menores de instalación y terminación y remodelaciones) reservadas a las llamadas “Empresas Alternativas”.¹⁵

II. EL DECRETO 2.876 ES VIOLATORIO DE PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO LICITATORIO

1. *El Decreto 2.876 es contrario al principio de igualdad*

Consideramos que el Decreto 2.876 viola el derecho a la igualdad y no discriminación consagrado en el artículo 21 de la Constitución, derecho que se erige como un principio fundamental de la licitación pública y que se traduce en la imposibilidad de conceder prerrogativas y privilegios o negar derechos, de manera distinta y sin razonable justificación, a sujetos que se encuentren en iguales circunstancias.

En el ámbito de la licitación este principio se contrae a asegurar que todos los posibles contratistas se encuentren en similares condiciones y con idénticas posibilidades de ejecutar los trabajos requeridos por el ente licitante. Y es que el Estado, tal y como lo señala Expósito Vélez, tiene la obligación de “(...) actuar conforme a la regla de no discriminación, haciendo posible que la igualdad pueda ser real y efectiva, concretamente permitiendo que, como desarrollo de la publicidad, se de una igualdad de acceso a todas las personas (naturales o jurídicas) que quieran contratar con la Administración (...)”.¹⁶

La igualdad es entonces un postulado fundamental de la Licitación Pública que impone al Estado permitir la libre y paritaria participación en el procedimiento licitatorio, procurando evitar establecer trabas al acceso de determinada categoría de contratistas para favorecer a otras, pues tales limitaciones de acceso dificultan la obtención de la oferta favorable al interés general, dado que habrá un menor número de ofertas entre las que podrá escoger el ente licitante lo que sin duda disminuye la competencia y, en consecuencia, la eficiencia del procedimiento.

Por tanto, estimamos que, siendo que el Decreto 2.876 impone trabas y limitaciones a la libre concurrencia de participantes al procedimiento licitatorio, al establecer categorías y montos contractuales reservados a determinada categoría de empresas, en detrimento de otras que se encuentran igualmente capacitadas para ejecutar los contratos proyectados por el ente público licitante, dicho Decreto menoscaba injustificadamente la igualdad jurídica que debe prevalecer en la selección de los contratistas del Estado.

15. En concreto sobre las contrataciones reservadas *vid.* Artículo 4 del Decreto 2.876

16. Expósito Vélez, Juan Carlos, *La configuración del contrato de la Administración Pública en el Derecho Colombiano y Español. Análisis de la selección de contratistas*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 561.

2. *El Decreto 2.876 es contrario al principio de libre concurrencia*

El Decreto 2.876 es igualmente violatorio del principio de libre concurrencia que informa el procedimiento licitatorio. En efecto, la razón ético-jurídica de la licitación pública radica en que la oferta pueda ser presentada por todo aquel que hallándose en condiciones legales desee presentar su proposición. Es este el fundamento básico del principio de libre concurrencia, el cual supone una prohibición para el Estado de imponer restricciones u obstáculos que impidan el libre acceso al procedimiento de licitación. La concurrencia, como señala Monedero, posibilita la defensa del interés económico del Estado en la preparación del contrato, pues sólo operando dentro de un mercado de competencia perfecta cabe obtener la mejor oferta¹⁷.

Y es que la concurrencia “(...) debe ser libre; esto es, cualquier persona que conozca de la posible contratación a realizar puede participar en dicho procedimiento en igualdad de condiciones, sin restricción alguna, es decir, sin que haya una precalificación de algunos (con mejor derecho) que sólo ellos puedan presentarse como oferentes en un procedimiento concursal.¹⁸ No puede el Estado, en consecuencia, establecer limitaciones indebidas a la libre concurrencia de participantes al procedimiento licitatorio; debe, por el contrario, favorecer la participación del mayor número de posibles oferentes, pues procurar una mayor concurrencia estimula la competencia y promueve la eficiencia, al exigir que el participante presente una mejor oferta, no sólo en términos económicos sino también técnicos, para así asegurarse la adjudicación.

Debemos destacar que si bien es legítimo que el Estado, atendiendo a las características propias del objeto de la contratación proyectada, limite la participación en el procedimiento licitatorio a una determinada categoría de contratistas, atendiendo a la especialización de la contratación y a los conocimientos técnicos requeridos para llevar a cabo la misma, dicha legitimidad en la exclusión de participantes se pierde si no obedece a criterios de razonabilidad y adecuación. Cualquier limitación a la libre concurrencia de participantes debe atender a fundamentos técnicos, debe ser razonable y debe adecuarse al caso concreto que pretende regular, pues de lo contrario, el procedimiento licitatorio estaría viciado de nulidad por contrariar el principio fundamental de la libertad de concurrencia.

En el caso del Decreto 2.876, las limitaciones a la libre concurrencia de participantes no se basan en parámetros técnicos ni obedecen a criterios de razonabilidad y adecuación; por el contrario, las medidas adoptadas en su texto parecieran arbitrarias, pues favorecen a las llamadas “Empresas Alternativas” independientemente que éstas cuenten o no con la experticia y conocimientos técnicos necesarios para llevar a cabo la contratación.¹⁹

17. Monedero Gil, José Ignacio, “Doctrina del contrato del Estado”, citado por Dromi, Roberto, *Licitación Pública*, Ediciones Ciudad Argentina, p. 99

18 Expósito Vélez, *ob. cit.* p. 590

19. Evidencia de que las preferencias y reservas establecidas en el Decreto 2.876 son otorgadas a las “Empresas Alternativas” sin atender a su especialización técnica ni a parámetros objetivos de selección, se encuentra en lo dispuesto en el artículo 5 de dicho Decreto, según el cual, los entes licitantes deberán desarrollar e implementar cursos y programas de capacitación, a las “Empresas Alternativas”, sobre los procesos de contratación y, en caso de ser necesario, sobre el objeto y los mecanismos de ejecución de las contrataciones. Tal obligación, como ya se dijo, impone al ente contratante una carga adicional que hace más onerosa la contratación, pues en vez de contratar con quien cuenta con la experticia para llevar a cabo el objeto contractual, deberá contratar con empresas no capacitadas, deberá prestarle los cursos de capacitación requeridos para que puedan cumplir con el objeto contractual y, además, deberá pagar el monto del contrato.

Tomando en cuenta lo anterior, consideramos que el Decreto 2.876 establece limitaciones indebidas a la participación de empresas en los procedimientos licitatorios, lo que disminuye la competencia efectiva entre los posibles oferentes y dificulta la obtención de la propuesta más favorable a los intereses del Estado. Igualmente, entendemos que las limitaciones a la libre participación de oferentes establecidas en dicho Decreto, no cuentan con una justificación razonable basada en la mayor eficiencia de la contratación ni en la posibilidad de obtener una mejor oferta, por lo que, en nuestra opinión, las reservas de categorías contractuales a las llamadas “Empresas Alternativas” constituyen una violación al principio de libre concurrencia que informa el procedimiento licitatorio.

3. *El Decreto 2.876 es violatorio del principio de transparencia*

El Decreto 2.876 es, además, contrario al principio de transparencia que debe informar la actuación del Estado en la sustanciación de los procedimientos licitatorios. Ciertamente, la posibilidad de todos los particulares de competir en igualdad de condiciones en un procedimiento licitatorio, la posibilidad de concurrir al procedimiento libre de trabas para poder ejercer el derecho de todo particular a su libertad económica, configuran a su vez otro principio fundamental que informa el procedimiento licitatorio, como es el de transparencia, ya que el procedimiento licitatorio debe reflejar un manejo pulcro e íntegro de las finanzas públicas, con miras a la protección y tutela del interés general, y no a favor de intereses particulares. En este sentido se ha pronunciado la doctrina –Expósito Vélez- al señalar que este principio “(...) consiste en que la actividad contractual debe realizarse de manera pública e imparcial, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades en el acceso a la contratación, la elección objetiva de los contratistas y la moralidad administrativa (...)”²⁰

En el caso del Decreto 2.876, no se cumplen los postulados enumerados por Expósito Vélez, desde que no se otorga igualdad de oportunidades de acceso a la licitación, pues se reservan contrataciones sin una razonable justificación a las llamadas “Empresas Alternativas” en detrimento de otras empresas (nacionales y extranjeras) igualmente capacitadas para ejecutar el objeto contractual.

Asimismo, la selección no se produce sobre la base de parámetros objetivos, pues el Estado está limitado en su elección a una determinada categoría de contratistas, entre los que debe elegir aún cuando éstos no cuenten con los conocimientos técnicos para llevar a cabo el objeto contractual, pues aún en dicho caso, el Estado deberá adjudicar la buena pro y posteriormente dictar los cursos de capacitación necesarios para que la “Empresa Alternativa” seleccionada pueda ejecutar el contrato, aún cuando existan contratistas que objetivamente y sin necesidad de capacitación previa por parte del Estado, puedan ejecutarlo satisfactoriamente.

Por último, consideramos que la moralidad administrativa se ve igualmente comprometida, pues la selección de contratistas sobre la base de un universo parcial de los mismos dificulta la escogencia de la mejor oferta en términos técnicos y económicos, al no existir la certeza de seleccionar el contratista más idóneo en razón de la igualdad que rige el procedimiento licitatorio y del interés público que subyace en la contratación administrativa, lo que representa un manejo poco pulcro de las finanzas del Estado que compromete la transparencia que debe regir el procedimiento licitatorio.

20. Expósito Vélez, *ob. cit.* p. 582

En tal sentido, creemos que la reserva de determinadas contrataciones a cierta categoría de empresas realizada por el Decreto 2.876, independientemente de las condiciones y monto de la oferta presentada, en detrimento de las empresas extranjeras y otras empresas nacionales que no se encuadran en la clasificación de “Empresas Alternativas” aún cuando sus ofertas sean las más convenientes a los intereses del ente licitante, constituye una clara violación del principio de transparencia en el manejo de las finanzas públicas, pues existe menor posibilidad de que el ente licitante encuentre aquella oferta más favorable al interés general que está llamado a tutelar.

4. *Reflexión final. Adecuación del Decreto 2.876 a la finalidad de la Licitación Pública*

Independientemente de la contradicción reinante entre los principios fundamentales que rigen el procedimiento licitatorio y el Decreto 2.876, debemos considerar si estas medidas se adecuan o no a la finalidad perseguida por la Licitación Pública.

En este sentido, si entendemos que el objeto fundamental de los procedimientos de selección de contratistas es garantizar la igualdad de todos los participantes desde su inicio hasta la adjudicación de la buena pro, manteniendo todas las ofertas en la misma situación y con idénticas oportunidades, para con ello promover la competencia entre los participantes en el procedimiento y obtener la oferta que sea cónsona con el interés general, debe concluirse entonces que cualquier medida que se adopte con la finalidad de romper esa igualdad jurídica que por principio debe regir la Licitación Pública, es contraria a la finalidad misma de los procedimientos selectivos.

Si bien es cierto que es muy loable la intención de promover la industria nacional para favorecer su desarrollo y consolidación, estimamos que el establecimiento de medidas como las establecidas en el Decreto 2.876 no son las más idóneas para alcanzar dicho objetivo, pues éstas están reñidas con la esencia misma de los procedimientos licitatorios. Es por ello que estimamos que en vez de adoptarse medidas restrictivas de la igualdad y competencia que deben reinar en la Licitación Pública, el Estado debería optar por otorgar incentivos fiscales u otro estímulo económico, propios de la actividad de fomento, las cuales tienen por finalidad procurar el desarrollo de la industria nacional, sin incidir directamente en el procedimiento licitatorio.²¹

21. Sobre este particular *Vid.* Hernández González, José Ignacio, *El Decreto 1892 y las medidas de promoción del desarrollo económico en el procedimiento Licitatorio*, en *Revista de Derecho Administrativo* n° 15, Editorial Sherwood, 2002, pp. 329 y sig.

DOCTRINA ADMINISTRATIVA

Doctrina Administrativa

*Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Primer Semestre de 2004**

Recopilación y selección
por José Ignacio Hernández G.
*Profesor de la Universidad Monteávila,
Universidad Católica Andrés Bello y
Profesor Invitado del Instituto de
Estudios Superiores de Administración (IESA)*

SUMARIO

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Conceptos claves de la libre competencia.* A. Marco constitucional de la libre competencia. B. Concepto y funciones de la libre competencia. C. Ámbito de aplicación de la LPPLC. D. Naturaleza y funciones de la SPPLC. 2. *El mercado relevante.* A. Concepto de mercado relevante. B. Definición de mercado producto. C. Definición de mercado geográfico. D. Definición de mercado temporal.

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Decisiones colectivas.* 2. *Acuerdos entre competidores.* A. Principios generales de los acuerdos entre competidores. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de acuerdos entre competidores. 3. *Contratos verticales.* A. Principios generales de los contratos verticales. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de los contratos verticales. 4. *Prácticas exclusionarias.* A. Principios generales de las prácticas exclusionarias. B. Condiciones de procedencia de la prohibición de las prácticas exclusionarias. 5. *Boicot.* A. Principios generales del boicot. B. Condiciones de procedencia de la prohibición del boicot. 6. *Concentraciones económicas.* A. Concepto de concentraciones económicas. B. Principios generales y efectos de las concentraciones económicas. a. Efectos. C. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas. a. Metodología del análisis de las operaciones de concentraciones económicas. b. Índice de concentración. c. Condiciones de acceso al mercado. d. Efectos sobre el grado de competencia. e. Eficiencias. 7. *Competencia desleal.* A. Conceptos y efectos de la competencia desleal. B. Principios generales de la competencia desleal. C. Presupuestos de procedencia de la competencia desleal. D. Competencia desleal y publicidad. a. Concepto de publicidad. b. La publicidad engañosa y falsa.

* Abreviaturas utilizadas: LPPLC: Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia. SPPLC: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. El texto de las Resoluciones ha sido extraído de la página www.procompetencia.gov.ve. El autor agradece la colaboración prestada por David Moucharfiech en la elaboración de esta recopilación.

I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA1. *Conceptos claves de la libre competencia*A. *Marco constitucional de la libre competencia*

Caso: Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A.

Resolución: n° SPPLC/0003-2004 16-01-04

Acuerdos concertados y libertad económica

Tal y como hemos venido indicando en este acto, cada empresa debe determinar independientemente su actuación económica, incluyendo la elección de sus clientes a los que oferta o vende; sin embargo, si bien dicha independencia no priva a las empresas a reaccionar estratégicamente adaptándose a la conducta existente y anticipada de sus competidores, está prohibido cualquier contacto directo o indirecto entre tales agentes, si el objeto o efecto del mismo es influenciar la conducta del mercado de un competidor real o potencial o comunicar a tal competidor la conducta que han decidido adoptar o piensan adoptar en el mercado.

Caso: Inversiones Cotécnica C.A. v Proactiva Medio Ambiente, S.A.

Resolución: n° SPPLC/0011-2004 10-02-04

La Constitución económica

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela prevé en su Capítulo VII, del Título III, lo que ha sido denominado como Constitución Económica. En esta serie de artículos que integran el texto fundamental, se prevén los derechos y limitaciones que tiene toda persona respecto de la realización de las actividades económicas de su preferencia.

Caso: Inversiones Cotécnica C.A. v Proactiva Medio Ambiente, S.A.

Resolución: n° SPPLC/0011-2004 10-02-04

La libertad económica

El artículo 112 Constitucional, establece la libertad económica como principio orientador de las relaciones lucrativas en Venezuela. Esta libertad económica está limitada tanto por el texto Constitucional, por ejemplo la prohibición monopolística (vid. Art. 113 ejusdem), como por las Leyes de la República, una de ellas, es la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En expresión de esa libertad económica, se manifiesta el llamado principio de libertad de empresa no como la posibilidad de realizar cualquier tipo de actividad económica sino como una garantía frente a los poderes constituidos de prohibir la realización de las actividades que se realicen dentro de los límites y condiciones previstas en el ordenamiento jurídico.

Caso: Marine Supply, C.A. v Terminales Maracaibo C.A., Intershipping, C.A.

Resolución: n° SPPLC/0036-2004 04-06-04

El derecho de libertad económica y el derecho de asociación

De conformidad con el artículo 112 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la libertad económica es un derecho orientador de las relaciones lucrativas en Venezuela. Esta libertad económica está limitada tanto por el texto Constitucional, por ejemplo la prohibición monopolística (vid. Art. 113 ejusdem), como por las Leyes de la República, una de ellas, es la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

En expresión de esa libertad económica, debe tomarse en cuenta que el constituyente precisó en el artículo 52 de la Carta Magna el derecho de asociación, siempre que el mismo se ejerza con fines lícitos y de conformidad con la Ley.

B. Concepto y funciones de la libre competencia

Caso: Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A.

Resolución: n° SPPLC/0003-2004 16-01-04

Diferencias entre un mercado de competencia perfecta y un mercado monopolístico

La diferencia fundamental entre un mercado de competencia perfecta y un mercado monopolístico se encuentra en la elasticidad de la demanda, en el primer caso es infinita, (si la empresa sube el precio sus ventas caen a cero) en el segundo la empresa se enfrenta a una curva de demanda de pendiente negativa, es decir una elasticidad mucho menor. En general los consumidores son más sensibles al precio en cuanto mayor número de sustitutos cercanos existan.

Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A. (Univensa).

Resolución: n° SPPLC/0018-2004 15-03-04

Concepto de mercados contestables

Para determinar si los mercados relevantes deben catalogarse como contestables, debe precisarse no sólo la factibilidad y/o probabilidad de la entrada, sino también la oportunidad y suficiencia de tales entradas, de tal forma que las nuevas empresas puedan constituirse en competencia efectiva de las empresas participantes.

Caso: C.A. Pro-Competencia v Diageo Venezuela, C.A. y otros.

Resolución: n° SPPLC/0027-2004 28-04-04

Concepto instrumental de libre competencia

Esto es así, debido a que la competencia no es un fin en sí mismo, sino que, en todo caso, es un medio (probablemente el óptimo), para facilitar el tráfico de bienes y servicios en la sociedad, contribuyendo así con el bienestar general y optimizando la asignación de recursos.

Caso: C.A. Pro-Competencia v Diageo Venezuela, C.A. y otros¹

Resolución: n° SPPLC/0027-2004 28-04-04

Concepto y funciones de la competencia

Considera esta Superintendencia que el funcionamiento del mercado se sustenta en la natural rivalidad de los agentes económicos por captar mayor cantidad de clientes y de cuota de mercado que sus competidores. Para ello, los agentes económicos deben estar en capacidad de determinar libremente los precios y demás condiciones a los cuales estarán dispuestos a celebrar sus transacciones con clientes. Pues el sustrato de la competencia reside en la libertad de un agente económico en ofrecer un precio más bajo, que sus competidores.

1. Véase con similar criterio la Resolución: n° SPPLC/0033-2003, Caso: Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros de 14-11-03. Igualmente, en el primer semestre del año 2004, véase la Resolución: n° SPPLC/0003-2004, Caso: Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A., de 16-01-04.

Caso: Outilaser, C.A. v Emi Music Venezuela y otros.

Resolución: n° SPPLC/0031-2004 19-05-04

Concepto de poder de monopsonio

Se dice que una empresa tiene poder de monopsonio cuando por ser la única compradora en un mercado tiene cierta capacidad de influir en los precios a que se abastece (Pascual y Vicente, 2002). Tradicionalmente la participación de mercado de una empresa ha sido considerada por esta Superintendencia como una condición necesaria pero no suficiente de establecer la capacidad de afectar el mercado que tiene una firma.

C. Ambito de aplicación de la LPPLC

Caso: Inversiones Cotécnica C.A. v Proactiva Medio Ambiente, S.A.

Resolución: n° SPPLC/0011-2004 10-02-04

Los acuerdos entre la compañía matriz y la filial al cien por ciento (100%) no están sujetos a la revisión por parte de la SPPLC

Cabe resaltar que un acuerdo o una decisión entre una compañía matriz y una filial al cien por ciento (100%) o entre compañías controladas por la misma empresa, es un supuesto que escapa de la revisión por parte de este Organismo de Policía Administrativa. Sin embargo, en el caso de filiales parciales pueden surgir dificultades por cuanto si se verifica que existen derechos de veto pero no control de votos, cada empresa debe ser tratada como un agente económico independiente y los acuerdos que entre ellas se suscriban son susceptibles de configurar una restricción de la competencia entre ellas.

Caso: Almacenadora Caraballeda, C.A. v Almacenadora Broperca, C.A y otros.²

Resolución: n° SPPLC/0013-2004 03-03-04

Restricciones de la competencia amparadas por la Ley

Por tanto, si algún agente económico realiza actividades cuyos efectos podrían parecer lesivos a la esfera de derechos de su competidor, pero, sobre la base del cumplimiento de una norma; en principio, ello no configura violación de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia en tanto y en cuanto, efectivamente, esté acatando una ley y no dándole una interpretación casuística.

Sin embargo, debe tenerse en consideración que las consecuencias que se deriven del desarrollo de una actividad económica pueden ser monitoreadas por la agencia de competencia, toda vez que, como hemos señalado, la actividad de policía de la Superintendencia prela sobre los intereses de los particulares.

Caso: Outilaser, C.A. v Emi Music Venezuela y otros.

Resolución: n° SPPLC/0031-2004 19-05-04

Ambito subjetivo de aplicación de la LPPLC

2. Esta Resolución se remite a la Resolución: n° SPPLC/0020-2003, Caso: Laboratorios Substantia, C.A. vs. Meyer Productos Terapéuticos, S.A., de 08-09-03.

Por todos los razonamientos anteriores, esta Superintendencia reitera y declara expresamente que cualquier persona jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro que agrupe a quienes realicen actividad económica será sujeto de aplicación de la Ley; y su capacidad para afectar el mercado será evaluada en cada caso en concreto, tal y como se hará en el presente procedimiento con respecto a IFPI y a APROFON.

D. *Naturaleza y funciones de la SPPLC*

Caso: Almacenadora Caraballeda, C.A. v Almacenadora Broperca, C.A y otros.³

Resolución: n° SPPLC/0013-2004 03-03-04

Las funciones de la SPPLC: la policía económica y el orden público económico

La Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia, es un organismo concebido con el propósito de desempeñar una actividad de policía, la cual, ha sido definida por Merkl como aquella actividad administrativa que mediante la amenaza o el empleo de la coacción persigue la previsión o desviación de los peligros o perturbaciones del orden, en nuestro caso, hablamos del orden económico, entendido como “una aplicación concreta de la idea general de orden público al campo del quehacer económico, el cual, está conformado por reglas básicas con arreglo a las cuales se organiza la estructura y el sistema económico de la sociedad” (Cárdenas Perdomo, Orlando. *Revista de Derecho Internacional Económico*, p. 3).

Actividad ésta, que se patenta al verificar la ocurrencia de conductas o prácticas prohibidas por la ley, así, cuando la Superintendencia comprueba la comisión de una práctica anti-competitiva en ejercicio de sus facultades de policía puede ordenar su cesación, imponer condiciones u obligaciones determinadas al infractor, ordenar la supresión de los efectos de dicha práctica, imponer las sanciones prevista por la Ley, etcétera; actividades éstas que buscan garantizar la integridad de la libre competencia como expresión del orden público económico.

2. *El mercado relevante*

A. *Concepto de mercado relevante*⁴

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.

Resolución: n° SPPLC/0009-2004 30-01-04

Definición del mercado relevante

-
3. Sobre el concepto de orden público económico, véase: Resolución: n° SPPLC/0024-2003, Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A. y Genéricos Venezolanos S.A., de 15-10-03.
 4. La definición del mercado relevante, en sus dos dimensiones de mercado producto y mercado geográfico, ha sido reiterada en las Resoluciones de la SPPLC correspondientes al primer semestre del año 2004. Por tanto, los conceptos generales aquí expuestos han sido ratificados en las siguientes decisiones: Resolución: n° SPPLC/0003-2004, Caso: Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A. de 16-01-04; Resolución: n° SPPLC/0011-2004, Caso: Inversiones Cótécnica C.A. v Proactiva Medio Ambiente, S.A. de 10-02-04; Resolución: n° SPPLC/0013-2004, Caso: Almacenadora Caraballeda, C.A. v Almacenadora Broperca, C.A y otros. de 03-03-04; Resolución: n° SPPLC/0018-2004, Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A. (Univensa) de 15-03-04; Resolución: n° SPPLC/0027-2004, Caso: C.A. Pro-Competencia v Diageo Venezuela, C.A. y otros. de 28-04-04; Resolución: n° SPPLC/0029-2004, Caso: Distribuidora de Bebidas Los Andes, C.A., v Cervecería Nacional (Brama) de 14-05-04; Resolución: n° SPPLC/0031-2004, Caso: Optilaser, C.A. v Emi Music Venezuela y otros de 19-05-04 y la Resolución: n° SPPLC/0036-2004, Caso: Marine Supply, C.A. v Terminales Maracaibo C.A., Intership-ping, C.A. de 04-06-04.

El mercado relevante se refiere al grupo de productos más reducido y al área geográfica más pequeña en la cual los oferentes, si actúan como una sola firma (un monopolista hipotético) pueden influir de manera rentable, en el precio, la calidad, la variedad, el servicio, la publicidad, la innovación u otras condiciones de competencia.

Caso: Marine Supply, C.A. v Terminales Maracaibo C.A.,
Intershipping, C.A.

Resolución: n° SPPLC/0036-2004 04-06-04

Crterios para definir el mercado relevante

Para determinar el mercado relevante es necesario evaluar por el lado de la demanda la posibilidad que los compradores puedan cambiarse a productos sustitutos. De la misma forma, se debe evaluar por el lado de la oferta, la posibilidad de nuevos entrantes al mercado, mediante la construcción de instalaciones, o como resultado de que los vendedores de otros productos adapten las instalaciones ya existentes para comenzar la producción del producto en cuestión o de un sustituto. Por otra parte, se requiere determinar si los oferentes del producto o de un sustituto, localizados en otras áreas geográficas, puedan vender su producto en el área geográfica en cuestión.

B. Definición de mercado producto

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.

Resolución: n° SPPLC/0009-2004 30-01-04

Definición del mercado producto

Por medio del mercado producto se establece el conjunto mínimo de productos cuya oferta debería ser controlada por una firma hipotética, para poder lograr un aumento de precios rentable y sostenido en el tiempo. Dentro de este conjunto estarán incluidos aquellos productos a los cuales se desplazaría la demanda de los consumidores, si se produjera un incremento dado en el precio de cualquiera de ellos, mientras el de los demás permanece fijo; como aquellos otros que, como resultado de la reacción de otras empresas competidoras frente al aumento de precios, se convertirían en alternativas ciertas para el consumidor en el corto plazo. El primer caso se analizará bajo el concepto de sustituibilidad por el lado de la demanda, mientras que el segundo se tratará a través de la sustituibilidad por el lado de la oferta.

C. Definición de mercado geográfico

Caso: Inversiones Cotécnica C.A. v Proactiva Medio Ambiente, S.A.

Resolución: n° SPPLC/0011-2004 10-02-04

Definición del mercado geográfico

La definición del mercado geográfico es la segunda dimensión necesaria para delimitar el mercado relevante. En particular, se busca determinar el ámbito espacial dentro del cual compiten los productos o servicios en términos de precios, disponibilidad, calidad y en otras dimensiones de competencia. Una vez determinado el mercado producto, debe establecerse cuál es su extensión geográfica, lo cual es importante porque las empresas normalmente compiten en territorios delimitados.

A su determinación se llega a partir del área geográfica dentro de la cual operan las empresas objeto del presente procedimiento administrativo, y se amplía efectivamente, si al producirse una alteración en las condiciones de competencia los consumidores (en este caso

los usuarios), podrían trasladar su demanda hacia la adquisición de servicios provenientes de otras áreas geográficas. En el caso de que el desplazamiento ocurriera, los productos localizados en las áreas geográficas de origen y los productos considerados como alternativa cierta por parte de los usuarios, entrarían dentro del mercado relevante a ser considerado para el análisis de la Superintendencia.

D. *Definición de mercado temporal*

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.⁵
Resolución: n° SPPLC/0009-2004 30-01-04
Definición del mercado temporal

Al respecto la doctrina de la Superintendencia ha considerado que para la delimitación del mercado relevante se debe también considerar la dimensión temporal de los mismos, es decir, la visión dinámica del mercado, debido a que en el tiempo los criterios utilizados para su determinación pudieran cambiar.

En esta misma línea, la Superintendencia Procompetencia ha mencionado anteriormente, que en sectores caracterizados por cambios tecnológicos frecuentemente como por ejemplo el de las telecomunicaciones, resulta válido no solamente tomar en consideración la variable tiempo, sino también la innovación. (Informe Especial sobre la Telefonía Móvil Celular en Venezuela, mayo de 2003)

II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Decisiones colectivas*⁶

A. *Principios generales de las decisiones colectivas*

Caso: Inversiones Cotécnica C.A. v Proactiva Medio Ambiente, S.A.
Resolución: n° SPPLC/0011-2004 10-02-04
Concepto de decisiones colectivas

La norma transcrita prevé un supuesto especialísimo de práctica restrictiva de la competencia. Prohíbe todo acuerdo o decisión tomado, en este caso, en asambleas de sociedades mercantiles y civiles que "... restrinjan o impidan la libre competencia...".

Debe tenerse en cuenta que el único aparte del citado artículo señala que dichas decisiones o acuerdos, deben ser "... contrarios a los fines anteriormente señalados.". Entiende este Despacho que al interpretar la norma se refleja que el acuerdo que se tome en el seno de las asambleas de accionistas de una sociedad mercantil, que restrinja o impida la libre competencia "... entre sus miembros.", es decir, los suscriptores del acuerdo o destinatarios de las órdenes, configura la conducta prohibida por el legislador en dicho supuesto normativo.

5. Véase también: Resolución: n° SPPLC/0036-2004, Caso: Marine Supply, C.A. v Terminales Maracaibo C.A., Intership-ping, C.A., de 04-06-04.

6. Bajo este rótulo incluimos la prohibición contenida en el artículo 9 de la LPPLC. Se prefiere esta denominación frente a la más tradicional de *práctica concertada*, desde que el elemento típico en esa norma es la existencia de acuerdos adoptados colectivamente por una asociación o a través de una asociación o unión de personas.

Caso: Inversiones Cotécnica C.A. v Proactiva Medio Ambiente, S.A.

Resolución: n° SPPLC/0011-2004 10-02-04

Decisiones colectivas y cláusulas de no competir

Por otra parte, dichos pactos o acuerdos, a la luz del artículo 9 de la Ley de Competencia, deben ser muy precisos debido a la posibilidad de que la interpretación de sus planteamientos pueda servir para limitar la actividad económica de alguno de los suscriptores. Lo anterior es una de las expresiones de las llamadas cláusulas de no competir donde puede que las partes coordinen su conducta en el ámbito de la empresa común y ello influya en lo que, de otro modo, hubieran sido decisiones y actividades independientes.

Caso: Inversiones Cotécnica C.A. v Proactiva Medio Ambiente, S.A.

Resolución: n° SPPLC/0011-2004 10-02-04

Decisiones colectivas y acuerdos

La palabra Acuerdo, en los términos del único aparte del artículo 9 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, está referida a que exista entre dos o más partes la voluntad de obligarse para limitar su libertad de acción con relación a la otra u otras.

Asimismo, si las partes formulan un acuerdo para restringir la competencia entre ellas, incluso si no es legalmente vinculante, puede dar lugar a la existencia de una práctica concertada. También resulta relevante que una empresa que preste su asistencia para una infracción, aunque no participe directamente en un acuerdo, puede ser incluida como parte del mismo.

B. Condiciones de procedencia de la prohibición de decisiones colectivas

Caso: Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A.

Resolución: n° SPPLC/0003-2004 16-01-04

Condiciones de ilicitud de las decisiones colectivas

Ha sido doctrina pacífica y reiterada de esta Superintendencia afirmar que “los acuerdos tomados en el seno de las asociaciones pueden proporcionarle a sus miembros líneas de comportamientos que causen restricciones a la libre competencia. De igual modo, se ha señalado que las asociaciones presentan tres elementos esenciales que pueden llegar a convertirlas en instrumentos de restricción de la competencia entre sus miembros a saber: las asociaciones fomentan relaciones entre los asociados, constituyen un foro donde la información fluye de una manera mucho más simétrica relativa a precios y condiciones de comercialización y, en última instancia, la asociación se hace portadora de los intereses de sus miembros y realiza recomendaciones a los mismos sobre determinadas conductas a seguir cuyo incumplimiento puede acarrear penas morales o votos de censura e incluso a llegar a la expulsión”. (Resolución n° SPPLC/0011-94 de fecha 16/2/94. Caso Anicaf).

2. Acuerdos entre competidores

A. Principios generales de los acuerdos entre competidores

Caso: Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A.⁷

Resolución: n° SPPLC/0003-2004 16-01-04

La ratio de la prohibición de acuerdos sobre el precio y otras condiciones de comercialización

Tradicionalmente, el acuerdo entre competidores para fijar precios u otras condiciones de comercialización es considerado como una acción absolutamente restrictiva de la libre competencia, puesto que ella supone que todos o una parte de los participantes de un mercado en particular, dejan de competir y toman acciones conjuntas o coordinadas con la finalidad de modificar las variables de competencia y, de esta forma, obtener rentas o privilegios monopólicos que estas empresas o participantes no obtendrían si éstas actuaran en forma individual e independiente.

Luego, el resultado que buscan los competidores al actuar en forma coordinada es la obtención de una capacidad conjunta para afectar el mercado, actuando como un monopolio.

Cuando los competidores se ponen de acuerdo o conciertan en todas o algunas de las variables de competencia, es de presumir que la intención es la de obtener rentas extraordinarias de sus clientes o consumidores, lo cual tiene por efecto disminuir el conjunto posible de alternativas de elección. La competencia genera una lucha por ofrecer los mejores precios o condiciones de comercialización posibles a clientes y consumidores. Si los participantes coluden, los clientes o consumidores no tendrán posibilidad de elección, debiéndose conformar con las nuevas y disminuidas condiciones ofrecidas por sus proveedores colusionados. La doctrina presume que los participantes colusionados buscan obtener rentas que no hubieran sido posibles de no mediar un acuerdo entre los mismos, y tal presunción tiene un carácter incontestable, una vez verificada la existencia del acuerdo.

Existe un conjunto extenso de variables sobre las cuales las firmas de un mercado pueden acordar deponer su voluntad de competir. Sin embargo, los acuerdos entre competidores más comunes se refieren a decisiones conjuntas sobre la cantidad y precio de los productos, eliminación de descuentos o el establecimiento de descuentos uniformes, la repartición de mercados territoriales, entre otras variables de importancia. (Craig Conrath: Practical Handbook Of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition, 1995, Craig W. Conrath)

En este sentido, el ordinal 1° del artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, establece el precio y las condiciones de comercialización” como variables económicas empleadas para suprimir la rivalidad entre los competidores, sean éstas fijadas directa o indirectamente.

En vista de la amplia gama de variables de competencia, resulta operativamente complicado que las firmas depongan su voluntad de competir en todas y cada una de sus variables de decisión. De esta forma, es posible que las empresas acuerden no competir en una o pocas de las variables, pero permanezcan compitiendo en otro conjunto de variables, tales como las promociones, descuentos, calidad, servicios extras, publicidad, etc., lo cual no significa, de

7. Véase: Resolución: n° SPPLC/0033-2003, Caso: Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros, de 14-11-03.

ninguna forma, que no exista acuerdo ilegal entre los competidores ni que no se haya generado un daño al mercado. Esta imperfección o no-exhaustividad del cártel o acuerdo entre competidores no puede interpretarse como una excusa, una defensa o un atenuante de la realización de la práctica (Craig Conrath, *Ibid*).

Caso: Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A.

Resolución: n° SPPLC/0003-2004 16-01-04

Los acuerdos entre competidores y la regla *per se*

La práctica aquí analizada es parte del grupo de aquellas a las que la doctrina ha calificado como “*per se*”, es decir, no es procedente determinar su eficiencia, puesto que se entiende que prácticas como esta no tienen en sí mismas eficiencia alguna. Así lo ha establecido la legislación de libre competencia venezolana tal como puede observarse en el artículo 7 del Reglamento n° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, que contempla dentro de ese grupo de las *per se* a los acuerdos, decisiones, recomendaciones colectivas o prácticas concertadas entre competidores a que se refieren los artículos 7°, 9°, 10° (ordinales 1°, 2° y 3°) y 13° *eiusdem*.

Caso: Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A.

Resolución: n° SPPLC/0003-2004 16-01-04

La prueba del acuerdo entre competidores

La verificación de una conducta concertada puede inferirse de tres formas no concurrentes; de un acuerdo formal, de contactos de los que se deduce la voluntad conjunta de comportarse de una determinada manera, del comportamiento paralelo el mercado cuando la única explicación razonable de esa alineación es la existencia de una colusión o concertación.

Caso: Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A.

Resolución: n° SPPLC/0003-2004 16-01-04

Acuerdos concertados sobre información

Los acuerdos o prácticas concertadas que contengan intercambio de información sólo serán permitidos, cuando tengan como único objeto conseguir en común informaciones que las empresas requieren para determinar autónoma e independientemente su futuro comportamiento en el mercado. Sin embargo, si el comportamiento en el mercado de las empresas se coordina –directa o indirectamente– o la libertad de éstas queda limitada, puede configurarse una restricción a la libre competencia.

B. Condiciones de procedencia de la prohibición de acuerdos entre competidores

Caso: Pro-Competencia v Suramericana de Espectáculos (Cinex) y Cines Unidos C.A.⁸

Resolución: n° SPPLC/0003-2004 16-01-04

Condiciones de procedencia de la prohibición de acuerdos entre competidores

8. En idéntico sentido, véase: Resolución: n° SPPLC/0033-2003, Caso: Pro-Competencia vs. Cementos Caribe, C.A. y otros, de 14-11-03.

La doctrina de ProCompetencia ha establecido tres condiciones que conforman la tipicidad necesaria para la configuración de una violación al artículo 10 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia: a) que la conducta sea producto del concierto de voluntades que produzca una acción conjunta, b) que su comisión se atribuya a agentes económicos competidores y c) el objeto de dicha conducta debe estar previsto en los ordinales del artículo. (Ver SPPLC/010-99 de fecha 19 de marzo de 1999, caso ProCompetencia vs. Bigott y CATANA y SPPLC/001/2000 de fecha 10 de enero de 2000, caso Alpes C.A. vs. Royal C.A.; entre otros).

3. *Contratos verticales*

A. *Principios generales de los contratos verticales*

Caso: C.A. Pro-Competencia v Diageo Venezuela, C.A. y otros.
Resolución: n° SPPLC/0027-2004 28-04-04

El objeto de los contratos verticales

El segundo de los requisitos señalados de tipicidad para esta práctica, es que la misma tenga por objeto la fijación de precios u otras condiciones de contratación, pero esta fijación ha de estar dirigida a determinar los elementos de negociación con terceros ajenos a la práctica, es decir, que la fijación se dirija a estos terceros.

Es este, el elemento característico de la práctica in comento y que justifica su presencia en el texto de la ley, esta prohibición presupone que el comportamiento se realizará entre sujetos que se encuentran en “peldaños” diferentes en el proceso de comercialización del producto, y que a su vez, dicha práctica estaría dirigida a afectar las relaciones comerciales de uno de los contratantes (distribuidores) con otros sujetos (que a su vez se encuentran en peldaños inferiores).

Caso: C.A. Pro-Competencia v Diageo Venezuela, C.A. y otros.
Resolución: n° SPPLC/0027-2004 28-04-04

Los efectos de los contratos verticales y la regla de la razón

Ahora bien, este tercer y último elemento o requisito de tipicidad no es otra cosa que la aplicación de la denominada “regla de la razón”, según la cual, sólo sería sancionable cuando se demuestre, además de la comisión de la misma, la producción por su parte de efectos nocivos sobre la libre competencia.

Caso: C.A. Pro-Competencia v Diageo Venezuela, C.A. y otros.
Resolución: n° SPPLC/0027-2004 28-04-04

Las eficiencias derivadas de los contratos verticales

Según el propio artículo 12, a menos que se demuestren los efectos nocivos de la fijación de precios a terceros de la práctica, o incluso, si llega a demostrarse efectos procompetitivos; como lo son, la disminución de los precios o la optimización de la distribución, dicha práctica no sería sancionable.

Caso: Distribuidora de Bebidas Los Andes, C.A., v Cervecería Nacional (Brama)
Resolución: n° SPPLC/0029-2004 14-05-04

El establecimiento de precios sugeridos y el artículo 12 de la LPPLC

El establecimiento de los precios sugeridos por parte del productor⁹ no debe ser considerado como una conducta ilegal, siempre y cuando la forma de establecimiento de los precios y otras condiciones no sean de carácter impositivo y que en consecuencia limiten la permanencia o actividad de terceros en el mercado.

Caso: Distribuidora de Bebidas Los Andes, C.A., v Cervecería Nacional (Brama)

Resolución: n° SPPLC/0029-2004 14-05-04

La exclusividad en las relaciones verticales de distribución

Así mismo, en el marco de las relaciones verticales es altamente probable que la empresa en el estadio superior establezca las condiciones para reforzar su intercambio con la empresa del estadio inferior, pudiendo establecerse incluso la exclusividad entre el fabricante y el distribuidor en el servicio de distribución.

De esta forma, se infiere que la exclusividad le permite al productor entre otras cosas minimizar el riesgo asociado a que no se cumplan los estimados de colocación y ventas del producto en el mercado meta.

B. Condiciones de procedencia de la prohibición de los contratos verticales

Caso: C.A. Pro-Competencia v Diageo Venezuela, C.A. y otros.¹⁰

Resolución: n° SPPLC/0027-2004 28-04-04

Condiciones de ilicitud de los contratos verticales

De la norma transcrita se pueden extraer, fundamentalmente, tres requisitos o elementos de tipicidad:

El primero de los requisitos -esto es que se trate de un especial negocio jurídico: el contrato, el cual debe tener como finalidad, el restringir el ámbito del alcance de esta prohibición.

El segundo de los requisitos de tipicidad es que la misma tenga por objeto la fijación de precios u otras condiciones de contratación, pero esta fijación ha de estar dirigida a determinar los elementos de negociación con terceros ajenos a la práctica, es decir, que la fijación se dirija a estos terceros.

El tercer y último requisito de tipicidad es lo atinente a los efectos anticompetitivos.

Como se indicó supra se puede resumir que los elementos necesarios para que se configure la práctica *in comento*, debe tratarse de un contrato; que el objeto del mismo sea la fijación de precios u otras condiciones de contratación para la reventa (o venta de terceros ajenos al contrato) y que los efectos de la práctica sean restrictivos de la libre competencia; dentro de este elemento debe darse, al menos uno de las siguientes conductas, bien que haya sido suscrito para producir una limitación a la libre competencia, que en efecto la produzca, que la pudiere producir (en estos dos últimos casos, aún cuando la intención o finalidad de los contratantes no fuera entorpecer o limitar la libre competencia).

9. Entedemos que la Resolución alude al "productor".

10. Véase, en este sentido, la Resolución: n° SPPLC/0029-2004, Caso: Distribuidora de Bebidas Los Andes, C.A., v Cervecería Nacional (Brama), de 14-05-04.

Caso: C.A. Pro-Competencia v Diageo Venezuela, C.A. y otros.

Resolución: n° SPPLC/0027-2004 28-04-04

**Concepto de contratos dentro de la práctica prohibida
por el artículo 12 de la LPPLC**

En este sentido, esta Superintendencia entenderá al contrato como una convención por la cual una o más personas se obligan, hacia otra o varias más, a hacer o a no hacer alguna cosa, por ende, no se requiere de la materialización física del contrato, aquí la esencia es el concurso o coincidencia de voluntades destinadas a la realización de un determinado fin.

4. *Prácticas exclusionarias*

A. *Principios generales de las prácticas exclusionarias*

Caso: Marine Supply, C.A. v Terminales Maracaibo C.A.,
Intershipping, C.A.¹¹

Resolución: n° SPPLC/0036-2004 04-06-04

El concepto de práctica exclusionaria

Según lo previsto en el artículo transcrito *ut supra*, se consideran exclusionarias las conductas de quienes no siendo titulares de un derecho, pretendan impedir u obstaculizar la entrada o la permanencia de empresas, productos o servicios en todo o parte del mercado.

Caso: Marine Supply, C.A. v Terminales Maracaibo C.A.,
Intershipping, C.A.

Resolución: n° SPPLC/0036-2004 04-06-04

Los contratos de exclusividad y el artículo 6 de la LPPLC

Los contratos de exclusividad se ubican dentro de las prácticas de carácter exclusionario y se materializan como una restricción vertical de la libre competencia. Son una restricción vertical debido a que su existencia solicita como requisito *sine qua non* la existencia de agentes económicos ubicados en distintas fases del canal de distribución, es decir, para que se genere una restricción vertical debe establecerse entre una firma de una fase superior del canal de distribución y una empresa de una fase inferior. Las empresas participantes en un acuerdo vertical no son competidoras entre sí, sino que se complementan.

Dichos negocios exclusivos generalmente tienen como fundamento un contrato a través del cual un comprador (o requirente de un servicio en este caso), promete comprar todos sus requerimientos particulares a un vendedor específico (en este caso, un prestador específico de servicios), y sus efectos anticompetitivos tienden a incrementar los costos de los rivales de los suscriptores del convenio, generando a su vez una barrera en la entrada al mercado que se trate. Sin embargo, es de hacer notar que un buen negocio de exclusividad es idóneo para producir eficiencia, es decir, donde se reducen los riesgos e igualmente los costos, es posible que se reduzcan los precios de los productos a favor de los consumidores.

11. Sobre las prácticas exclusionarias, véase la Resolución: n° SPPLC/0028-2003, Caso: Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo Motors de Venezuela y General Motors Corporation, de 04-11-03.

B. *Condiciones de procedencia de la prohibición de las prácticas exclusionarias*

Caso: Marine Supply, C.A. v Terminales Maracaibo C.A.,
Intershipping, C.A.¹²

Resolución: n° SPPLC/0036-2004 04-06-04

Requisitos de ilicitud de las prácticas exclusionarias

Es doctrina reiterada de esta Superintendencia que a los efectos de que una conducta constituya la práctica exclusionaria prevista en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, deben verificarse de manera concurrente los siguientes requisitos: a) La conducta presuntamente anticompetitiva no debe estar permitida por un acto del Poder Público, ni debe ser un derecho tutelado, directa o indirectamente, por el ordenamiento jurídico; b) El agente económico que realiza la conducta presuntamente exclusionaria debe tener la capacidad de lesionar al mercado con su actuación, c) Que se verifique la explotación y/o exclusión de clientes, consumidores o proveedores y, d) La inexistencia de razones justificadas por la eficiencia económica cuando se trate de prácticas autorizables de conformidad con el artículo 8 del Reglamento n° 1 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

(...)

De no cumplirse alguna de estas tres condiciones, no podría confirmarse el carácter ilegítimo de la restricción. Esto se debe a que muchas veces bajo ciertas circunstancias la práctica o conducta investigada puede en muchos casos aportar eficiencias a los agentes que participan en el mercado (empresas y consumidores), con lo cual la conducta considerada no sería una práctica ilegal.

Caso: Marine Supply, C.A. v Terminales Maracaibo C.A.,
Intershipping, C.A.

Resolución: n° SPPLC/0036-2004 04-06-04

Alcance de la excepción alusiva a los derechos protegidos en la Ley

Ahora bien, a los fines de determinar si el mencionado artículo 4 del Reglamento de Remolcadores implica una norma de rango sublegal que tutela los derechos económicos de las empresas intervinientes en el presente procedimiento, conviene precisar que cuando mencionado artículo 6 de la Ley de Competencia Venezolana señala que "... se prohíben las actuaciones o conductas de quienes, no siendo titulares de un derecho protegido por la Ley..", no debe aplicarse el criterio clásico de interpretación meramente literal y exegético.

Entiende este Despacho que no se pueden fijar consecuencias obligatorias como la verificación del primer requisito de las prácticas exclusionarias argumentando, simplemente, que la no existencia de un derecho protegido por la Ley "Formal", o aquella dictada por la Asamblea Nacional según el procedimiento de elaboración establecido para ello, cumple jurídica y automáticamente con el supuesto previsto en el artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

Esta noción que permite interpretar que no sólo la Ley Formal cumple con el supuesto de hecho del artículo 6 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, sino que existen ciertos actos adecuables a la mención "Ley" que prevé la norma en

12. Con anterioridad, véase la Resolución: n° SPPLC/0013-2004, Caso: Almacenadora Caraballeda, C.A. v Almacenadora Broperca, C.A y otros de 03-03-04.

cuestión, es aplicable evidentemente, a posteriori, luego de iniciado un procedimiento administrativo donde se realice el estudio de fondo que permita evaluar el contexto y los supuestos de tal acto, sea este de rango y grado legal o no.

En otras palabras, la existencia de una normativa de rango legal o sublegal, una decisión judicial definitivamente firme o de naturaleza cautelar, una habilitación administrativa de carácter temporal, entre otros, son actos que permiten que los agentes económicos realicen sus actividades dentro de ciertos límites y sólo un estudio de fondo, a la luz del derecho de competencia, permitirá reflejar la infracción o no del artículo 6, ya mencionado a lo largo de la presente Resolución.

5. *Boicot*

A. *Principios generales del boicot*

Caso: Optilaser, C.A. v Emi Music Venezuela y otros.

Resolución: n° SPPLC/0031-2004 19-05-04

Concepto y tipos de boicot

Con respecto al boicot como práctica restrictiva de la Libre Competencia, ésta Superintendencia debe mencionar primero cuándo esta práctica se manifiesta como una restricción a la competencia. En tal sentido, esta Superintendencia ha manifestado en otras oportunidades que pueden distinguirse entonces, tres supuestos de boicoteo en sentido amplio, a saber:

- a) Cuando la práctica es ejecutada por un grupo de competidores que se ponen de acuerdo para, a través de una acción directa (por ejemplo una negativa de venta), obligar a otro sujeto económico a ejecutar una determinada conducta. En este caso, estaríamos dentro del supuesto del artículo 10 de la Ley, el cual prohíbe los acuerdos horizontales.
- b) Que la práctica sea ejecutada por un sujeto económico con tal poder de mercado que su actuación sea lo suficientemente dañina como para excluir o causar un grave perjuicio al afectado por la conducta. En este caso, se estaría en presencia de un abuso de posición dominante, lo que está tipificado en el artículo 13 de la Ley.
- c) Que la práctica sea ejecutada por un tercero (sea uno o varios), quien ha sido incitado por un grupo de agentes o por uno solo actuando de forma unilateral. En este caso, es el tercero quien va a ejecutar la conducta dañina sobre el afectado, pero con la particularidad que el interesado en el daño, no lo hacen directamente, como en los anteriores casos, sino a través de la incitación al tercero.

Los anteriores casos constituyen las formas de en las que el boicot puede verificarse, pero es sólo el último de ellos el que se refiere específicamente a la práctica prohibida en el artículo 7 de la Ley de defensa de la competencia.

En efecto, los dos primeros casos se refieren a formas específicas de limitación o restricción de la competencia, como son los acuerdos horizontales y el abuso de la posición de dominio, tipificadas en forma independiente por otros artículos de la Ley, que requieren un análisis distinto y cuyas consecuencias también son diferentes.

(...)

En conclusión puede decirse que el boicoteo consiste en una acción unilateral o en una conducta concertada por medio de la cual un agente con poder de influencia o un grupo de agentes en colusión, buscan a través de la incitación de terceros eliminar u obstaculizar sus relaciones comerciales con una empresa, ya sea rehusándose abastecerla, impidiéndole la adquisición de materias primas o negándole la prestación de servicios.

B. *Condiciones de procedencia de la prohibición del boicot*

Caso: Optilaser, C.A. v Emi Music Venezuela y otros.

Resolución: n° SPPLC/0031-2004 19-05-04

Estructura del boicot

En la estructura de esta práctica se observa la presencia de tres partes claramente identificables, a saber: el agente o los agentes económicos que emprenden acciones anticompetitivas a través de la incitación a un tercero; el tercero incitado a no aceptar la entrega de bienes o a no prestar determinados servicios, y por último, la parte a la cual se dirigen los efectos restrictivos de la conducta anteriormente descrita.

Caso: Optilaser, C.A. v Emi Music Venezuela y otros.

Resolución: n° SPPLC/0031-2004 19-05-04

Conductas incluidas dentro del concepto de boicot

Ahora bien, trae el artículo 7° una enumeración de las conductas que ese tercero incitado debe llevar a cabo para que se considere que se está ejecutando una práctica anticompetitiva, como lo son: a) no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; b) impedir la adquisición de bienes o la prestación de servicios y; c) no vender materias primas o insumos o prestar servicios a otros.

Es al último de los supuestos al que se hará referencia por tener una especial relación con el caso que se analiza. Así, cuando el boicoteo se configura como la negativa a satisfacer pedidos o el rechazo de venta, se está en presencia de una práctica altamente contraria a las normas de libre competencia, ya que se constituye como una imposición de un obstáculo no causado por la dinámica comercial, al acceso de bienes y servicios, lo que puede conllevar a la salida del mercado del afectado.

6. *Concentraciones económicas*

A. *Concepto de concentraciones económicas*

Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A.

(Univensa).¹³

Resolución: n° SPPLC/0018-2004 15-03-04

Concepto de concentraciones económicas

Las operaciones de concentración económica pueden definirse como la modificación con carácter estable de la estructura de una empresa o parte de una empresa, con independencia de que dicha empresa o parte de la misma tenga personalidad jurídica propia (Artículo n° 2 del Real Decreto n° 1443/2001 de fecha 21-12-01) del Ministerio de Economía Español, que desarrolla la Ley de Competencia en lo referente a control de concentraciones económicas).

Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A.
(Univensa).

Resolución: n° SPPLC/0018-2004 15-03-04

Objeto de la LPPLC y las concentraciones económicas

13. Este criterio fue ya sentado en la Resolución: n° SPPLC/007-2003, Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela de 24-03-03.

El objeto de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, es la promoción y protección de la libre competencia y la eficiencia a favor de los distintos agentes económicos. Por esta razón las operaciones de concentración económica, que tengan efectos restrictivos sobre la competencia o que produzcan una posición de dominio en el mercado, se encuentran prohibidas por el artículo 11 de la Ley.

B. Principios generales y efectos de las concentraciones económicas

a. Efectos

Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A.
(Univensa).
Resolución: n° SPPLC/0018-2004 15-03-04

Efectos de las concentraciones económicas sobre la libre competencia

En términos generales, puede decirse que ha sido doctrina pacífica y reiterada de esta Superintendencia que los efectos restrictivos que puede generar una operación de concentración económica y a los que se hace referencia el artículo 11 de la Ley, están relacionados con que a consecuencia de la operación de concentración económica se produzca una situación en la que los agentes económicos presentes en el mercado, actuando individualmente o en colusión, tengan la posibilidad de imponer condiciones en las relaciones de intercambio, por una parte y por la otra, la posibilidad, de la creación o aumento de las barreras a la entrada o salida del mercado, siendo que la competencia implica libertad de entrada y salida del mercado.

Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A.
(Univensa).¹⁴
Resolución: n° SPPLC/0018-2004 15-03-04

Efectos de las concentraciones económicas entre competidores

Este tipo de concentración económica (horizontal), entre agentes económicos que se dedican a una misma actividad implica la desaparición de uno o más competidores independientes del mercado, tal reducción en el número de competidores puede implicar, a su vez, una reducción en el grado de competencia efectiva, dependiendo del número e importancia relativa de los competidores que queden en el mercado, de la intensidad de la rivalidad entre ellos y de la existencia de barreras significativas a la entrada de nuevas empresas.

C. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas

a. Metodología del análisis de las operaciones de concentraciones económicas

Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A.
(Univensa).
Resolución: n° SPPLC/0018-2004 15-03-04

Metodología de análisis de las concentraciones económicas

14. Con un criterio general, véase la Resolución: n° SPPLC/0028-2003, Caso: Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo Motors de Venezuela y General Motors Corporation, de 04-11-03.

Para hacer esa determinación es necesario, definir el mercado relevante de acuerdo a las directrices establecidas en los lineamientos Generales para la Evaluación de Operaciones de Concentración Económica, analizar la competencia efectiva en el referido mercado, estudiar el grado de concentración en el mercado relevante, la dinámica de competencia entre las empresas participantes, y las barreras a la entrada actuales y potenciales.

b. *Índice de concentración*

Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A.
(Univensa).¹⁵

Resolución: n° SPPLC/0018-2004 15-03-04

Índice de concentración en el mercado relevante

Entonces, el grado de concentración del mercado es un indicador que permite apreciar la estructura del mercado, y en la mayoría de los casos se estima en función de las participaciones de las empresas involucradas en él. Esto es así porque lo que pretende interpretar la participación de mercado es la posibilidad de un agente de adaptarse rápidamente a variaciones en el mercado, aproximándose a su desempeño competitivo.

No puede decirse que un mercado es competitivo sólo porque el número de empresas que en él operan es elevado, pues pudiera darse el caso de que una sola empresa dominara un porcentaje elevado de esa actividad, resultando en un mercado poco competitivo. Por lo tanto, el grado de concentración trata de medir la posibilidad de que una o pocas empresas puedan ejercer poder de mercado y no el número de empresas que compiten en esa actividad.

c. *Condiciones de acceso al mercado*

Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A.
(Univensa).¹⁶

Resolución: n° SPPLC/0018-2004 15-03-04

Acceso al mercado y la posibilidad de competencia potencial

Para poder determinar si la operación de concentración genera o refuerza una posición de dominio en los mercados relevantes, o genera efectos restrictivos de la libre competencia, es imprescindible incorporar en el análisis, la posibilidad de competencia potencial proveniente de la entrada a los mercados relevantes de nuevos participantes. El análisis se sustenta en el hecho de que cuando un mercado es altamente contestable, vale decir, que no existen obstáculos a la instalación de nuevos participantes, las empresas que pudieran detentar una posición predominante en los mercados relevantes pueden verse neutralizadas o disciplinadas a abusar de ella, por ejemplo imponiendo aumentos de precios, ya que tal conducta haría rentable la entrada de nuevos fabricantes de esos productos, haciendo no viable el incremento inicial de los precios. De allí que cuando las barreras a la entrada son bajas, a pesar de una alta concentración no se configura una posición de dominio en la medida que la competencia potencial es considerada en las decisiones de las firmas ya instaladas en los mercados.

15. En similar sentido, véase la Resolución: n° SPPLC/007-2003, Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela de 24-03-03, así como la Resolución: n° SPPLC/0028-2003, Caso: Asociación Venezolana de Concesionarios Daewoo vs. Daewoo Motors de Venezuela y General Motors Corporation de 04-11-03.

16. En idéntico sentido, véase la Resolución: n° SPPLC/007-2003, Caso: Bayer y S.C Johnson & Son de Venezuela de 24-03-03

d. *Efectos sobre el grado de competencia*

Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A.
(Univensa)¹⁷

Resolución: n° SPPLC/0018-2004 15-03-04

Efectos de las concentraciones económicas sobre el grado de competencia en el mercado

La reducción en el número de agentes independientes presentes en un mercado, incrementaría la probabilidad de que se verifiquen prácticas colusivas, por cuanto siendo menos los competidores es factible se reconozca la mutua independencia, sean menores los costos de negociación y más fácil de detectar desviaciones al acuerdo.

e. *Eficiencias*

Caso: C.A. Conduven v Unión Industrial Venezolana, S.A.
(Univensa)¹⁸

Resolución: n° SPPLC/0018-2004 15-03-04

Las eficiencias derivadas de operaciones de concentraciones económicas

Cuando una operación de concentración no produce efectos negativos en la competencia (no es contraria a las disposiciones que regulan la libre competencia), no se hace necesario evaluar las posibles eficiencias generadas en la operación de concentración, porque las eficiencias se consideran únicamente en aquellos casos en que simultáneamente se producen efectos restrictivos en el mercado.

7. *Competencia desleal*

A. *Conceptos y efectos de la competencia desleal*

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.¹⁹

Resolución: n° SPPLC/0009-2004 30-01-04

Concepto de competencia desleal

Esta Superintendencia ha interpretado el artículo transcrito en reiteradas decisiones, como la prohibición de aquellos actos o conductas comerciales en la medida que estos tiendan a la eliminación de competidores a través de la competencia desleal.

Se ha señalado, que si bien, los agentes económicos tienen libertad de competir, la misma está supeditada a los límites establecidos en las leyes, para el caso que nos ocupa, las leyes que regulan la defensa de la competencia (cursivas nuestras, ver Resoluciones n° SPPLC/007-2001 y SPPLC/008-2001 del 7 de febrero y 19 de febrero de 2001, respectivamente).

17. Se sigue el criterio mantenido en la Resolución: n° SPPLC/007-2003, ya citada.

18. En similar sentido, véase la Resolución: n° SPPLC/007-2003, precitada.

19. En idéntico sentido, véase: Resolución: n° SPPLC/0025-2003, Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional, de 24-10-03.

B. Principios generales de la competencia desleal

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.²⁰
Resolución: nº SPPLC/0009-2004 30-01-04
Competencia desleal y libertad económica

En tal sentido, los agentes tienen el derecho a ejercer la libertad económica bajo las limitaciones que establece la Ley, siendo una de esas limitaciones por razones de interés social el no restringir la competencia. Sin embargo esta competencia no puede ser realizada de cualquier modo, ya que no todo método será válido en el juego de competir, por ello se crea una disciplina en la cual se analizan los medios empleados para tal fin, así se encuentra que los agentes económicos pudiesen emplear medios o realizar conductas que constituirían o pudiesen constituir conductas inaceptables por razones éticas o convencionales, esa disciplina es la competencia desleal.

El término desleal está tradicionalmente vinculado a todo lo que no es honesto, ni correcto, ni de buena fe y es la expresión generalmente utilizada en la doctrina para designar a la actividad comercial realizada en forma deshonesto, incorrecta y de mala fe.

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.²¹
Resolución: nº SPPLC/0009-2004 30-01-04
La ratio de la regulación de la competencia desleal

En ese contexto, se evidencia que todo acto de competencia desleal enmarcable en los supuestos mencionados supra, afecta el interés público y la transparencia del orden concurrencial que debe regir el mercado, y por ello el Estado debe impedir que el desenvolvimiento y la actuación de los distintos agentes económicos participantes en el mercado sea falseado, pudiendo afectar los intereses de los competidores y de los consumidores.

Así, la regulación de la competencia desleal en el mercado persigue eliminar fuentes de distorsión a los derechos de propiedad, dirigida a todos aquellos que realicen actividades comerciales que tiendan a menoscabar la certeza social referida a la seguridad de las actuaciones de los operadores en un determinado mercado.

C. Presupuestos de procedencia de la competencia desleal

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.
Resolución: nº SPPLC/0009-2004 30-01-04
Condiciones de ilicitud de la competencia desleal: la aptitud de afectar al mercado

De esta manera es esencial tener presente que para que haya deslealtad, es adicionalmente preciso que el comportamiento del presunto infractor haya sido realizado en el mercado con fines concurrenciales, en el sentido de que la conducta desplegada sea susceptible de consi-

20. Con similar criterio, véase: Resolución: nº SPPLC/008-2003, Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A., de 02-04-03.

21. En idéntico sentido, veáanse: Resolución: nº SPPLC/0016-2003, Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Farma S.A. de 23-07-03; Resolución: nº SPPLC/0018-2003, Caso: Aventis Pharma, S.A. vs. Sinergium S.A. y Representaciones Nolver C.A. de 11-08-03; Resolución: nº SPPLC/0024-2003, Caso: Pharmacia Corporation Venezuela C.A. vs. Farma S.A. y Genéricos Venezolanos S.A. de 15-10-03 y Resolución: nº SPPLC/0025-2003, Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional, de 24-10-03.

derarse una acción de competencia, es decir que tenga la actitud de eliminar a otros competidores del mercado por su carácter desleal de forma ilegítima, es decir mediante medios y formas capaces de alterar la certeza social presente en los distintos participantes del mercado.

D. Competencia desleal y publicidad

a. Concepto de publicidad

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.²²

Resolución: n° SPPLC/0009-2004 30-01-04

Concepto y funciones de la publicidad

De esta definición se deriva que la publicidad puede ser entendida como toda forma de comunicación, realizada por una persona natural o jurídica privada, en el ejercicio de una actividad industrial, artesanal o profesional con el fin de promover, de forma directa o indirecta, la contratación de bienes y servicios. En este orden de ideas, el principal objetivo perseguido por la publicidad es la promoción de bienes, servicios o ideas, con el fin de persuadir a los destinatarios del mensaje, para que se inclinen en el sentido particular que busca el promotor o patrocinador de dichos mensajes. Ahora pues, el ejercicio de la publicidad debe estar dirigido a comunicar un mensaje al público, de manera responsable respetando los derechos tanto de los agentes que ofrecen bienes y servicios, como de los consumidores en el mercado. Ello supone que su contenido sea veraz, comprobable y en general, que se ajuste a los usos y principios éticos ordinarios en el comercio. De lo contrario, dicha publicidad tendrá el carácter de actividad desleal si se demuestra su capacidad potencial de daño en el mercado, según el orden jurídico venezolano, especificado en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.

La función de la actividad publicitaria, consiste pues en ofrecer a los agentes participantes en los mercados, información a través de cualquier medio (oral, visual, audiovisual o escrito) sobre los servicios que los demás actores ofrecen en los mismos, es decir, sirve de eslabón entre los operadores y los consumidores, buscando estimular la contratación. En este sentido, la publicidad se presenta como un medio apto para agudizar la competencia empresarial. Es por ello que el ordenamiento jurídico exige que el conjunto de comunicaciones informativas y manifestaciones persuasivas aseguren en cada caso que la expresión publicitaria sea transparente, verificable y en general se ajuste al principio de competencia leal.

b. La publicidad engañosa y falsa

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.²³

Resolución: n° SPPLC/0009-2004 30-01-04

Concepto de publicidad engañosa y falsa

Según la doctrina de esta Superintendencia, se consideran elementos esenciales para determinar la práctica desleal publicidad falsa o engañosa, la realización de un conjunto de medios para divulgar o extender información sobre el producto o servicio que difieran con la

22. Véase: Resolución: n° SPPLC/008-2003, Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A. de 02-04-03 así como la Resolución: n° SPPLC/0025-2003, Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional, de 24-10-03.

23. Véanse: Resolución: n° SPPLC/008-2003, Caso: SKF Venezolana S.A. vs. Seal-Pack C.A. de 02-04-03 y Resolución: n° SPPLC/0025-2003, Caso: Grupo Polar vs. C.A. Cervecería Regional, de 24-10-03.

realidad ocasionando un daño en el mercado o bien exista la potencialidad de causar daño en el mercado; por medio de esta práctica existe la posibilidad de desviar la clientela hacia el competidor que ha creado la publicidad falsa y engañosa.

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.
Resolución: n° SPPLC/0009-2004 30-01-04

Concepto de publicidad engañosa

Por consiguiente, la publicidad engañosa se dará cuando un agente económico actuando de una forma no transparente, publicita un producto y/o un servicio presentado por la misma empresa o una competidora, utilizando elementos no objetivos no verificables o comprobables. Es decir, a través de la comunicación masiva transmite o difunde con intención o sin ella a los consumidores, usuarios y/o competidores información capaz de perturbar la transparencia del mercado a fin de confundirlos y/o perjudicar la posición de la empresa competidora.

Caso: Corporación Digitel C.A. vs Telcel C.A.
Resolución: n° SPPLC/0009-2004 30-01-04

Concepto de publicidad falsa

Otra de las prácticas señaladas en el numeral 1 del artículo 17 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, es la llamada publicidad falsa, la cual es aquella que de cualquier forma divulgue o comunique de manera incierta las características o propiedades de productos, bienes, actividades o servicios que ocasionen un perjuicio o que sean capaces de perjudicar a los competidores o al mercado.

JURISPRUDENCIA

Información Jurisprudencial

Jurisprudencia Administrativa y Constitucional Tribunal Supremo de Justicia Primer Semestre de 2004

Selección, recopilación y notas
por Mary Ramos Fernández
Abogado
Secretaria de Redacción de la Revista
Marianella Villegas Salazar
Abogado Asistente

SUMARIO

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*. A. La Constitución. a. Interpretación. b. Régimen constitucional transitorio: Estatuto Electoral del Poder Público. c. Orden Público Constitucional. B. La Ley: Leyes orgánicas. 2. *Responsabilidad Patrimonial del Estado*.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*. A. La garantía de acceso a la justicia: Protección de derechos e intereses colectivos o difusos. B. Las garantías del debido proceso: Derecho a la defensa. C. Derecho a la tutela judicial efectiva. 2. *Derechos Individuales*. A. Derecho de petición y a la oportuna respuesta. B. Derecho a la información administrativa. 3. *Estado Social y Derechos Sociales*. A. La justiciabilidad de los derechos sociales. B. Derechos Laborales y responsabilidad empresarial. 4. *Derechos Políticos: Derecho a la participación política*.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del ejercicio del Poder Público*. A. Régimen de la Administración Pública. a. Potestad Sancionadora: Principio de legalidad. b. Poder Discrecional. c. Competencia: Potestades Implícita e inherentes. d. Privilegios Procésales. 2. *El Poder Nacional*. A. Competencias: Legislación en materia de loterías, hipódromos y apuestas en general. B. El Poder Ejecutivo. a. El Presidente de la República. Las Faltas absolutas efectos de la revocatoria popular del mandato. C. El Poder Legislativo. a. Competencias de la Asamblea Nacional: Remoción de altos funcionarios públicos. b. Delegación legislativa y reserva legal. D. El Poder Judicial. a. Principios de la Administración de Justicia. b. Régimen de los Jueces: Recusación. c. Tribunal Supremo de Justicia: Facultad de avocamiento. d. Regulación de Competencia. Conflictos de competencia. e. Actuaciones Judiciales. a'. Régimen Probatorio: Prueba de informes. E. El Poder Ciudadano. a. Contraloría General de la República: Contralor General de la República. 3. *El Poder Estatal*. A. Competencias. a. Descentralización de competencias de los Estados a los Municipios. b. Creación de nuevas entidades locales.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen de las Instituciones Financiera: Actividad de intermediación financiera (servicio público)*. 2. *Propiedad y Expropiación*. A. Propiedad: Registro Inmobiliario. 3. *El Régimen de los bienes públicos. Bienes del dominio público: Las aguas*.

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Finalidad de la potestad tributaria*. 2. *La Potestad Tributaria Municipal*. A. Ámbito. B. Impuesto sobre Actividades Económicas.

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo: Principio de la confianza legítima (buena fe)*. 2. *Actos Administrativos*. A. Vicios. Vicio de forma. Inmotivación. 3. *Contratos Administrativos*. A. Competencia Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa. B. Naturaleza. C. Características. E. Concesiones Mineras.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. Órganos. A. Tribunal Supremo de Justicia. a. Sala Político Administrativa. b. Sala Electoral. a'. Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo. 2. *El Contencioso-Administrativo de Anulación*. A. Carácter subjetivo del proceso. B. Las partes en el proceso: Intervención de terceros. B. Pruebas: Medios de Prueba (Inspección Ocular). C. Procedimiento: Declaratoria de urgencia (Improcedencia). D. Sentencia. a. Costas b. Aclaratoria y ampliación. 3. *El Contencioso Administrativo de Anulación y Amparo*. A. Propósito. B. Principios para la tramitación. C. Inadmisibilidad del amparo cautelar. 4. *El Contencioso Administrativo de Interpretación: Requisitos de admisibilidad*. 5. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo de los conflictos. a. Controversias administrativas: Competencia de la Sala Político Administrativa. a. Conflicto de autoridades (anormalidad institucional de un municipio).

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad*. A. Legitimación. B. Objeto: Leyes derogadas. C. Fundamentación de la demanda. D. La interpretación constitucional. 2. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público*. 3. *Resolución de Controversias Constitucionales entre Órganos del Poder Público*. 4. *Recurso de Interpretación Constitucional*. 5. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*. 6. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia. B. Extinción del proceso. a. Abandono del trámite. C. Inadmisibilidad.

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. *Responsabilidad Administrativa*.

I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*

A. *La Constitución*

a. *Interpretación*

TSJ-SC (488)

30-3-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 11 y 91 numeral 29 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Al respecto estima la Sala, que al ser la Constitución la norma primaria a la cual debe sujetarse el ordenamiento jurídico, la labor del legislador debe tener como norte no sólo los principios generales expresamente consagrados, sino además los supremos fines por ella perseguidos, por lo que está obligado a realizar una interpretación integral y coordinada de las normas que conforman el cuerpo constitucional, es decir, que el legislador no es un simple ejecutor de los principios constitucionales sino que por el contrario en ejercicio de sus funciones goza de una amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales.

b. *Régimen constitucional transitorio: Estatuto Electoral del Poder Público*

TSJ-SC (106)

11-2-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. Garcia Garcia

Caso: Interpretación del artículo 3 del Estatuto Electoral del Poder Público.

Cualquier gobernador o alcalde electo en los comicios del 30 de julio y 3 de diciembre de 2000, puede postularse para ser reelecto en dichos cargos en el próximo proceso comicial, ya que no es posible aceptar la vigencia de la parte in fine del artículo 3 del Estatuto Electoral del Poder Público, por tratarse de una norma transitoria cuyo supuesto de hecho se verificó, y, porque pretender lo contrario sería aplicar de forma ultra-activa la vigencia de dicha normativa.

Se ha solicitado la interpretación del precepto contenido en el artículo 3 del Estatuto Electoral del Poder Público, que dispone que los candidatos que sean elegidos en los comicios dispuestos en ese Estatuto serían elegidos por un período completo de conformidad con la Constitución y ese texto normativo, acotando que aquellos gobernadores y alcaldes que hubieran ejercido un período completo con anterioridad y quedaren elegidos en tales comicios no podían optar a un nuevo período.

En tal sentido se debe comenzar por cuestionar la vigencia de la transitoriedad decretada por la Asamblea Nacional Constituyente, con respecto a los Poderes Ejecutivos nacionales, estatales y municipales, luego de haberse celebrado, el 30 de julio y el 3 de diciembre de 2000, los procesos comiciales a que hace referencia el artículo 1 del indicado Estatuto. En efecto, el Estatuto Electoral del Poder Público fue dictado por la Asamblea Nacional Constituyente en ejercicio del poder constituyente originario para transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico que permitiera el funcionamiento efectivo de una democracia social y participativa, en concordancia con el artículo 39 del Régimen de Transición del Poder Público, aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente en sesión del 22 de diciembre de 1999, para regular la reestructuración del Poder Público con el propósito de permitir la vigencia inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela - como desarrollo y complemento de las Disposiciones Transitorias de la Constitución-, hasta la implantación efectiva de la organización y funcionamiento de las instituciones que ésta estatuye (*Vid.* Sent. n° 457/2001 y 2816/2002).

Es así como a partir de la aprobación de las bases comiciales y de la instalación de la Asamblea Nacional Constituyente, surgió un régimen especial en el país, en el cual se distinguen dos períodos claramente delimitados; a saber: una primera fase que se extendió hasta la aprobación de la vigente Constitución, en la que coexistieron las normas de la Constitución de la República de Venezuela de 1961, con las dictadas por la Asamblea Nacional Constituyente como máxima expresión del Poder Soberano; y, una segunda fase, que si bien se inició a partir de la promulgación y publicación de la Constitución de 1999, el bloque constitucional que transitoriamente conforman la vigente Constitución, las Bases y Preguntas del referendo del 25 de abril de 1999, y las normas de la Asamblea Nacional Constituyente sancionadas conforme a éstas, extendió su vigencia hasta la íntegra elección de los órganos que ejercen los Poderes Públicos, y la efectiva organización y funcionamiento de las instituciones previstas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, aunque el Decreto sobre el Régimen de Transición del Poder Público señala que las disposiciones de la transitoriedad tienen una duración diferente, según fueran re-legitimados los Poderes, lo cierto es que en la práctica el fin del régimen transitorio vino marcado por las elecciones del 30 de julio y 3 de diciembre de 2000, pues estos procesos comiciales eligieron la mayoría de los órganos conformados popularmente; de lo que se advierte que la transitoriedad de los Poderes Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Ciudadano, regida por las normas sancionadas por la Asamblea Nacional Constituyente y por las normas transitorias de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se extinguió en la misma medida en que fueron elegidos, en forma definitiva, los titulares de los órganos que ejercen tales Poderes.

En tal sentido, siendo que con base en el artículo 39 del Régimen de Transición, la Asamblea Nacional Constituyente aprobó el Estatuto Electoral del Poder Público, uno de los instrumentos jurídicos claves para la correcta finalización de la transición hacia el nuevo marco constitucional, se debe concluir que el régimen transitorio que regula ese Estatuto perderá validez en tanto y en cuanto los órganos transitorios se legitimen conforme al régimen constitucional vigente.

Por tanto, visto que el Régimen de Transición del Poder Público y el Estatuto Electoral del Poder Público son normas cuyos supuestos de hecho se agotaron en lo que respecta al Poder Legislativo y Ejecutivo nacional, estatal y municipal, una vez que se cumplieron las elecciones del 30 de julio y 3 de diciembre de 2000, no es posible aceptar la vigencia de la parte in fine del artículo 3 del Estatuto Electoral del Poder Público, por tratarse, primeramente, de una norma transitoria cuyo supuesto de hecho se verificó, y, sobrevenidamente, porque pretender lo contrario sería aplicar de forma ultra-activa la vigencia del Estatuto Electoral del Poder Público, cuando los representantes de dichos órganos, en definitiva, se sometieron a tales comicios para adaptar su actuación a la Constitución de 1999, de forma que el impedimento para ejercer su derecho a la participación ciudadana será, precisamente, aquel que establezca la Constitución (artículos 160 y 174). De manera que cualquier gobernador o alcalde puede postularse para ser reelecto en dichos cargos en el próximo proceso comicial. Así se decide.

c. *Orden Público Constitucional*

TSJ-SC (106)

11-2-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. Garcia Garcia

Caso: Interpretación del artículo 3 del Estatuto Electoral del Poder Público.

Luego de la declaratoria anterior y vista la proximidad de las elecciones regionales, la Sala, como quiera que en la solución del recurso de interpretación propuesto inicialmente está inmiscuido el orden público constitucional, noción que, si bien no ha sido definida a plenitud por la Sala, de su esencia se desprende que está concebida para preservar la supremacía de la Constitución ante transgresiones flagrantes de sus preceptos y ante la imposibilidad cierta e inminente de lograr el cese de tal alteración a través de los mecanismos jurídicos que el entramado normativo otorga, legitimando a la Sala, y sólo a la Sala, a alterar el esquema procedimental instaurado, ya que, usualmente, conlleva a la subversión del principio de doble grado de la jurisdicción o del derecho al Juez natural, procede a pronunciarse acerca del alcance del precepto normativo contenido en el artículo 3 del Estatuto Electoral del Poder Público. Así se decide.

B. *La Ley: Leyes orgánicas*

TSJ-SC (34)

26-1-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Interpretación del artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Conforme al artículo 203 de la Constitución vigente, no es necesario el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional para dar inicio a la discusión de los proyectos de leyes orgánicas investidas de tal carácter por calificación constitucional que pretendan modificar leyes orgánicas vigentes.

1.- En su decisión n° 1971/2001, del 16-10, esta Sala Constitucional señaló que el artículo 203 de la Constitución de 1999 modificó el régimen constitucional para la producción por parte del legislador nacional de normas o leyes con carácter orgánico, al (i) suprimir la libertad que el derogado Texto Constitucional de 1961 confería en su artículo 163 al Órgano Legislativo Nacional para que invistiera, con el voto favorable de una mayoría calificada y, supuestamente, según su apreciación de la importancia del ámbito regulado, a determinados textos legales con el carácter de preceptos orgánicos, junto a los así calificados en forma expresa por la Norma Constitucional, y (ii) adoptar un criterio material para delimitar los supuestos en que la actual Asamblea Nacional puede, mediante una mayoría calificada, atribuir el carácter orgánico a determinadas normas legales, todo ello en atención a la función que dichas disposiciones ocupan en el ordenamiento jurídico, a saber, la de regular una materia específica, vinculada con derechos constitucionales, la organización de las ramas del Poder Público o con la producción de otras normas, en forma preferente a la ley ordinaria que pueda ser dictada respecto de esa misma materia por el Órgano Legislativo Nacional, todo ello a fin de impedir la modificación constante de dicho régimen y no concertada de dichas normas orgánicas, en perjuicio de la estabilidad de las instituciones o del efectivo ejercicio de los derechos protegidos constitucionalmente.

Ahora bien, según lo interpretado por la Sala en su decisión n° 537/2000, del 12-06, la clasificación de leyes orgánicas que adopta el artículo 203 del vigente Texto Fundamental, cuando expresa que son normas de carácter orgánico las que así denomina la propia Constitución, las dictadas para regular los poderes públicos, las dictadas para desarrollar derechos constitucionales y las que se sirven de marco normativo a otras leyes, atiende a criterios de división lógica distintos, ya que las categorías 1^{era} y 4^a, obedecen a un criterio técnico-formal, es decir, a la prescripción de su denominación constitucional o a la calificación por la Asamblea Nacional de su carácter de ley marco o cuadro; mientras que las categorías 2da y 3ra responden a un principio material relativo a la organicidad de las ramas en que se divide el Poder Público y al desarrollo de los derechos constitucionales; por tal motivo, según lo indicado por la misma Sala en sentencia n° 2573/2002, del 16-10, la calificación de una ley como orgánica tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, una significación importante, que viene determinada por su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes en relación con un área específica, por ello, la inclusión de la expresión orgánica en su denominación revela mucho más que un nombre, pues con éste se alude al carácter o naturaleza relevante de una determinada norma dentro de aquel sistema.

En armonía con lo expuesto, y al objeto de profundizar en el basamento o razón de ser de la norma orgánica, más allá de su comprensión por la dogmática jurídica, en decisión n° 1723/2002, del 31-07, esta Sala Constitucional indicó con claridad que la naturaleza orgánica

de la ley también surge, aparte de los criterios de división lógica apuntados anteriormente, del contraste con las leyes ordinarias, pues mientras las primeras (normas orgánicas) están asociadas a determinadas materias o cumplen un determinado fin técnico, respecto de las segundas (normas ordinarias) el legislador dispone de un amplio poder de configuración; en el mismo sentido, para la calificación de las primeras se exige una mayoría de las dos terceras partes de sus integrantes en el proceso legislativo (artículo 203 constitucional), mientras que las normas o leyes ordinarias pueden ser *aprobadas* válidamente por mayoría de votos (artículo 209 constitucional), siempre y cuando se cumpla con el *quórum* exigido por la misma Norma Fundamental (artículo 221).

En el mismo fallo, la Sala apuntó que las diferencias anotadas no son producto de un capricho del constituyente, y que, por el contrario, tienen su fundamento en atendibles *razones de orden político-constitucional* que, sean cuales fueren, justifican su cumplimiento riguroso, esto es, que los requisitos establecidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para darle carácter orgánico a un proyecto de ley deben necesariamente estar presentes de forma cabal, concurrente, pues, si fuere de otro modo, se dejaría sin contenido las normas que los establecen y no se daría cumplimiento a los objetivos del constituyente al erigir tales dificultades y al relacionar dichos instrumentos normativos con materias o fines determinados de especial impacto, por ejemplo, en el ejercicio de los derechos constitucionales o en las relaciones de los particulares con el Estado, según el caso, las cuales requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo, que las dirigidas a normar ámbitos donde, al no estar comprometidas relaciones o situaciones jurídicas tan delicadas, es necesario mayor flexibilidad y rapidez para su progresiva y oportuna modificación o reforma.

Para dejar en evidencia la importancia del tópico examinado, a saber, la justificación de las leyes orgánicas en el ordenamiento jurídico venezolano, la Sala acogió lo expresado por la dogmática constitucional española, de acuerdo con la cual “...es claro que el propósito perseguido por el constituyente (al consagrar la figura de la ley orgánica) no fue otro que el dotar a ciertas materias de un mayor apoyo parlamentario –con respecto a las habituales exigencias de mayoría simple– dotándolas también con ello de una mayor estabilidad. Con la exigencia de mayoría absoluta (en el ordenamiento constitucional español) en tales casos se venía a prolongar en alguna medida el espíritu de consenso que había presidido la elaboración de la Constitución, proyectándola sobre una serie de materias” (cfr. Juan Pemán Gavín, “Las Leyes Orgánicas: concepto y posición en el sistema de fuentes del derecho”, en *Estudios sobre la Constitución Española, Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1991, p. 139).

En tal sentido, razonó esta Sala que, desde un punto de vista positivo, debe tenerse presente que el instituto de la ley orgánica está reservado a materias de especial trascendencia, tales como: a) las relativas al funcionamiento de los órganos de más alto rango de las diferentes ramas en que se divide el Poder Público [Fuerza Armada Nacional (art. 41), Distritos Metropolitanos (art. 172), Administración Pública Nacional (art. 236.20.), Procuraduría General de la República (art. 247), *Tribunal Supremo de Justicia* (art. 262), Poder Ciudadano (art. 273), Poder Electoral (art. 292) y Consejo de Defensa de la Nación (art. 323)]; b) a la organización del territorio y la armonización interterritorial: (fronteras (art. 15), división político-territorial (art. 16), ordenación del territorio (art. 128), organización municipal (art. 169), límites a los emolumentos de los funcionarios públicos (art. 147)] c) a la industria y finanzas públicas (actividad petrolera (art. 302), crédito público (art. 312), administración económica y financiera del Estado (art. 313)]; d) desarrollo de los derechos constitucionales [los comprendidos en el Título III de la Constitución, lo relativo a los refugiados (Disposición Transitoria Cuarta)]; y e) protección del orden constitucional [jurisdicción constitucional (art. 336.11), estados de excepción (art. 338)].

Y, desde un punto de vista negativo, que la previsión constitucional de normas o leyes orgánicas responde al orden democrático estatuido por el pueblo en la Carta Fundamental, que constituye el cimiento del sistema político venezolano, vinculado inexorablemente a los principios democráticos, de la participación y del pluralismo político (artículos 2, 6 y 62 constitucionales), los cuales exigen que en el seno de los órganos legislativos sea el juego de las mayorías (simples, absolutas o calificadas según la materia objeto de la regulación) el que fije discrecionalmente los criterios político-normativos en función de la convivencia social, política y económica, todo en el marco de las composiciones y recomposiciones a que están sujetas las fuerzas sociales en ellos representadas, discrecionalidad que encuentra cobertura en la textura abierta de los principios rectores de la política social y económica contenidos en la Constitución vigente, en función de lo cual ésta se erige como una plataforma de partida que representa la garantía de legitimidad para que cada uno de los sectores sociales pueda competir, esto es, de participar directamente o a través de sus representantes electos en forma democrática, en la tarea de imprimir al Estado una orientación de uno u otro signo.

Ahora bien, según explicó esta Sala Constitucional en la oportunidad indicada (sentencia n° 1723/2002, del 31-07, ratificada en la n° 2573/2002, del 16-10) tales principios (democrático, de participación y pluralismo político) son fundamentales, ya que, al ser normativos en el sentido de vincular la actuación del propio rgano Legislativo Nacional, allanan el camino para el encuentro de “*coexistencias posibles, es decir un compromiso de las posibilidades y no un proyecto rígidamente ordenador que pueda asumirse como un a priori de la política con fuerza propia, de arriba hacia abajo. Sólo así podremos tener constituciones abiertas, constituciones que permitan, dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática. Será la política constitucional que derive de las adhesiones y de los abandonos del pluralismo, y no la Constitución (o el uso impropio de las leyes orgánicas, agrega esta Sala) la que podrá determinar los resultados constitucionales históricos concretos*” (cfr. Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho Dúctil*, Trotta, Madrid, 1997, p. 97).

En armonía con la fundamentación político-constitucional expuesta sobre la trascendencia que, para las personas que integran una sociedad en particular, tienen las normas contenidas en leyes orgánicas, la filosofía del derecho, entendida en su perspectiva epistemológica respecto de la ciencia del derecho, ha contribuido en el estudio de la naturaleza de las normas o leyes orgánicas y su posición dentro del ordenamiento jurídico, a partir de las construcciones teóricas elaboradas por las distintas ramas de la dogmática jurídica.

En efecto, a partir de la observación de que las normas dictadas con base en el actual artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela tienen el efecto de impedir que por leyes ordinarias o especiales se deroguen disposiciones referidas a la organización de ciertos poderes o a las formalidades que deben reunir determinadas leyes, se ha indicado que las normas o leyes orgánicas poseen las siguientes características: a) son preceptos relativos a los órganos creadores del derecho y al procedimiento que han de seguir éstos para emitir declaraciones de voluntad imputables al Estado (cfr. H. Nawiasky, *Teoría General del Estado*, Madrid, Rialp, 1962, trad. de José Zafra Valverde, p. 162), debido a ello, las normas orgánicas se distinguen de las normas materiales o primarias, en lenguaje hartiano, pues mientras éstas dicen cómo se han de comportar los sujetos de derechos para evitar la sanción, aquellas expresan quién determina y cómo se determina el modo en que los sujetos de derecho han de obrar para evitar las sanciones; b) son facultativas o permisivas en tanto disposiciones relativas a los presupuestos para el nacimiento de las normas jurídicas materiales, en tal sentido, algunos autores llaman a las normas orgánicas normas de competencia (C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas*, Astrea, Buenos Aires, 1974, pp. 119 y 120), por oposición a las normas de conducta, y otros las

denominan derecho constitucional *lato sensu*, al asimilarlas a las normas que conforman la parte orgánica de la Constitución dedicada a la organización del Estado (*cf.* H. Nawiasky, *op. cit.*, pp. 166); c) son formales, al igual que las procedimentales y las procesales, en relación con las normas materiales o de conducta, ya que regulan el ejercicio de un poder, es decir, la potestad de producir un efecto jurídico, pero, a diferencia de estas últimas, aquellas establecen las condiciones bajo las cuales pueden surgir nuevas normas materiales; d) son premisa lógica de las normas de conducta o materiales, en el sentido de que los órganos han de existir previamente para que el derecho pueda ser estatuido, de allí que se afirme que las normas orgánicas son normas jurídicas parciales, carentes de autonomía, limitadas únicamente a fijar los presupuestos para el nacimiento de normas materiales o de conducta generales o individualizadas, sin que ello permita confundirlas con las llamadas normas programáticas (*cf.* H. Nawiasky, *op. cit.*, pp. 165).

Como expresamente señaló esta Sala en su citada decisión n° 2573/2002, del 16.10, la Constitución de la República Bolivariana eliminó la “categoría” de leyes orgánicas por investidura parlamentaria prevista en el artículo 163 de la Constitución de 1961 (que de cualquier modo no debió ser interpretada como la posibilidad para el antiguo Congreso de la República de investir de organicidad a las leyes que le parecieran importantes, sino sólo a las leyes referidas a la organización de ciertos poderes o a las formalidades que debían reunir determinadas leyes) y limitó a cuatro categorías inequívocas determinables los tipos de leyes orgánicas (las que así denomine la Constitución, las que se dicten para organizar los poderes públicos, para desarrollar los derechos constitucionales y las que sirven de marco normativo a otras leyes) con lo cual no hizo sino ratificar las ideas expresadas por la filosofía del derecho al explicar que la prohibición para el legislador nacional de derogar total o parcialmente mediante leyes especiales u ordinarias, aprobadas por una mayoría absoluta, las normas contenidas en leyes orgánicas, aprobadas por una mayoría calificada, obedecía al reconocimiento por la propia Norma Constitucional de la naturaleza de normas constitucionales *lato sensu* de tales preceptos orgánicos, no por tener rango superior a la ley ordinaria en el sistema de fuentes, sino por su preeminencia lógica e indispensable para la construcción del resto del ordenamiento jurídico.

2. En el caso del texto legal rector del funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia que integra esta Sala, es la propia Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la que en su artículo 262 lo inviste del carácter orgánico, por tal motivo, y sin que ello suponga en modo alguno contradecir el análisis político-constitucional contenido en el presente fallo y la teoría general expuesta sobre la naturaleza y posición de la norma orgánica, el artículo 203 constitucional establece en su primer aparte que en el caso del mencionado texto legal, así como en todos los demás casos de leyes orgánicas por denominación constitucional, no es necesario para su admisión (inicio de su discusión) el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes al momento de iniciarse la discusión del proyecto de ley del Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto tal condición de validez (presupuesto) para el procedimiento legislativo, de acuerdo a lo indicado en las sentencias de esta Sala Constitucional aludidas en la presente decisión, sólo existe para el caso de aquellas leyes que no estén expresamente investidas del carácter orgánico por la propia Norma Fundamental, las cuales, a su vez, están sujetos al control previo de la constitucionalidad de dicho carácter que ejerce esta Sala Constitucional, con base en el segundo aparte del mismo artículo 203 *eiusdem*.

Así lo ha interpretado válidamente la doctrina, cuando afirma que “...las leyes orgánicas por denominación constitucional no requieren para su formación, modificación o derogación, a diferencia de las otras clases de leyes orgánicas (para la organización de los poderes públicos, desarrollar los derechos constitucionales, y servir de marco normativo a otras leyes) pasar por el procedimiento agravado previsto para éstas, que consiste en su admisión como tal ley orgánica, que requiere contar con el voto favorable de las dos terceras partes

de los integrantes de la Asamblea Nacional, presentes en la sesión en que se inicie la discusión del respectivo proyecto, ni ninguna otra formalidad especial, es decir, que únicamente deben seguir el procedimiento ordinario de formación de las leyes previsto en la Constitución, expuesto anteriormente (art. 205 al 215)...” (José Peña Solís, “La nueva concepción de las leyes orgánicas en la Constitución de 1999”, en *Revista de Derecho* n° 1, TSJ, Caracas, 2000, pp. 83 y 84).

Tal previsión del constituyente (de excluir el requisito agravado de admisión por el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional del procedimiento de discusión y sanción de las leyes orgánicas por calificación constitucional), en criterio de esta Sala, se justifica por el hecho de que en los casos de leyes orgánicas investidas con tal carácter por la propia Norma Constitucional no es necesario lograr el acuerdo o consenso político de los miembros del Órgano Legislativo Nacional en la etapa de admisión del respectivo proyecto de ley (que, lógicamente, es previa a la sanción del respectivo proyecto), dado que el mismo se entiende adoptado por el órgano depositario del poder constituyente que reside en el pueblo, al momento de sancionar el propio Texto Constitucional. Cosa distinta ocurre con las demás normas o leyes orgánicas cuyo carácter derive de la investidura que la Asamblea Nacional (al considerarla subsumible en algunos de los supuestos del artículo 203 constitucional) le confiera al momento de decidir su admisión, ya que en tales casos sí es menester el acuerdo o consenso político, expresado por el voto favorable de la dos terceras partes de los integrantes de la Cámara, al momento de admitir el proyecto de ley en particular, siendo en tal exigencia –la mayoría calificada exigida para la admisión de las leyes orgánicas no calificadas como tales por la Constitución- donde radica el cambio entre el procedimiento agravado establecido en el artículo 163 de la Constitución de 1961 y el establecido en el artículo 203 de la Constitución de 1999.

De acuerdo con lo anterior no es necesario que la Asamblea Nacional admita el proyecto de ley orgánica del Tribunal Supremo de Justicia con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes al momento de iniciarse la discusión de dicho proyecto de ley, por cuanto la interpretación que debe darse a la redacción contenida en el primer aparte del artículo 203 constitucional, cuando señala que “*todo proyecto de ley orgánica, salvo aquél que esta Constitución califique como tal...*”, es que el término “salvo” adoptado por el constituyente releva en forma expresa a la Asamblea Nacional de cumplir con dicha condición de validez (presupuesto) para el inicio de la discusión del respectivo proyecto de ley, por cuanto la decisión de calificar como orgánicas a las normas a ser examinadas, discutidas y sancionadas como ley fue tomada por el constituyente y no depende en modo alguno de la opinión o parecer del Órgano Legislativo Nacional, por ello, igualmente, las normas que son calificadas por la Constitución de orgánicas no están sujetas al control previo de la constitucionalidad del carácter orgánico, según el segundo aparte del mismo artículo 203, que señala “*las leyes que la Asamblea Nacional haya calificado de orgánicas serán remitidas antes de su promulgación a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, para que se pronuncie acerca de la constitucionalidad de su carácter orgánico*”.

3.- En cuanto a la mayoría parlamentaria requerida para que la Asamblea Nacional sancione una ley orgánica que derogue otra ley orgánica, debe observarse que el tantas mencionado artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no establece en su primer aparte en forma expresa que para *sancionar* una ley orgánica que pretenda o no modificar total o parcialmente (que implicaría derogación) una ley orgánica vigente, se requerirá el voto favorable de una mayoría calificada de dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional, ya que sólo establece, como se indicó *supra*, una mayoría calificada para la admisión del proyecto de ley orgánica, excepto cuando tal rango sea consecuencia de una calificación de la propia Constitución. No obstante lo anterior, pudiera existir duda en cuanto al sentido que debe atribuirse al acápite incluido en el mismo primer aparte de la

norma examinada (artículo 203), de acuerdo con el cual “*Esta votación calificada (de dos terceras partes) se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas*”, ya sea que se interprete el término “modificación” en sentido amplio, como cualquier reforma parcial o total (derogación) de una norma orgánica vigente, o en sentido restringido, únicamente como reforma parcial de una ley orgánica vigente.

En efecto, la proposición citada ha llevado a plantear interpretaciones como la siguiente: “...*la Constitución recoge parcialmente el denominado principio de ‘paralelismo de las formas’, que preconiza que los actos se deshacen en la misma forma en que se hacen, o que se modifican o revocan siguiendo el mismo procedimiento con que se constituyen. En efecto, el aludido principio aparece recogido en el artículo 203, primer aparte, que expresa: ‘Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley. Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas’. Sin duda que la intención de la Constitución es exigir esa misma mayoría calificada para las modificaciones de las leyes orgánicas (...). Sin embargo, el principio (paralelismo de las formas) no aparece recogido plenamente en la letra de la Constitución, en virtud de que la mayoría calificada es exigida únicamente para la modificación y no para la derogación de este tipo de leyes, pero las reglas hermenéuticas más elementales conducen a exigir, con mayor razón, dicha mayoría para la derogación de las leyes orgánicas, pues no debe olvidarse que al fin y al cabo las leyes orgánicas adquieren una especie de mayor fuerza, debido precisamente a esa mayoría, razón por la cual su estabilidad o vigencia está condicionada a que en el juego parlamentario se conforme una mayoría calificada que permita su derogación, lo que no ocurre con las leyes ordinarias*” (José Peña Solís, *op. cit.*, pp. 98 y 99).

Ahora bien, considera esta Sala, sobre la base de un argumento a rubrica (aquél que permite atribuir significado a una norma en función del título o rúbrica que encabeza al grupo de artículos en el que aquél se encuentra, *cfr.* Jesús Lima Torrado, en *Teoría y Práctica en la Aplicación e Interpretación del Derecho*, Madrid, Colex, 1999, p. 121) de la norma objeto de la presente solicitud, y con fundamento en el análisis político-constitucional contenido en la presente decisión respecto de la razón de ser las leyes orgánicas y en la explicación iusfilosófica sobre el carácter constitucional lato sensu de las mismas vistas las relaciones que mantiene con otras categorías de normas que integran el ordenamiento jurídico, que cuando el acápite contenido en el primer aparte del artículo 203 de la Constitución de 1999 establece en forma expresa que la mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes “*se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas*”, quiere decir, en observancia del principio del paralelismo de las formas, que dicha mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes debe también ser cumplida por la Asamblea Nacional al momento de *admitir* un proyecto de ley orgánica, no calificado con tal rango por la Constitución, que pretenda modificar total o parcialmente una ley orgánica vigente. En otras palabras, que todo proyecto de reforma total o parcial de una ley orgánica investida con tal rango por el Órgano Legislativo Nacional en virtud de la pretensión que se tiene de regular con ella algún derecho constitucional, de organizar algún poder público o de que sirva de marco normativo a otras leyes, debe ser admitido por la Asamblea Nacional con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley.

Considera la Sala que al estar referida la mayoría calificada prevista en el único aparte del artículo 203 (en donde se encuentra el acápite citado) a la mayoría exigida por el Texto Constitucional para admitir un proyecto de ley orgánica –no calificado así por la Constitución– antes de iniciarse su discusión, sólo en dicha etapa del procedimiento legislativo donde se discute un proyecto de reforma parcial o total (derogatorio) de una ley orgánica vigente, es exigible, con base en la proposición contenida en el mencionado aparte primero, que la

Asamblea Nacional lo admita con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes antes de iniciarse su discusión, ya que si para admitir un proyecto de ley orgánica que no reformará o derogará una ley orgánica vigente es necesaria, según la Constitución vigente, dicha mayoría calificada de dos terceras (2/3) partes, con mayor razón lo será para admitir un proyecto de ley orgánica que modificará en forma parcial o total una ley orgánica vigente, por ser ésta, además, la única forma de cumplir con el ya mencionado principio del paralelismo de las formas.

Como ha sido expuesto en este mismo fallo, si se acepta, de un lado, que el fundamento de dichas normas radica en la necesidad percibida por el constituyente de exigir a los miembros del Órgano Legislativo Nacional la procuración de consensos o acuerdos duraderos respecto de la normativa rectora de ciertas y determinadas materias de especial trascendencia en la vida social (las dictadas para regular los poderes públicos, las dictadas para desarrollar derechos constitucionales y las que se sirven de marco normativo a otras leyes), a objeto de lograr estabilidad, permanencia y seguridad en la ejecución y observancia de las mismas, evitando la arbitrariedad y la imposición de mayorías relativas, y, por otro, que la naturaleza orgánica de determinadas normas legales las convierte en normas de competencia de índole cuasiconstitucional, es menester interpretar, entonces, que, según el acápite del primer aparte del artículo 203, sólo con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes es posible admitir un proyecto de ley orgánica, no calificado así por la Constitución, que pretenda reformar total o parcialmente una ley orgánica, ello igualmente, en atención a la solución adoptada por esta Sala en su sentencia n° 2573/2002, del 16.10, al resolver el problema de la derogación de leyes orgánicas investidas con tal carácter por mayoría parlamentaria, dictadas por el anterior Congreso de la República, por leyes ordinarias dictadas por la Asamblea Nacional bajo la vigencia de la Constitución de 1999, no susceptibles de ser calificadas por la actual Asamblea Nacional con tal carácter, pero que han sido admitidas antes de iniciarse su discusión con la mayoría calificada de las dos terceras partes exigida por el artículo 203 constitucional para la admisión de aquellos proyectos de leyes orgánicas no investidos de tal carácter por la propia Carta Magna.

Con base en los argumentos expuestos, esta Sala Constitucional reitera que, conforme al artículo 203 de la Constitución vigente, no es necesario el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional para dar inicio a la discusión de los proyectos de leyes orgánicas investidas de tal carácter por calificación constitucional que pretendan modificar leyes orgánicas vigentes, entre los que se encuentra el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y, advertido el silencio en la norma contenida en el referido artículo 203, respecto de la mayoría parlamentaria requerida para la sanción de cualquier ley orgánica, esté o no investida con tal carácter por la Constitución de 1999, declara que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 209 de la Norma Fundamental y 120 del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional, cuya última reforma fue publicada en *Gaceta Oficial* Extraordinario, n° 5.667, del 10-10-03, será necesaria la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional presentes en la respectiva sesión para la sanción de las leyes orgánicas contempladas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cualquiera sea su categoría. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa de la mayoría sentenciadora respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

En cuanto a la naturaleza y trascendencia de las leyes orgánicas, afirmó la mayoría que:

“..., la calificación de una ley como orgánica tiene, en nuestro ordenamiento jurídico, una significación importante, que viene determinada por su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes en relación con un área específica, por ello, la inclusión de la expresión orgánica en su denominación revela mucho más que un nombre, pues con éste se alude al carácter o naturaleza relevante de una determinada norma dentro de aquel sistema.” (Subrayado añadido).

“... los requisitos establecidos por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela para darle carácter orgánico a un proyecto de ley deben necesariamente estar presentes de forma cabal, concurrente, pues, si fuere de otro modo, se dejaría sin contenido las normas que los establecen y no se daría cumplimiento a los *objetivos del constituyente al erigir tales dificultades y al relacionar dichos instrumentos normativos con materias o fines determinados de especial impacto, (...), las cuales requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como mayor estabilidad y permanencia en el tiempo, que las dirigidas a normar ámbitos donde, al no estar comprometidas relaciones o situaciones jurídicas tan delicadas, es necesario mayor flexibilidad y rapidez para su progresiva y oportuna modificación o reforma.*” (Subrayado añadido).

“..., desde un punto de vista positivo, debe tenerse presente que el instituto de la ley orgánica está reservado a materias de especial trascendencia, tales como: a) las relativas al funcionamiento de los órganos de más alto rango de las diferentes ramas en que se divide el Poder Público (...), Tribunal Supremo de Justicia (art. 262), (...).

Y desde un punto de vista negativo, que la previsión constitucional de normas o leyes orgánicas responde al orden democrático estatuido por el pueblo en la Carta Fundamental, que constituye el cimiento del sistema político venezolano, vinculado inexorablemente a los principios democrático, de la participación y del pluralismo político (artículos 2, 6 y 62 constitucionales), los cuales exigen que en el seno de los órganos legislativos sea el juego de las mayorías (simples, absolutas o calificadas según sea la materia objeto de la regulación) el que fije discrecionalmente los criterios político-normativos en función de la convivencia social, política y económica, ...”. (Subrayado añadido).

Por lo que respecta al mecanismo de admisión de los proyectos de leyes orgánicas, la decisión de la que se disiente estableció que:

“Tal previsión del constituyente (de excluir del requisito agravado de admisión por el voto favorable de las dos terceras partes de los integrantes de la Asamblea Nacional del procedimiento de discusión y sanción de las leyes orgánicas por calificación constitucional), en criterio de esta Sala, se justifica por el hecho de que en los casos de leyes orgánicas investidas con tal carácter por la propia Norma Constitucional no es necesario lograr el acuerdo o consenso político de los miembros del Órgano Legislativo Nacional en la etapa de admisión del respectivo proyecto de ley (que, lógicamente, es previa a la sanción del respectivo proyecto), dado que el mismo se entiende adoptado por el órgano depositario del poder constituyente que reside en el pueblo, al momento de sancionar el propio Texto Constitucional.” (Subrayado añadido).

En cuanto al punto que se debatió en esta causa, con relación a la mayoría que se precisa para “*que la Asamblea Nacional sancione una ley orgánica que derogará otra ley orgánica*”, la mayoría concluyó que:

“..., cuando el acápite contenido en el primer aparte del artículo 203 de la Constitución de 1999 establece en forma expresa que la mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes ‘*se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas*’, quiere decir, en observancia del principio del paralelismo de las formas, que dicha mayoría calificada de las dos terceras (2/3) partes debe también ser cumplida por la Asamblea Nacional al momento de admitir un proyecto de ley orgánica, no calificado con tal rango por la constitución, que pretenda modificar total o parcialmente una ley orgánica vigente. En otras palabras, que todo proyecto de reforma total o parcial de una ley orgánica investida con tal rango por el Órgano Legislativo Nacional **en virtud de la pretensión que se tiene de (...) organizar**

algún poder público (...), debe ser admitido por la Asamblea Nacional con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley.” (Destacado añadido).

“..., ya que si para admitir un proyecto de ley orgánica que no reformará o derogará una ley orgánica vigente es necesaria, según la Constitución vigente, dicha mayoría calificada de dos terceras (2/3) partes, **con mayor razón lo será para admitir un proyecto de ley orgánica que modificará de forma parcial o total una ley orgánica vigente, por ser ésta, además, la única forma de cumplir con el ya mencionado principio del paralelismo de las formas.**” (Destacado añadido).

Como corolario de lo anterior estableció que:

“..., según el acápite del primer aparte del artículo 203, sólo con el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes es posible admitir un proyecto de ley orgánica, no calificado así por la Constitución, que pretenda reformar total o parcialmente una ley orgánica,...”.

Sobre la base de las argumentaciones que anteceden, el fallo del que se difiere decidió:

“... que, conforme al artículo 203 de la Constitución vigente, **no es necesario el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes de la Asamblea Nacional para dar inicio a la discusión de proyectos de leyes orgánicas investidas de tal carácter por calificación constitucional** que pretendan modificar leyes orgánicas vigentes, ...” (Subrayado añadido).

En criterio del voto-salvante, exactamente los mismos argumentos con relación a la naturaleza, relevancia y mecanismos constitucionales de admisión que empleó la mayoría para llegar a la conclusión anterior, son la base teórica para que se concluya en la tesis exactamente contraria, de conformidad con el principio del paralelismo de las formas y con auxilio del argumento *a fortiori*: por una parte, es indudable que no hay nada que distinga, en su esencia, a las leyes orgánicas que la propia Constitución califica como tales y las que califica la Asamblea Nacional, razón por la cual no cabe diferencia alguna respecto de la manera de modificación de unas y otras; y, por la otra, si el constituyente no hizo la precisión respecto de las primeras fue porque al afirmarlo respecto de las segundas, con mayor razón debe entenderse que se aplica a aquéllas, que el propio constituyente quiso excluir de los debates y avatares políticos para su calificación de orgánicas, por su especial relevancia dentro de esta, ya de por sí relevante, categoría de leyes.

Entiende quien se aparta del criterio mayoritario que no es necesario el auxilio de la Filosofía del Derecho ni de complicados razonamientos para llegar a la conclusión anterior; por el contrario, la lógica más elemental indica, incluso al lego en Derecho, que no puede ser más fácil la modificación –total o parcial- de una ley orgánica que el propio pueblo soberano –a través del constituyente- calificó como tal, porque, *ab initio*, entiende que entra dentro de las restrictivas categorías que utilizó para la distinción de las leyes que llamó orgánicas, que la de una que hubiere sido calificada como tal por el poder público derivado, por el mandatario del soberano, como lo es la Asamblea Nacional.

Desde otro punto de vista, destaca que la mayoría no razonó en el proyecto, en forma alguna, por qué no aplicarían las mismas reglas para la modificación de unas y otras leyes orgánicas (por calificación constitucional o legislativa); se limitó a poner de relieve sólo lo obvio: que las leyes orgánicas por calificación constitucional no requieren de la admisión de su carácter de orgánicas por la Asamblea Nacional, puesto que dicha calificación sería previa al proyecto mismo y se habría impuesto al poder legislativo derivado por el poder constituyente.

En efecto, de la lectura de la sentencia de la que se discrepa salta a la vista que todos los razonamientos que se hicieron giraron en torno a las leyes orgánicas por calificación legislativa, con la salvedad, cada vez, de las así calificadas por el constituyente, pero para nada aludió a éstas para el arribo a la conclusión a la que llegó; conclusión que no puede anclarse en el argumento a contrario porque, se insiste, unas y otras leyes orgánicas son idénticas y si cupiera alguna distinción, ésta apuntaría a que las de calificación constitucional son más importantes aún que las otras, de modo que sería impensable que los mecanismos de su discusión y aprobación pudiesen ser menos restrictivos que los de las últimas.

En todo caso, tampoco resuelve la sentencia de la que se difiere la duda que plantearon los recurrentes en torno, no a la mayoría necesaria para la admisión o sanción de una ley orgánica por calificación constitucional sino, muy concretamente, a cuál sería la mayoría necesaria para la admisión de una ley derogatoria de una ley orgánica preconstitucional; al efecto, aquéllos plantearon:

“Partiendo de que esa ley orgánica (la del la Corte Suprema de Justicia) es plenamente legítima, pues se adaptó a las exigencias constitucionales vigentes para el momento de su sanción, debe aplicarse el criterio apuntado de que para su derogatoria es necesaria una mayoría calificada de dos tercios de los diputados al momento de iniciarse su discusión.”

No obsta para esta conclusión que la ley que pretende derogar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se denomine Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y que no requiere por tanto de una mayoría de dos tercios para su sanción en virtud del artículo 203 de la Constitución. En efecto, una cosa es la mayoría necesaria para sancionar la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y otra muy distinta es derogar la ley orgánica preconstitucional de la Corte Suprema de Justicia. Aunque baste la mayoría absoluta de los diputados para sancionar aquella Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es necesaria de todos modos la mayoría calificada de dos tercios de los diputados al comenzar la discusión de la ley para que esa (*rectius*: sea) posible derogar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En conclusión, para poder derogar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se requiere de la mayoría de dos tercios de los diputados para el momento de iniciarse la discusión de la ley que efectivamente pretenda derogarla, con independencia de si esa ley es orgánica por mandato de la Constitución...”. (Subrayado añadido).

En criterio de quien disiente, asiste la razón a los recurrentes en el sentido de que, independientemente de los argumentos a que se ha hecho referencia *supra*, tanto los del fallo mayoritario como los de este voto salvado, en torno a las leyes orgánicas por calificación constitucional, cuando una ley post-constitucional, aún cuando no sea orgánica, pretenda la modificación –total o parcial- de una ley orgánica preconstitucional, requerirá, de conformidad con el acápite del primer aparte del artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la mayoría calificada de dos tercios (2/3) de los presentes en la Asamblea Nacional para la admisión del proyecto respectivo. Así lo estableció esta misma Sala, con claridad, en sentencia n° 2573 de 16-10-02, caso: “*Ley Orgánica contra la Corrupción*” –que citaron los recurrentes-, en los siguientes términos:

“... bajo la vigencia de la Constitución de 1961, la concepción de las leyes como orgánicas obedecía a parámetros distintos a los adoptados por la Constitución de 1999. En este sentido, podían considerarse tales, además de las que así denominara esa Constitución, las que hubiesen sido investidas con tal carácter por la mayoría absoluta de los miembros de cada Cámara al iniciarse en ellas el respectivo proyecto de ley (Artículo 163). (...).

Sin embargo, en la actualidad la Constitución ha fijado un criterio objetivo para designar a las leyes a los cuales se encuentra condicionada la actividad legislativa.

(...)

En efecto, como quiera que esta Sala, a través del presente fallo, ha considerado la inconstitucionalidad del carácter orgánico de dicha Ley [se refiere a la Ley contra la Corrupción], y aunque no pretende prejuzgar por este medio la conformidad del referido instrumento normativo con la Constitución, no debe dejar de referirse a la circunstancia que, no estando ajustada al máximo instrumento normativo la pretendida naturaleza orgánica, no es posible que se disponga en su articulado la derogatoria de la vigente Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.

La limitación expuesta obliga a esta Sala a pronunciarse acerca de la problemática que plantea el actual sistema de formación de las leyes en cuanto a su naturaleza orgánica, derivado del distinto régimen dispuesto en la vigente Constitución de 1999, con respecto a la cuestión de la derogatoria de aquellas leyes orgánicas, dictadas como tales, bajo la vigencia de la Constitución de 1961.

La cuestión deviene de las implicaciones del aforismo, por demás recogido en el artículo 118 del Texto Constitucional vigente, según el cual “las leyes se derogan por otras leyes...” y del que postula “lex posterior derogat priori”; lo que produce el inconveniente de determinar cómo una ley posterior puede derogar una anterior si no posee la misma categoría.

La Ley Orgánica ha sido considerada como una figura intermedia entre la Constitución y las leyes ordinarias, de tal manera que dentro del sistema de fuentes, ostenta un nivel jerárquico superior, lo que implica que una ley ordinaria no podría derogar aquella.

(...)

Advierte la Sala que, ese cambio de concepción de las leyes orgánicas, al que se aludiera anteriormente en este mismo fallo, tiene como inconveniente que aquellas leyes a las que se les hubiese otorgado legítimamente tal carácter, de conformidad con el ordenamiento vigente para aquel momento, y pretendan ser derogadas por el Legislador actual, no podrían derogarse, si el instrumento normativo con el que se pretendiera su abrogación no poseyera igual naturaleza orgánica, de acuerdo con los principios anotados y a tenor de las causales taxativas contenidas en el artículo 203 de la Constitución vigente.

Cabe destacar que, el problema se plantea debido a que el anterior sistema permitió la utilización indiscriminada de la calificación de orgánicas de las leyes que se sancionaban, de tal manera que, cualquier Ley que obtuviera la mayoría calificada necesaria podía poseer tal carácter y, por tanto, situarse en un grado superior, dentro del sistema de fuentes, en la materia por ella regulada; lo que, necesariamente, incide a los efectos de la función del principio de aplicación preferente y de la vigencia o derogación de las leyes.

De manera que, los efectos del principio derogatorio supone entonces una restricción al legislador actual cuya función legislativa se vería limitada, al no poder nunca derogar por nuevos instrumentos jurídicos aquellos dictados bajo la vigencia del régimen preconstitucional, que ahora no pueda otorgárseles el mismo rango jerárquico, derivado del carácter taxativo de las causales de organicidad de la ley contenidas en el artículo 203 de la Constitución vigente, limitadas a cuatro -“*numerus clausus*”-, lo que además ha sido reconocido por esta misma Sala en las interpretaciones que en relación con dicha norma ha producido.

(...)

A tales efectos, precisa esta Sala necesario advertir una primera premisa y es que las leyes orgánicas sancionadas como tales, bajo la vigencia de la Constitución de 1961, por el entonces Congreso Nacional continúan poseyendo tal carácter, pues su formación se adecuó al sistema constitucional vigente para la oportunidad de su sanción, aun cuando de conformidad con la norma vigente que regula la institución no pudiera considerarse en la actualidad como tal, por lo que desconocer su condición sería pretender aplicar retroactivamente la norma Constitucional vigente, que dispone detalladamente los casos en que una Ley puede ostentar carácter orgánico.

En virtud de lo anterior estas leyes se encuentran vigentes y son legítimas, en tanto y en cuanto su proceso de formación se adecuó a postulados vigentes para aquel momento, salvo su falta de adecuación a principios sustantivos constitucionales actuales.

Otra cuestión relevante es que la votación que exigía la Constitución de 1961, requerida para la sanción de la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, es inferior a la que en la actualidad gobierna para la sanción de esa categoría de Ley, esto es, las dos terceras partes de los integrantes de la Cámara para el momento de iniciarse su discusión, como en efecto se constata de la copia certificada del acto de la sesión acompañada a los autos, de lo que se sigue que el actual proyecto de Ley, objeto de la presente solicitud, cuenta con una mayoría calificada, es decir superior, a la requerida para la sanción de la Ley cuya derogatoria se pretende, de manera que, estima esta Sala que se cumple en el caso de autos con el requisito contenido en la parte in fine del primer aparte del artículo 203 de la Constitución, según el cual: “[E]sta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas”, de suerte que se verifica tal supuesto, de carácter necesario para modificar aquella, por aplicación inmediata de la norma, no obstante su rango de orgánica conforme a la derogada Constitución.”

Así, cuando la Sala se planteó la posibilidad de que una ley ordinaria, que fuese dictada bajo la vigencia de la Constitución de 1999, pretendiese derogar una ley que hubiese sido calificada de orgánica bajo la vigencia de la Constitución de 1961 –con base, probablemente, para tal fin, en criterios distintos a los vigentes, mucho más restrictivos-, la aceptó, con la salvedad de que esa ley ordinaria tendría que satisfacer la norma constitucional con relación a la mayoría calificada que se reclama para la modificación de las leyes orgánicas. Por cuanto ello es así, concuerda quien disiente con los recurrentes en que “*para poder derogar la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se requiere de la mayoría de dos tercios de los diputados para el momento de iniciarse la discusión de la ley que efectivamente pretenda derogarla, con independencia de si esa ley es orgánica por mandato de la Constitución*”.

Por último, sorprende al voto-salvante lo que dispuso el fallo que antecede con relación a la mayoría que se precisa para la sanción (ya no modificación) de las leyes orgánicas, sin razonamiento alguno que fundamente tal estipulación, en forma contraria, de nuevo, a la lógica elemental, a la teleología de las normas constitucionales al respecto en su conjunto y a la naturaleza misma de la categoría de leyes en cuestión –a la cual responde la teleología-. De nuevo, de acuerdo con el principio del paralelismo de las formas, si se precisa una mayoría calificada para la simple admisión del proyecto de ley, ésta debe ser la misma mayoría para la sanción del proyecto que ya se admitió y se discutió. También por argumento *a fortiori*, si se precisa una mayoría calificada para la admisión del proyecto de ley, por las razones jurídicas y políticas que la sentencia analizó con exhaustividad, con mayor razón se necesita la misma mayoría para su sanción; de lo contrario, bastaría que la mayoría, simple o absoluta –según el caso-, convenga en el carácter orgánico de una ley –lo cual, en todo caso, está sometido a la aprobación de esta Sala Constitucional- para que luego se evite el consenso político que quiso el constituyente, para el propósito de la sanción, en franca contravención a todos los postulados que la mayoría analizó con relación a la naturaleza y relevancia de las leyes orgánicas, que, según explicó, justifican la existencia de mecanismos agravados para su discusión y, necesariamente, se añade, posterior aprobación.

Si “*sólo será necesaria la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional presentes en la respectiva sesión para la sanción de las leyes orgánicas contempladas en el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cualquiera sea su categoría*”, la norma constitucional ha sido burlada, ya que nada distingue el mecanismo de sanción de las leyes ordinarias del de las leyes orgánicas.

Con fundamento en los argumentos que preceden, es criterio de quien discrepa de la decisión mayoritaria que antecede, que la Sala ha debido: i) por una parte, fijar la interpretación que sugirieron los recurrentes, en el sentido que se expresó, con relación a que para la modificación –total o parcial- de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia –ley orgánica preconstitucional- se requiere la mayoría calificada a que alude el acápite del primer aparte del artículo 203 constitucional; ii) en su defecto, ahora dentro del marco únicamente de la Constitu-

ción vigente, que no hay diferencia alguna entre las leyes orgánicas por calificación constitucional o por calificación legislativa –salvo la que se apuntó– razón por la que no cabe ninguna distinción en cuanto al mecanismo de su respectiva modificación y, por último, que la misma mayoría calificada, que el artículo 203 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela estableció para la aprobación de un proyecto de ley orgánica o de modificación de una vigente, se requiere para su posterior sanción por la Asamblea Nacional.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

Voto Salvado del Magistrado Antonio J. García García

Quien suscribe, Magistrado **ANTONIO J. GARCÍA GARCÍA**, salva su voto por disentir del criterio sostenido por la mayoría sentenciadora, al estimar que no puede concluirse en que “*advertido el silencio en la norma contenida en el referido artículo 203, respecto de la mayoría parlamentaria requerida para la sanción de cualquier ley orgánica (...) declara que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 209 de la Norma Fundamental y 120 del Reglamento de Interior y de Debates de la Asamblea Nacional (normativa de rango inferior a la Constitución, por cierto en la que se apoya el fallo para hacer una interpretación constitucional) será necesaria la mayoría absoluta de los integrantes de la Asamblea Nacional presentes en la respectiva sesión para la sanción (...) cualquiera sea su categoría (?)*” (el destacado y el contenido de los paréntesis son del magistrado disidente, ello porque llama la atención el empleo del concepto, pues pareciera que sólo por razones didácticas es recomendable hablar de categoría cuando se hace referencia a las leyes orgánicas, porque ellas en sí constituyen una única categoría dentro de las leyes, siendo que a los fines de su aplicación o dentro del sistema de fuentes no puede hablarse de categorías de las leyes orgánicas).

Debe advertirse, al respecto que, se comparte íntegramente lo que fue expuesto en el proyecto bajo el apartado nº 1, y se comparte tanto que es lamentable que se pueda concluir en algo tan opuesto a lo que se dice, tan convenientemente, en esos párrafos.

En efecto, la decisión aprobada por los magistrados que estuvieron de acuerdo con la ponencia explica “*la función que dichas disposiciones ocupan en el ordenamiento jurídico (se refiere a las normas orgánicas, esto es, diferente de otra categoría como lo son las ordinarias), a saber, la de regular una materia específica, vinculada con derechos constitucionales, la organización de las ramas del Poder Público o con la producción de otras normas, en forma preferente a la ley ordinaria que pueda ser dictada respecto de esa misma materia por el Órgano Legislativo Nacional, todo ello a fin de impedir la modificación constante de dicho régimen y no concertada de dichas normas orgánicas, en perjuicio de la estabilidad de las instituciones o del efectivo ejercicio de los derechos protegidos constitucionalmente*”.

Posición que la mayoría sentenciadora insiste en justificar expresando que se exige ese carácter orgánico “*a fin de impedir la modificación constante de dicho régimen y no concertada de dichas normas orgánicas, en perjuicio de la estabilidad de las instituciones o del efectivo ejercicio de los derechos protegidos constitucionalmente*”, pues expresamente se dice que “*la calificación de una ley como orgánica tiene en nuestro ordenamiento jurídico, una significación importante, que viene determinada por su influencia dentro del sistema de jerarquía de las leyes en relación con un área específica, por ello, la inclusión de la expresión orgánica en su denominación revela mucho más que un nombre, pues con éste se alude al carácter o naturaleza relevante de una determinada norma dentro de aquel sistema*”.

Parece haber coincidencia, y en este aspecto está clara la mayoría sentenciadora, en que la naturaleza orgánica de la ley también surge, aparte de los criterios de división lógica apuntados, “*del contraste con las leyes ordinarias, pues mientras las primeras (normas orgánicas) están asociadas a determinadas materias o cumplen un determinado fin técnico,*

respecto de las segundas (normas ordinarias) el legislador dispone de un amplio poder de configuración; en el mismo sentido, para la **calificación** de las primeras (orgánicas) se exige una mayoría de las dos terceras partes de...” (el destacado es nuestro, los paréntesis del fallo, pero ¿será sólo para calificarla? como dice expresamente la ponencia, ya ni siquiera es para su admisión, mucho menos para su aprobación, es decir, es sólo para que así se le llame, como el “segundo nombre” de la ley). Pero, seguidamente, señala “...las dos terceras partes...” -se repite para la comprensión de la idea- “...de sus integrantes en el proceso legislativo”. ¿Cuál proceso? ¿uno en específico o se refiere al proceso legislativo en general que es la actividad ordinaria y por naturaleza desempeñada por la Asamblea?. Y sorprende cuando indica *in continenti* (se trata siempre del mismo párrafo) “mientras que las normas o leyes ordinarias pueden ser aprobadas...” (las cursivas pertenecen a la sentencia, ahora si “aprobadas”, sin embargo, no explica cómo se “aprueban” aquellas, mas si con qué *quórum* se “califican”, como si lo importante fuera simplemente la calificación).

Señala asimismo el fallo, citando el criterio sentado por la propia Sala, que “...**las diferencias anotadas no son producto de un capricho del constituyente...**” -luego hay diferencias-, que tienen su fundamento en atendibles razones de orden político-constitucional que, sean cuales fueren, justifican su cumplimiento riguroso, esto es, que los requisitos establecidos por la Constitución para darle carácter orgánico a un proyecto de ley deben necesariamente estar presentes de forma cabal, concurrente, pues, “...si fuere de otro modo, **se dejaría sin contenido las normas que los establecen y no se daría cumplimiento a los objetivos del constituyente al erigir tales dificultades y al relacionar dichos instrumentos normativos con materias o fines determinados de especial impacto, por ejemplo, en el ejercicio de los derechos constitucionales o en las relaciones de los particulares con el Estado, según el caso, las cuales requieren de mayores niveles de discusión, participación, deliberación y consensos, así como de mayor estabilidad y permanencia en el tiempo, que las dirigidas a normar ámbitos donde, al no estar comprometidas relaciones o situaciones jurídicas tan delicadas, es necesario mayor flexibilidad y rapidez para su progresiva y oportuna modificación o reforma**” (destacado nuestro). De manera que no pareciera haber dudas en relación con la distinta naturaleza y función que cumple la ley ordinaria y la ley orgánica.

Dice también el fallo que las leyes orgánicas requieren de “*un mayor apoyo parlamentario*”. Sin embargo, qué sentido puede tener todo lo expuesto, que aunque cierto, no se corresponde con lo que concluirá luego, ya que según esa misma mayoría, en lo que respecta a la formación de la ley orgánica no pareciera haber diferencia alguna con las ordinarias, pues el proyecto termina posteriormente admitiendo la posibilidad de que ambas categorías se aprueben con el mismo *quórum*, entonces ¿cuál era la alardeada importancia de exigir un mayor consenso para su aprobación? De allí que, las anteriores afirmaciones aunque ciertas e importantes, no influyeron para servir de fundamento o base del dispositivo.

Luego, si se ha puesto de manifiesto y se ha insistido en la preponderante posición que ocupa en el ordenamiento jurídico, ahora sí, esta categoría de leyes, ¿cómo es posible concluir que éstas -las orgánicas-, pueden ser modificadas, sancionadas o derogadas con el mismo *quórum* que se requiere para la sanción, modificación o derogación de las leyes ordinarias?.

En realidad la ponencia en ninguna parte aborda cuál es el *quórum* exigido para la aprobación, porque inicialmente, como se expuso, se refiere a la importancia, razón de ser y diferencia de la ley orgánica con otra categoría como las leyes ordinarias, pero no analiza aquel aspecto, al que sin duda le confiere dentro del proceso de formación de la ley una segunda etapa. Reconoce que el artículo 203 de la Constitución tiene el efecto de impedir que, por leyes ordinarias o especiales, se deroguen disposiciones referidas a la organización de ciertos poderes o a las formalidades que deben reunir determinadas leyes y, en tal sentido, expresa que poseen determinadas características que les imprime otro valor. Pero ello carece

de cualquier importancia práctica si en definitiva, para su aprobación que se suponía que se requería de un mayor consenso, éstas pueden ser aprobadas con igual mayoría que la ley ordinaria.

Igualmente, se comparte, y por ello se estima que no les asiste la razón a los solicitantes, lo expuesto en la ponencia bajo el número 2, en el sentido de que, en el caso de la Ley Orgánica que regirá el funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia y en los demás casos de leyes orgánicas por denominación constitucional, “*no es necesario para su admisión (inicio de su discusión) el voto favorable de las dos terceras (2/3) partes de los integrantes presentes al momento de iniciarse la discusión del proyecto de ley del Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto tal condición de validez para el procedimiento legislativo..., sólo existe para el caso de aquellas leyes que no estén expresamente investidas del carácter orgánico por la propia Norma Fundamental ...*”; proposición normativa que, naturalmente, se desprende de manera clara y evidente del contenido del artículo 203 de la Constitución, cuando expresa

“...Todo proyecto de ley orgánica, salvo aquel que esta Constitución califique como tal, será previamente admitido por la Asamblea Nacional, por el voto de las dos terceras partes de los o las integrantes presentes antes de iniciarse la discusión del respectivo proyecto de ley. ...”

Ahora bien, los magistrados que aprueban el fallo del que se disiente reconocen - como se refirió-, que el proceso de formación de las leyes orgánicas está compuesto de por lo menos dos fases fácilmente perceptibles, lo que expresan cuando afirman que “...no es necesario lograr el acuerdo o consenso político de los miembros del Órgano Legislativo Nacional en la **etapa de admisión** del respectivo proyecto de ley (que, lógicamente, es **previa a la sanción del respectivo proyecto**)...” (el destacado pertenece al presente voto). No obstante, la ponencia no analiza en ninguna parte, no afronta esta situación que estima el magistrado disidente era fundamental para arribar a una conclusión distinta a la que arriba, esto es, cual es el *quórum* requerido para esta segunda fase de sanción. De modo tal que no se sabe en que se basa para concluir lo que finalmente decide, cuando no se examinó esta segunda etapa en el proceso de formación de la ley orgánica.

Punto distinto es el que se analiza bajo el apartado número 3, referido a la “*mayoría parlamentaria requerida para que la Asamblea Nacional sancione una ley orgánica que derogue otra ley orgánica*”. Cabe destacar que lo único que señala la Constitución al respecto es lo siguiente:

“Esta votación calificada se aplicará también para la modificación de las leyes orgánicas”.

Nótese que el Constituyente no realizó distinción alguna en cuanto a las distintas “categorías” de leyes orgánicas a los efectos de su modificación. Por el contrario, pretendió que la regulación para su modificación fuese siempre igual, sino lo hubiese dicho expresamente.

Así pues, señala expresamente que también se requiere de una votación calificada para la modificación de las leyes orgánicas. Adviértase entonces que el fallo del que se disiente pretende establecer una diferenciación que el constituyente no hizo, y no quiso hacer, al no establecer un régimen diferente para modificar las “*distintas categorías de leyes orgánicas*” como si se tratase de distintas cosas que debían ser reguladas de manera diferente.

La Constitución sólo pretende establecer un régimen de facilidades, por razones de técnica político-constitucional, que obedece a una cuestión lógica de aplicación y jerarquía de las fuentes, al contemplar que se requiera de una misma mayoría calificada para la modificación de una ley orgánica. Lo que resulta a todas luces lógico, sin que sea necesario realizar distinciones que no autoriza la norma como si lo hace precedentemente, pues no puede llegarse al absurdo de establecerse categorías de leyes orgánicas tipo A o tipo B. Y valga al

respecto acotar que sí distingue previamente el precepto entre las diversas leyes orgánicas y de manera expresa, pues está realizando una excepción al régimen general, lo que de haberse querido para el supuesto que regula con posterioridad –el de la modificación– también lo hubiese hecho de la misma manera, esto es, expresa e indubitablemente.

La conclusión a que arriba el fallo del que se disiente conduce a la errónea idea de que se podría modificar una ley orgánica, legítimamente aprobada como tal, bajo el régimen de la Constitución de 1961, por una votación de la mitad más uno de los diputados presentes en una sesión, o lo que es lo mismo un artículo de una ley orgánica –de cualquiera de las “categorías” de la Constitución de 1999– aprobada bajo el vigente régimen constitucional puede ser modificado por esa misma votación, es decir, con el voto favorable de la mitad más uno de los diputados presentes en una sesión. De donde se sigue que en definitiva carecería de importancia la fundamentación teórica que inspiran la creación y existencia de las leyes orgánicas según se expusiera en el apartado 1 del fallo, cuyo basamento, según se expresó, se comparte íntegramente.

Señala expresamente el fallo del que se disiente que “...*podiera existir duda en cuanto al sentido que debe atribuirse al acápite incluido en el mismo primer aparte de la norma examinada (artículo 203)...*” Por el contrario, la norma es precisa, ¿de dónde se infiere que puede haber dudas de algo que es inequívoco?, la única duda que puede haber no puede ser sino infundada, con el ánimo de modificar o sustituirse en lo que expresa la Constitución.

Lamenta el magistrado disidente que los argumentos esgrimidos en el fallo estén colocados de tal modo que hagan presumir una solución preconcebida, como si los mismos estuviesen dispuestos de modo de justificar, de manera aparente, una solución que se obtuvo de antemano y no al revés, de modo que los argumentos condujeran a una conclusión válida y verdadera, como resultado lógico de las premisas expuestas.

Con humildad puede aceptarse como válido lo expuesto por los miembros de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales que, mediante comunicado publicado en el diario “El Universal”, el 18 de agosto de 2003, suscrito por Gustavo Planchart Manrique, Alfredo Morales Hernández, Gonzalo Pérez Luciani, Boris Bunimov Parra, Carlos Leñez Sievert, Tatiana de Maekelt, José Luis Aguilar Gorrondona, Alberto Arteaga Sánchez, Allan R. Brewer Carías, Josefina Calcaño de Temeltas, Tomás E. Carrillo Batalla, Luis Cova Arria, Ramón Escobar Salón, Enrique Lagrange, Francisco López Herrera, José Melich Orsini, Luis Ignacio Mendoza, Isidro Morales Paúl, José Muci-Abraham, Pedro Nikken, José S. Núñez Aristimuño, José Andrés Octavio, James Otis Rodner, Emilio Pittier Sucre, Jesús Ramón Quintero, Arístides Rengel Romberg, Gabriel Ruan Santos, manifestaron su opinión en relación con el proyecto de “Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia”, advirtiendo acerca de los vicios de inconstitucionalidad que afectaban a dicho proyecto y el propósito que lo inspiraba. En este sentido, expresaron lo siguiente:

“El referido proyecto derogaría la vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y dejaría vigente parte de la ley que pretende derogar. Se trata así de una derogatoria parcial; en todo caso al ser derogatoria de una ley orgánica ya existente y, más aún, cuando deja vigente parte de ésta, se trata de una modificación de la ley orgánica actual. La discusión de la modificación de una ley orgánica debe ser admitida por las dos terceras partes de los diputados presentes en la sesión. La asamblea no procedió así, sino por mayoría simple”.

No cabe dudas, entonces, y en tal sentido se expresa la ponencia, de donde resulta impropcedente la pretensión de los accionantes, que para la “admisión” de un proyecto de ley orgánica de las denominadas así por la propia Constitución, no se requiere de una mayoría calificada. Mas esta salvedad hecha por el Constituyente no autoriza a establecer excepciones para otros aspectos cómo sería su modificación.

De lo contrario habría que admitir igualmente que el régimen de mayoría absoluta que imperó durante la vigencia de la Constitución de 1961 no difiere, en cuanto al *quórum* necesario para su aprobación, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Además, piénsese que en pocos años, si es que la Asamblea Nacional así lo hiciera, este órgano debe dictar gran cantidad de las leyes orgánicas y podríamos encontrarnos con algo que va contra la naturaleza misma de las leyes orgánicas, esto es, que todas las que la Constitución califique como tal -que son bastantes- podrían ser modificadas, aunque post-constitucionales, como está sucediendo ahora con una preconstitucional, de manera sencilla y relajada, sin cumplir con los requisitos a que alude el apartado 1 de la ponencia aprobada por la mayoría, con cuyo contenido he manifestado mi coincidencia lo que viola la propia esencia de las leyes orgánicas ¿y cómo lo evitarían? si se admite la posibilidad de modificarlas con la mitad más uno de los presentes en la sesión. Esta conclusión establecida de manera general, sin dudas, para otros casos será lamentable.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

2. Responsabilidad Patrimonial del Estado

TSJ-SPA (730)

30-6-2004

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Rister D. Rodríguez B. vs. Universidad de Oriente

El Estado puede ser condenado civilmente, por los daños y perjuicios que las instituciones del Poder Público y sus órganos causen sobre la esfera de derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos, con independencia de la realización de un proceso previo para la determinación de la legalidad y legitimidad (normalidad) de la actuación de la “Administración Pública”, si esa actuación es excepcional, es decir, especialísima, y no consecuencia de las limitaciones regulares y ordinarias que deben ser establecidas legítimamente en una sociedad ordenada.

1. De acuerdo con los principios generales del Derecho Administrativo que han sido reconocidos por los artículos 140 y 141 de la Constitución de Venezuela de 1999, e incorporados formalmente en nuestro ordenamiento jurídico-positivo interno, a través del artículo 14 de la Ley Orgánica de Administración Pública de 2001, el “Estado” responderá patrimonialmente por los daños y perjuicios que sus funcionarios o bienes (lato sensu) causen sobre la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos, sí aquellos pueden ser “imputados” o bien asociados con el “funcionamiento” de la “Administración Pública”, esto es, con las instituciones del Poder Público y sus órganos, por una parte, y sí los mismos pueden ser individualizados en lo personal, valorados en lo jurídico y estimados en lo económico, por otra parte.

En tal orden de ideas, esta Sala Político-Administrativa ha señalado pacífica y reiteradamente que el Estado está obligado, en principio, al resarcimiento de los daños y perjuicios que ocasione en toda circunstancia, sea por su actuación ilegítima o bien legítima.

En efecto, esta Sala ha precisado que la responsabilidad del Estado encuentra actualmente fundamento expreso en los Principios de Igualdad, Solidaridad y Justicia Social o de Equilibrio ante las Cargas Públicas, los cuales se sustentan en el postulado de persecución, consecución, satisfacción y tutela de los intereses colectivos, por parte de las instituciones del Poder Público y sus órganos; motivo por el cual, sí alguna autoridad legítima causa daños o

perjuicios a un particular en el ejercicio legal o ilegal de sus potestades públicas, éste último no debe de sufrir individualmente las cargas de esa actividad administrativa, ya que un sujeto que forma parte del colectivo no debe ser sometido a una situación más gravosa de la que soportan la generalidad de los ciudadanos. En tal supuesto negado, el equilibrio debe ser restablecido mediante la indemnización correspondiente, aunque la actividad administrativa fuese lícita o se presuma que es de tal forma, sí causó de manera excepcional un daño o perjuicio cierto.

Así, el Estado responde ordinariamente por el funcionamiento “anormal” (o por falta) de las instituciones del Poder Público y sus órganos, en el cumplimiento o realización de sus compromisos, cometidos y fines, esto es, por los daños y perjuicios que sean ocasionados, bien sea por las personas (funcionarios y demás trabajadores) que dependen de esos órganos en el ejercicio de sus funciones, o bien sea por las cosas y bienes que le pertenecen o son administradas por esos órganos, sí dicho funcionamiento es consecuencia de una conducta ilícita o contraria al derecho positivo.

Para el establecimiento de la antes dicha responsabilidad patrimonial del Estado, se requiere de una declaración unilateral de reconocimiento que emane de una autoridad gubernamental con competencia para ello, o de una declaración judicial de condena que derive de un proceso judicial, a través del cual, se determine lo ilícito (o anormal) del funcionamiento y la lesión que esa conducta produjo sobre cualesquiera intereses legítimos y derechos subjetivos.

Por otra parte, el Estado responde extraordinariamente por el funcionamiento “normal” (o sin falta) de las instituciones de Poder Público y sus órganos, esto es, por los actos, hechos u omisiones que causen un daño o perjuicio sobre la esfera jurídico-subjetiva de los ciudadanos, el cual pueda ser individualizado, valorado y estimado, aunque aquellos se ajusten o se presuma que son conformes con el derecho positivo.

Ahora bien, es criterio de esta Sala Político-Administrativa que el Estado se encontrará en la obligación de indemnizar a los particulares, sí los daños o perjuicios que ocasione sean producto de situaciones de excepción, es decir, especialísimas, y no consecuencia de las limitaciones regulares y ordinarias que deben ser establecidas legítimamente en una sociedad ordenada.

De esta manera se explica por qué el Estado puede ser condenado civilmente, por los daños y perjuicios que las instituciones del Poder Público y sus órganos causen sobre la esfera de derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos, con independencia de la realización de un proceso previo para la determinación de la legalidad y legitimidad (normalidad) de la actuación de la “Administración Pública”, sí esa actuación es excepcional en los términos antes expuestos.

Se concluye así que el Estado responderá patrimonialmente y podrá ser condenado civilmente por los tribunales administrativos que conozcan de demandas por daños y perjuicios, en estos casos de excepción, aunque sus actuaciones se ajusten cierta o presuntamente a Derecho.

II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. Garantías Constitucionales

A. La garantía de acceso a la justicia: Protección de derechos e intereses colectivos o difusos

TSJ-SC (1042)

31-5-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Carlos Humberto Tablante Hidalgo vs. Compañía Anónima de Alumbrado y Fomento Eléctrico C.A. (CADAFE) y su filial C.A. Electricidad del Centro (ELECENRO).

A efectos de determinar la legitimación del accionante para incoar una acción por derechos e intereses colectivos o difusos, la Sala Constitucional estima que el servicio eléctrico es de uso masivo, es decir, su consumo es de todos, de modo que la cualidad de usuario no puede ser discutida y mucho menos negada por el prestador de dicho servicio, cuando se ostenta la condición de habitante de la zona o población que utiliza dicho servicio domiciliario considerado de primera necesidad.

Sobre la falta de cualidad e interés del accionante Carlos Tablante Hidalgo, en su condición de demandante en interés de los derechos e intereses difusos o colectivos de los aragüeños, la Sala observa:

Para fundamentar su legitimación activa, el accionante, ciudadano Carlos Humberto Tablante Hidalgo, señaló que: "...ostento la condición de usuario del servicio por cuanto al igual que todos los aragüeños suscribimos los contratos respectivos, y en consecuencia, somos los sujetos pasivos -sin derecho a discutir-, de la ejecución de las disposiciones tarifarias de aumentos progresivos contenidas en los Actos Administrativos de Efectos Generales que se dicten, como por ejemplo la Resolución Ministerial publicada en Gaceta Oficial n° 4478 y en la publicada en la Gaceta Oficial n° 5296. Asimismo, personalmente he sido agraviado directo tanto en mi buen nombre como en mi reputación personal, dignidad y respecto (sic) a la imagen de hombre público, todo ello por el actuar denunciado, que argumentaron las Agraviadas para justificar su actuar ilegítimo, con el cual pretenden desmerecerme ante la opinión del colectivo aragüeño...".

Al respecto, la Sala observa que en sentencia del 30 de junio de 2000, caso: Dilia Parra Guillén, la Sala dispuso -entre otras cosas- que "(e)l Estado así concebido, tiene que dotar a todos los habitantes de mecanismos de control para permitir que ellos mismos tutelen la calidad de vida que desean, como parte de la interacción o desarrollo compartido Estado-Sociedad, por lo que puede afirmarse que estos derechos de control son derechos cívicos, que son parte de la realización de una democracia participativa, tal como lo reconoce el Preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela...".

Con posterioridad a dicha sentencia, la Sala ha reiterado que entre estos derechos cívicos se encuentran los derechos e intereses difusos o colectivos (ver, entre otras, sentencias números 483/2000, caso: Cofavic y Queremos Elegir; 656/2000, caso: Dilia Parra; 770/2001, caso: Defensoría del Pueblo; 1571/2001, caso: Deudores Hipotecarios; 1321/2002, caso: Máximo Febres y Nelson Chitty La Roche; 1594/2002, caso: Alfredo García Deffendini y otros; 1595/2002, caso: Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas;

2354/2002, caso: Carlos Humberto Tablante Hidalgo; 2347/2002, caso: Henrique Capriles Radonski; 2634/2002, caso: Defensoría del Pueblo; 3342/2002 y 2/2003, caso: Félix Rodríguez; 225/2003, caso: César Pérez Vivas y Kenic Navarro; 379/2003, caso: Mireya Ripanti y otros; y 1924/2003, caso: O.N.S.A.).

Y en sentencia del 19 de diciembre de 2003, caso: Fernando Asenjo y Otros, la Sala resumió los principales caracteres de derechos e intereses difusos o colectivos, de la siguiente manera:

“...DERECHOS O INTERESES DIFUSOS: se refieren a un bien que atañe a todo el mundo (pluralidad de sujetos), esto es, a personas que -en principio- no conforman un sector poblacional identificable e individualizado, y que sin vínculo jurídico entre ellos, se ven lesionados o amenazados de lesión.

Los derechos o intereses difusos se fundan en hechos genéricos, contingentes, accidentales o mutantes que afectan a un número indeterminado de personas y que emanan de sujetos que deben una prestación genérica o indeterminada, en cuanto a los posibles beneficiarios de la actividad de la cual deriva tal asistencia, como ocurre en el caso de los derechos positivos como el derecho a la salud, a la educación o a la obtención de una vivienda digna, protegidos por la Constitución y por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

DERECHOS O INTERESES COLECTIVOS: están referidos a un sector poblacional determinado (aunque no cuantificado) e identificable, aunque individualmente, de modo que dentro del conjunto de personas existe o puede existir un vínculo jurídico que los une entre ellos. Su lesión se localiza concretamente en un grupo, determinable como tal, como serían a grupos profesionales, a grupos de vecinos, a los gremios, a los habitantes de un área determinada, etcétera.

Los derechos colectivos deben distinguirse de los derechos de las personas colectivas, ya que estos últimos son análogos a los derechos individuales, pues no se refieren a una agrupación de individuos sino a la persona jurídica o moral a quien se atribuyen los derechos. Mientras las personas jurídicas actúan por organicidad, las agrupaciones de individuos que tienen un interés colectivo obran por representación, aun en el caso de que ésta sea ejercida por un grupo de personas, pues el carácter colectivo de los derechos cuya tutela se invoca siempre excede al interés de aquél.

...Omissis...

LEGITIMACIÓN PARA INOCAR (sic) UNA ACCIÓN POR INTERESES DIFUSOS: no se requiere que se tenga un vínculo establecido previamente con el ofensor, pero sí que se actúe como miembro de la sociedad, o de sus categorías generales (consumidores, usuarios, etc.) y que invoque su derecho o interés compartido con la ciudadanía, porque participa con ella de la situación fáctica lesionada por el incumplimiento o desmejora de los Derechos Fundamentales que atañen a todos, y que genera un derecho subjetivo comunal, que a pesar de ser indivisible, es accionable por cualquiera que se encuentre dentro de la situación infringida. La acción (sea de amparo o específica) para la protección de estos intereses la tiene tanto la Defensoría del Pueblo (siendo este organismo el que podría solicitar una indemnización de ser procedente) dentro de sus atribuciones, como toda persona domiciliada en el país, salvo las excepciones legales.

LEGITIMACIÓN PARA INOCAR (sic) UNA ACCIÓN POR INTERESES Y DERECHOS COLECTIVOS: quien incoa la demanda con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés. La acción en protección de los intereses colectivos, además de la Defensoría del Pueblo, la tiene cualquier miembro del grupo o sector que se identifique como componente de esa colectividad específica y actúa en defensa del colectivo, de manera que los derechos colectivos implican, obviamente, la existencia de sujetos colectivos, como las naciones, los pueblos, las sociedades anónimas, los

partidos políticos, los sindicatos, las asociaciones, los gremios, pero también minorías étnicas, religiosas o de género que, pese a tener una específica estructura organizacional, social o cultural, pueden no ser personas jurídicas o morales en el sentido reconocido por el derecho positivo, e inclusive simples individuos organizados en procura de preservar el bien común de quienes se encuentran en idéntica situación derivado del disfrute de tales derechos colectivos.

Ahora bien, en materia de indemnizaciones por intereses colectivos, ellas sólo pueden ser pedidas por las personas jurídicas para sus miembros constituidos conforme a derecho, y los particulares para ellos mismos, al patentizar su derecho subjetivo, sin que otras personas puedan beneficiarse de ellas; pero en lo referente a la condena sin indemnización, al restablecimiento de una situación común lesionada, los otros miembros del colectivo pueden aprovecharse de lo judicialmente declarado, si así lo manifestaren.

En ambos casos (derechos o intereses difusos y derechos o intereses colectivos) el número de personas reclamantes no es importante, sino la existencia del derecho o interés invocado. ... (omissis)..." (resaltado de este fallo).

Atendiendo a lo antes expuesto, la Sala observa que la solicitud formulada por el actor evidencia la presencia de intereses colectivos en la presente acción, toda vez que las denuncias hechas contra CADAFE y su filial ELECENRO, se relacionan con el **servicio público** de electricidad (v. artículo 4 de la Ley Orgánica del Servicio Eléctrico) que las mismas prestan a toda la población del Estado Aragua.

La electricidad ha sido considerada -en múltiples oportunidades- como un servicio de primera necesidad en todo el territorio nacional (v. entre otros, Decreto n° 2.304 del 5 de febrero de 2003, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 37.626 del 6 del mismo mes y año); servicio, cuyo precio o tarifa no puede ser modificado en detrimento del **usuario o consumidor** (v. artículos 40 al 42 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario).

La Ley antes citada define, en su artículo 2, a los **consumidores y usuarios** como "...las personas naturales o jurídicas que, como destinatarios finales, adquieran, usen o disfruten, a título oneroso, bienes o servicios cualquiera sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva, de quienes los produzcan, expidan faciliten, suministren, presten u ordenen (...)"

Atendiendo a ello, la Sala estima que el servicio eléctrico es de uso masivo; es decir, su consumo es de todos, de modo que la cualidad de usuario no puede ser discutida y mucho menos negada por el prestador de dicho servicio, cuando se ostenta la condición de habitante de la zona o población que -sin lugar a dudas- utiliza dicho servicio domiciliario considerado de primera necesidad.

Por lo tanto, al ser el actor un habitante de dicho sector, y por tanto usuario o consumidor del servicio de electricidad, la Sala estima que la invocación de la protección de los derechos e intereses colectivos en que funda su pretensión el accionante -Carlos Tablante Hidalgo-, referidos al suministro de energía eléctrica y el aumento de las tarifas por la prestación de dicho servicio en la ciudad de Maracay, Estado Aragua, se encuentra acorde con lo que para esta Sala son los rasgos característicos de estos derechos e intereses, en especial la protección de la calidad de la vida, y que antes se explicaron, por lo cual, el prenombrado ciudadano goza -tal y como se señaló en la decisión n° 2.354 dictada el 3 de octubre de 2002- de la legitimación necesaria para ejercer la presente acción ya que aunque actúa en su propio nombre, también lo hace en función del interés común, y así se declara.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, discrepa de la mayoría que suscribió la decisión que antecede; en consecuencia, salva su voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La sentencia resuelve dos demandas contra suministradores de energía en dos Estados del país. La primera de éstas, que se intentó contra las C.A. Electricidad del Centro (ELECEN- CENTRO) y Compañía Anónima de Alumbrado y Fomento Eléctrico C.A. (CADAFE), fue declarada parcialmente con lugar. La segunda, contra la Electricidad de Oriente Compañía Anónima (ELEORIENTE), se sentenció sin lugar. A pesar de la acumulación de ambas demandas en un mismo proceso, la decisión las resuelve por separado porque, en realidad, no existe ningún factor de conexión procesal entre ellas.

1. Este voto salvante discrepa, en primer lugar, de las consideraciones de la Sala en relación con la cualidad que se atribuyó el ciudadano Carlos Tablante para la proposición de la primera de dichas demandas. En efecto, en esta última, dicho ciudadano adujo actuar “en representación de los derechos colectivos de ‘los aragüeños’...”. En relación con esa representación, la parte demandada opuso la falta de cualidad del demandante porque Carlos Tablante no es suscriptor de ELECEN- CENTRO y, por ende, mal puede representar los intereses colectivos de los aragüeños. Al respecto, el fallo de la mayoría estableció que:

“La Sala estima que el servicio eléctrico es de uso masivo; es decir, su consumo es de todos, de modo que la cualidad de usuario no puede ser discutida y mucho menos negada por el prestador de dicho servicio, cuando se ostenta la condición de habitante de la zona o población que –sin lugar a dudas- utiliza dicho servicio domiciliario considerado de primera necesidad.

Por lo tanto, al ser el actor un habitante de dicho sector, y por tanto usuario o consumidor del servicio de electricidad, la Sala estima que la invocación de la protección de los derechos e intereses colectivos en que funda su pretensión el accionante –Carlos Tablante Hidalgo-, referidos al suministro de energía eléctrica y el aumento de las tarifas por la prestación de dicho servicio en la ciudad de Maracay, Estado Aragua, se encuentra acorde con lo que para esta Sala son los rasgos característicos de estos derechos e intereses (...) por lo cual, el prenombrado ciudadano goza (...) de legitimación necesaria para ejercer la presente acción”.

Ahora bien, quien disiente considera que la sola condición de “habitante del sector” no es suficiente para que un determinado sujeto se atribuya la representación de los intereses colectivos que se hacen valer frente a un proveedor ante cualquier reclamo por la prestación de un servicio público. Antes por el contrario, si el objeto de la demanda estaba referido a la calidad de suministro de energía eléctrica y a un supuesto cobro indebido en los montos de las tarifas, resultaba necesaria la prueba de la condición de suscriptor del actor para representar, precisamente, al colectivo afectado por ese aumento. De lo contrario, la ampliación del radio de los legitimados a cualquier “habitante de la zona o población” que de alguna manera “utiliza dicho servicio domiciliario”, es tanto como sostener que se trata de una acción popular en la que la condición de habitante otorga un simple interés suficiente para demandar. Asimismo, lleva a la confusión entre el interés colectivo que se deriva del vínculo jurídico que comparten todos los suscriptores de ese servicio, quienes se afectan ante las decisiones tarifarias del prestador, y el interés difuso relativo a la calidad de vida de todos los habitantes frente a la prestación –*lato sensu*- de un servicio público, situación esta última que, se insiste, no se compadece con la pretensión que se planteó en esta demanda.

Cabe recordar, en esta oportunidad, el precedente que estableció esta Sala y que está contenido en la sentencia n° 225, de 18-2-03, caso en el cual se asumió el criterio opuesto al que se sostiene en el fallo que antecede. En ese caso, un Diputado a la Asamblea Nacional y un ciudadano, ambos en Maracaibo, Estado Zulia, pretendían la representación de los intereses difusos de los habitantes de ese Estado y de todos los venezolanos, frente a actuaciones de la industria petrolera que, en su decir, “*han producido severos daños al ambiente y a la diversidad biológica*”. La Sala concluyó la falta de legitimación de dichos actores, para lo cual sostuvo:

“...la Sala observa que los accionantes al fundamentar su legitimación activa, se han arrogado la defensa de los derechos colectivos e intereses difusos, esta Sala estima que el hecho de ser uno de los actores, miembro de la Asamblea Nacional y el otro residente del estado Zulia, no le otorga a los mismos, legitimidad para actuar en nombre de un colectivo, máxime cuando no están facultados por el ordenamiento jurídico para el ejercicio de la guardería ambiental, con el propósito de que se prohíba la continuación de las operaciones y actividades de la empresa Petróleos de Venezuela, S.A. (P.D.V.S.A.), toda vez que pueden haber personas que no tengan interés en esta acción o bien que no estimen la existencia de la violación que señalan los accionantes.

Por ello, la Sala considera que no existe en autos recaudo alguno del cual pueda desprenderse con la certeza y suficiencia que en estos casos se requiere, prueba de la representación de intereses colectivos, esto es, de que un grupo determinado o determinable de personas han aceptado esta representación, **razón por la cual se considera que los accionantes no tienen la legitimación requerida para actuar en nombre de un colectivo en protección de sus derechos. Así se decide**” (destacado nuestro).

Igual opinión merece a este disidente la legitimación de quienes plantearon la segunda de las demandas, específicamente la del ciudadano Robert Valero Gutiérrez, en representación de la Asociación de Estudiantes de Derecho del Estado Anzoátegui, y la del ciudadano Andrés Urbaneja, quienes, según la narrativa del fallo, actuaron “en su carácter de ‘ciudadanos venezolanos’ y ‘habitantes del Estado Anzoátegui’”. Se insiste, por cuanto la pretensión que se planteó en juicio se refería a la composición de una controversia respecto del cobro por la prestación del servicio, en este caso en relación con el cobro del valor de la energía recuperada, que era necesario, al menos, aducir la condición de suscriptor del servicio que presta ELEORIENTE, y no la simple condición de ciudadano venezolano ni de habitante del Estado Anzoátegui. Con fundamento en tales apreciaciones, quien suscribe este voto considera que ambas demandas debieron declararse inadmisibles, ante la falta de cualidad de quienes adujeron ser representantes de los intereses colectivos y difusos que se mencionaron.

2. En segundo lugar, aun si se admite la legitimación del actor, la primera de las referidas demandas resultaba inadmisibile por inepta acumulación de pretensiones. En efecto, según se lee de la narrativa de la sentencia, además de la pretensión de que se ordene a las demandadas “el cese de la amenaza de insistir en cobrar el denominado ‘Diferencial Tarifario’...” y que las cantidades que fueron recibidas por ese concepto “se tengan como créditos a favor de los suscriptores que cancelaron tal Diferencial...”, el actor solicitó se ordene a las demandadas la publicación “...en la prensa nacional y en especial en la del Estado Aragua a su costo la información precisa que aclare que el Ciudadano CARLOS TABLANTE HIDALGO no originó las consecuencias sufridas en el patrimonio de los suscriptores con ocasión a las cancelaciones compulsivas que ELECENRO exigió respecto al mal denominado ‘Diferencial Tarifario’...”.

El fallo que antecede desestimó esta última pretensión por cuanto la misma lo que persigue es “la declaratoria de un derecho particular a favor del accionante”, lo cual es ajeno a una demanda para la protección de intereses difusos o colectivos; y que, es efectivamente, en criterio de quien discrepa, si el objeto de estas pretensiones es la protección de los intereses *supraindividuales* de una colectividad o grupo de personas, mal puede plantearse una pretensión que esté dirigida a la protección o al beneficio de uno solo de los individuos, quien ni siquiera adujo que era parte de esa colectividad, en este caso el ciudadano Carlos Tablante; pretensión que, por lo demás, debe ser tramitada de modo distinto al que se siguió en este caso.

Ahora bien, quien suscribe como disidente considera que ese razonamiento de la Sala no conducía a la desestimatoria de la pretensión, sino a la declaratoria de inadmisibilidad de la demanda por inepta acumulación de pretensiones, tal como antes lo preceptuaba el artículo 84 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y ahora lo ordena el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

3. En tercer lugar, para este voto salvante parece desacertada la resolución del problema de la energía que se facturó a partir del año 1997, a causa de una demanda que ganó ELECENRO, mediante sentencia de la Sala Político-Administrativa de 5 de mayo de 1994, y que traía como consecuencia directa un diferencial tarifario a favor de esta compañía. En la decisión de la mayoría se concluye en la ilegalidad de ese cobro sobrevenido, en atención a los principios de confianza, protección del usuario y de razonabilidad del cobro del suministro del servicio, y, en ese sentido, se señala:

“a juicio de esta Sala, la torpeza en la actuación de ELECENRO al no proceder a cobrar de inmediato –a partir del año 1994- la tarifa completa, agravó la situación de los usuarios, ya que tres años después (en 1997) cuando se les facturó, se les estaba cobrando una nueva tarifa que entró en vigencia a partir de 1995, que era progresiva, por lo que la suma a pagar por el servicio, superior en cuanto a la tarifa que regía en 1994, se le añadió el diferencial tarifario de 1994 no facturado, por lo que a partir del año 1997 el usuario comenzó a pagar un desproporcionado aumento tarifario, cuyo cobro aún se pretende por parte de ELECENRO”.

Sin embargo, y a pesar de que se califica el pago que hicieron los usuarios por ese concepto como indebido, se llega a la conclusión de que los que pagaron convinieron en el cobro y por ello no tienen derecho a repetición. Para quien discrepa, parece evidente que el consentimiento, en estos casos, estaría viciado por violencia, ante la amenaza y ejecución del corte del servicio por falta de pago. En consecuencia, si la Sala concluyó en la existencia de un pago de lo indebido, lo procedente era ordenar la devolución de ese pago o, como solicitaron los demandantes, determinar que los suscriptores que pagaron tienen un crédito a su favor contra la compañía prestadora de la energía eléctrica, por el monto correspondiente a lo que indebidamente se cobró.

En todo caso, este voto salvante opina que por cuanto existió una decisión judicial mediante la cual se estableció que la sociedad suministradora del servicio eléctrico tenía un crédito tarifario a su favor, surgió el derecho de ésta al cobro de esa diferencia, derecho que conocían los usuarios y suscriptores, quienes mal pudieron, amparados en el principio confianza, concluir que pasados tres años la prestadora había “renunciado” a la realización de dicho cobro, teniendo en cuenta, además, que no había operado la prescripción de ese derecho de crédito.

4. En relación con el procedimiento para la recuperación del valor de la energía no facturada, la Sala interpretó las normas jurídicas aplicables al caso y determinó la prelación de éstas. En este sentido se señala en la sentencia lo siguiente:

“Observa la Sala, que el procedimiento del artículo 54 del Reglamento de Servicio, se contradice con el procedimiento de la Ley de Metrología, que según el artículo 129 del Reglamento General de Servicio, rige el cobro de energía no facturada por anomalía. Pero como este último Reglamento en su artículo 24, expresa que el procedimiento para el cobro de energía no facturada lo establecerá el Reglamento de Servicio, es éste el que impera”.

No es nada claro, para quien disiente, el análisis y la declaratoria de la Sala en relación con la prelación de dichas normas. En efecto, de tales términos del fallo se llega a la conclusión de que hay una contradicción entre los artículos 24 y 129 del propio Reglamento General de Servicio (en tanto que uno referiría a la Ley de Metrología y el otro al Reglamento de servicio) y no una “colisión” entre la norma legal y la reglamentaria, caso en el cual es

aquella la que debe prevalecer y no ésta. Por tanto, si prevalece la norma reglamentaria es porque la Ley de Metrología se aplicaría de manera general, a falta de normas especiales, como serían los reglamentos que regulan específicamente el servicio de electricidad. En consecuencia, ha debido ser ésta, y no otra, la postura de la Sala en relación con la norma aplicable respecto de dicho procedimiento, con la finalidad de evitar una indeseable tergiversación del principio de jerarquía de las normas jurídicas.

5. En la dispositiva del fallo, numeral tercero, se lee:

“Se declara PARCIALMENTE CON LUGAR las peticiones sobre el cobro actual del diferencial tarifario correspondiente al año 1994 que viene haciendo ELECENRO a los suscriptores que recibieron energía ese año y se ordena a ELECENRO suspender a partir de este fallo el cobro por ese concepto a los usuarios o consumidores que no hayan cancelado las facturas, a menos que hayan convenido en hacerlo”.

Quien difiere considera que la orden de suspensión tiene, por su propia naturaleza, carácter temporal o provisional, por lo que, como se trata de la decisión definitiva de esta demanda, la Sala no debió ordenar la suspensión de dicho cobro, sino que debió determinar y declarar, de manera permanente, la improcedencia del cobro del diferencial tarifario objeto de controversia entre las partes y, si ciertamente se dispuso una suspensión, había que determinar el plazo de la misma.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

B. *Las garantías del debido proceso: Derecho a la defensa*

TSJ-SC (33)

26-1-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Luis Manuel Díaz Fajardo vs. Sentencia del Juzgado Superior Primero en lo Civil, Mercantil, de Tránsito, Trabajo y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo.

El derecho de defensa en el proceso se desarrolla legalmente mediante varias instituciones, siendo dos de ellas la de la defensoría y la de la necesidad de la doble instancia (la cual admite excepciones). La Sala desarrolla la institución de la defensoría *ad litem*.

El derecho de defensa en el proceso, contemplado como derecho fundamental en el artículo 49 constitucional, se desarrolla legalmente mediante varias instituciones, siendo dos de ellas la de la defensoría y la de la necesidad de la doble instancia (la cual admite excepciones).

La institución de la defensoría se divide en pública, destinada a otorgar asistencia técnica integral a los imputados en el proceso penal que no contraten defensores particulares; y en privada, la cual opera en el proceso de naturaleza civil, bajo diversas figuras como la del defensor de quien goza de la declaratoria de justicia gratuita, o como la del defensor *ad litem*.

Esta última clase de defensoría (*ad litem*) persigue un doble propósito: 1) Que el demandado que no puede ser citado personalmente, sea emplazado, formándose así la relación jurídica procesal que permite el proceso válido. Desde esta vertiente, la defensa obra incluso en beneficio del actor, ya que permite que el proceso pueda avanzar y se dicte la sentencia de fondo. 2) Que el demandado que no ha sido emplazado o citado, se defiende, así no lo haga personalmente.

Debido a ese doble fin, el defensor no obra como un mandatario del demandado, sino como un especial auxiliar de justicia, que por no pertenecer a la defensa pública, debe perci-

bir del demandado sus honorarios, así como las *litis* expensas, tal como lo señala el artículo 226 del vigente Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, como tal función auxiliar no la presta el abogado defensor gratuitamente (a menos que la ley así lo ordene, como lo hace el artículo 180 del Código de Procedimiento Civil), si éste no localizara al demandado para que le facilite las *litis* expensas o sus honorarios, tales gastos los sufragará el demandante -quien se beneficia a su vez de la institución- quien podrá recuperarlos de los bienes del defendido, si éstos existen.

Ahora bien, la función del defensor *ad litem*, en beneficio del demandado, es el de defenderlo, el que el accionado pueda ejercer su derecho de defensa, lo cual supone que sea oído en su oportunidad legal. De allí, que no es admisible que el defensor *ad litem* no asista a contestar la demanda, y que por ello se apliquen al demandado los efectos del artículo 362 del Código de Procedimiento Civil. El defensor *ad litem* ha sido previsto en la ley (Código de Procedimiento Civil), para que defienda a quien no pudo ser emplazado, no para que desmejore su derecho de defensa.

Pero debe la Sala, en aras de delinear las relaciones del derecho de defensa y la función del defensor *ad litem*, proceder a analizar, como debe encarar tal función el defensor, a fin de cumplir con ella cabalmente.

En este sentido, la Sala considera que es un deber del defensor *ad litem*, de ser posible, contactar personalmente a su defendido, para que éste le aporte las informaciones que le permitan defenderlo, así como los medios de prueba con que cuente, y las observaciones sobre la prueba documental producida por el demandante.

El que la defensa es plena y no una ficción, se deduce del propio texto legal (artículo 226 del Código de Procedimiento Civil), que prevé el suministro de las *litis* expensas para el defensor, lo que significa que él no se va a limitar a contestar la demanda, sino que realizará otras actuaciones necesarias (probatorias, etc.) a favor del demandado.

Lo expuesto denota que para que el defensor cumpla con su labor, es necesario, que de ser posible, entre en contacto personal con el defendido, a fin de preparar la defensa.

Para tal logro no basta que el defensor envíe telegramas al defendido, participándole su nombramiento, sino que para cumplir con el deber que juró cumplir fielmente, debe ir en su búsqueda, sobre todo si conoce la dirección donde localizarlo.

A juicio de esta Sala, la lectura del artículo 225 del Código de Procedimiento Civil, apuntala lo que la Sala destaca como forma de ejercicio de la función de defensor *ad litem*. En efecto, dicha norma dispone que el Tribunal al hacer el nombramiento del defensor dará preferencia en igualdad de circunstancias a los parientes y amigos del demandado o a su apoderado, si lo tuviere, oyendo cualquier indicación del cónyuge presente, si lo hubiere y quisiere hacerla.

Cuando el legislador toma en cuenta que para la designación se prefiere a los apoderados, a los parientes y amigos del demandado, y se oiga a su cónyuge (si se tratare de persona natural, casada) lo que se está significando es que el defensor a nombrarse debe tener interés en la defensa, debido a sus nexos con el defendido, lo que demuestra que es la defensa plena la razón de la institución.

Tal norma (artículo 225 del Código de Procedimiento Civil), colide con la Ley de Abogados (artículo 4), que establece que la representación en juicio sólo corresponde a abogados en ejercicio, y aunque el defensor *ad litem* no es un mandatario; sin embargo, el espíritu de dicha ley especial -que debe ser respetado- es que la actividad procesal sea efectuada por abogados en ejercicio, por lo que los parientes y amigos mencionados en el artículo 225 citado, deben ser abogados para ser defensores, pero por el hecho de que no lo sean y no se

les pueda nombrar, no surge razón para no consultarlos sobre cuál profesional del derecho será nombrado defensor, ya que lo que se busca es que quien asuma la defensa tenga interés en ella.

En el caso de autos, constaba en el expediente laboral la dirección del demandado, antes de la fecha del nombramiento del defensor. Luego, era impretermitible que el defensor acudiera a la dirección del defendido a preparar la defensa, a menos que éste se negare, no bastando a ese fin enviarle un telegrama notificándole el nombramiento.

Si el defensor no obra con tal diligencia, el demandado queda disminuido en su defensa, por lo que la decisión impugnada, que no tomó en cuenta tal situación, infringió el artículo 49 constitucional y así se declara.

Constató además la Sala, por ser un hecho admitido por las partes que concurrieron a la audiencia, que el fallo de la alzada impugnado, decidió el fondo del juicio, sin que dicho fondo hubiere sido conocido por la primera instancia.

Ante tal vicio, donde en la causa se saltó una instancia, el debido proceso y el derecho de defensa del accionante, también quedó infringida, y así se declara.

C. Derecho a la tutela judicial efectiva

TSJ-SPA (00389)

22-4-2004

Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi

Caso: Omar Arenas Candelo vs. Consejo de la judicatura

El conjunto de principios que consagra la nueva Constitución (1999) entre los cuales destaca el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Este principio convierte al sistema contencioso administrativo en un proceso de protección efectiva de los derechos subjetivos, tanto para los administrados como de la propia Administración, lo que hace afirmar a la doctrina existente que el contencioso administrativo, desde la aparición de la tutela judicial efectiva como principio constitucional, es una tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas.

Habiendo esta Sala determinado la procedencia del recurso de nulidad denunciado por el ciudadano Omar ARENAS CANDELO contra la Resolución n° 9 de 7 de junio de 1980 del Consejo de la Judicatura, organismo suprimido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, y cuyas competencias, como consecuencia de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento de la estructura institucional del Estado, fueron asumidas por el Tribunal Supremo de Justicia, por intermedio de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura, esta Sala estima conveniente hacer ciertas consideraciones en cuanto a los efectos del presente fallo.

La Resolución anulada desincorporó al recurrente de su cargo de Juez Décimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. En efecto, el referido ciudadano desempeñaba un cargo en el cual no fue reelegido y el acto administrativo de nombramiento de un nuevo juez no señaló los motivos para ello.

El efecto natural de la nulidad de la Resolución sería ordenar la reincorporación del recurrente al cargo que ejercía para el 7 de junio de 1980, o designarlo para otro de la misma o superior jerarquía en la Circunscripción Judicial del Distrito Capital y Estado Miranda, o en

otra Circunscripción Judicial, en este último caso previo consentimiento del interesado, tal como lo señaló esta Sala en su oportunidad mediante sentencia de 7 de junio de 1982. (Caso Héctor ZAMORA IZQUIERDO, con ponencia del Magistrado Dr. René DE SOLA), circunstancia que resulta similar al presente, por cuanto también declaró la nulidad de la Resolución número 9 de 7 de junio de 1980.

Adempero, verifica este Despacho que el ciudadano Omar ARENAS CANDELO ingresó a la judicatura en el año de 1969 (folio 27). Posteriormente, fue designado como Juez titular del Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda el 19 de mayo de 1975 hasta el 17 de junio de 1980 (folio 6), fecha de su desincorporación como consecuencia de la no reelección en el mismo cargo.

Así, el ciudadano Omar ARENAS CANDELO contaba con cuarenta (40) años de edad para el momento de dictarse la Resolución número 9 del Consejo de la Judicatura y sin embargo, sobreviene en la oportunidad de dictar esta sentencia, que actualmente el mismo posee sesenta y dos (62) años de edad, como puede colegirse de su fecha de nacimiento (folio 28). De igual manera, para el momento actual, el ciudadano en cuestión habría acumulado treinta y cuatro (34) años de ejercicio judicial.

Ahora bien, el artículo del artículo 41 de la Ley de Carrera Judicial de 1998 establece expresamente:

“Artículo 41.- El derecho a la jubilación, con disfrute del noventa por ciento del salario, se adquiere cuando el juez haya alcanzado la edad de sesenta años, si es hombre, o de cincuenta y cinco años si es mujer, siempre que hubiere cumplido por lo menos veinticinco años de servicio público, quince de los cuales en la Carrera Judicial como mínimo. Los que hubieren cumplido treinta años, quince de los cuales en la Carrera Judicial como mínimo, podrán jubilarse con disfrute del ciento por ciento del salario. Los jueces jubilados podrán ser nuevamente designados en los términos establecidos en la Ley, sin necesidad de concurso de oposición, en cuyo caso se suspenderá su jubilación mientras ejerce su función como juez. No tendrán derecho a la jubilación los jueces que hayan sido destituidos de acuerdo con la ley, o que hubieren renunciado para eludir un procedimiento disciplinario en su contra”. (Enfasis añadido).

Los hechos descritos y las normas aplicables al presente caso configuran a juicio de esta Sala Político-Administrativa Accidental la presunción mediante la cual de no haberse dictado la írrita Resolución impugnada por este fallo, el ciudadano Omar ARENAS CANDELO hubiera disfrutado el derecho a permanecer en el servicio público judicial. No obstante, como fundamento de la Resolución contradicha, se tiene una causa no imputable a su persona, razón por la cual a juicio del extinto Consejo de la Judicatura, el recurrente no podía continuar en el ejercicio activo de sus funciones como juez, lo cual hace inaplicable las resultados de la decisión n° 9 de 7 de junio de 1980.

En este orden de ideas y teniendo en cuenta que el juez contencioso administrativo tiene los más amplios poderes para solventar las situaciones jurídicas infringidas por la acción del Poder Público, la actividad de la jurisdicción contencioso administrativa se encuentra gobernada fundamentalmente por el principio inquisitivo, el cual le permite, entre otras cosas, la corrección de irregularidades que no hayan sido alegadas por las partes con base en el principio del control de la legalidad y la protección de los intereses colectivos (María Amparo GRAU. “Los Poderes del Juez Contencioso Administrativo”, en *Estudios de Derecho Público. Libro Homenaje a Humberto J. LA ROCHE*, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje n° 3, Caracas, 2001, p. 365).

Adicionalmente, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, el juez contencioso administrativo se ha visto fortalecido por el conjunto de principios que consagra la nueva Carta Magna, entre los cuales destaca el derecho constitucional a la tutela judicial

efectiva. Este principio convierte al sistema contencioso administrativo en un proceso de protección efectiva de los derechos subjetivos, tanto para los administrados como de la propia Administración, lo que hace afirmar al doctrinario GARCÍA DE ENTERRÍA que el contencioso administrativo, desde la aparición de la tutela judicial efectiva como principio constitucional, es una *tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas*. (Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*. Monografías Civitas. Editorial Civitas, S.A. Madrid, 1992, p. 60).

Tal concepción debe a la vez conectarse con lo establecido en el artículo 259 de la Constitución referente a las atribuciones que esta norma establece para los órganos de la justicia administrativa, el cual señala que el juez contencioso administrativo debe velar por el efectivo *restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración*.

Así, con estos dos principios –tutela judicial efectiva y restablecimiento de las situaciones subjetivas infringidas–, el juez contencioso administrativo posee los premisas necesarias para resguardar los derechos subjetivos de los justiciables, tal y como lo ha señalado en su momento la Sala Constitucional de este máximo Tribunal en los siguientes términos:

“Así tenemos que, de la simple lectura de las atribuciones que el artículo 259 de la Constitución otorga a la jurisdicción contencioso-administrativa, se aprecia que los justiciables pueden accionar contra la Administración a los fines de solicitar el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad de la Administración aunque se trate de vías de hecho o de actuaciones materiales. El referido precepto constitucional señala como potestades de la jurisdicción contencioso-administrativa, no solo la anulación de actos administrativos, la condena de pago de sumas de dinero por concepto de indemnización de daños y perjuicios y el conocimiento de las reclamaciones relativas a la prestación de los servicios públicos, sino también, el restablecimiento de situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad material o jurídica de la Administración. Resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respeto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo tanto, a partir de la Constitución de 1999, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como un sistema exclusivo de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la administración -a pesar de que la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, regula procedimientos objetivos, cuya finalidad es declarar la nulidad del acto impugnado - sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, que no permite reducir, limitar o excluir las lesiones producidas por actuaciones materiales o vías de hecho.” (Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de 23 de octubre de 2002. Sentencia número 2629. Ponente: Magistrado José Manuel DELGADO OCANDO). (Énfasis añadido).

En el caso de autos se verifica que el ciudadano Omar ARENAS CANDELO, de no haber sido retirado indebidamente por el extinto Consejo de la Judicatura, hubiera mantenido la expectativa de su derecho a obtener el beneficio de la jubilación, pues no existen razones válidas que justifiquen la decisión administrativa; más aún cuando su desincorporación del cargo en la judicatura no fue imputable a su accionar.

Por ende, en aplicación de los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva, de la seguridad jurídica, del control de la actividad funcional que le corresponde desarrollar a la novísima estructura funcional del sector justicia en Venezuela y en concreto, en aras de brindar la protección en términos de seguridad social a quienes tienen derecho como funcionarios públicos que hayan cumplido con los requisitos de ley en forma debida, esta Sala Político Administrativa Accidental estima procedente ordenar a la Dirección Ejecutiva de la Magistratura que acuerde el beneficio de jubilación al ciudadano Omar ARENAS CANDELO, titular de la cédula de identidad n° 2.100.707, previa su solicitud, con el cien por ciento

(100%) de la remuneración actual que corresponde a un cargo de igual jerarquía, o en todo caso no inferior al cual ejercía el actor del presente recurso para el momento de notificársele la decisión contenida en la Resolución n° 9 de 7 de junio de 1980.

A título de indemnización, se ordena el pago de los salarios dejados de percibir hasta el momento en el cual se produzca de manera efectiva la jubilación del ciudadano Omar ARENAS CANDELO, incluyéndose los aumentos salariales que se produjeron durante el lapso transcurrido desde la fecha efectiva de su retiro hasta la publicación de la presente sentencia; y de igual manera, el pago de la prestación de antigüedad, de conformidad con el artículo 44 de la Ley de Carrera Judicial en concordancia con la Ley Orgánica del Trabajo, sin menoscabo del derecho que le asiste como jubilado para ser nuevamente designado en un cargo de juez en los términos establecidos en la Ley de Carrera Judicial, sin necesidad de concurso de oposición, en cuyo caso se suspendería su jubilación mientras ejerce su función como juez. Así se declara.

Por último, vista la nulidad absoluta de la Resolución número 9 de 7 de junio de 1980 emanada del Consejo de la Judicatura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se declara que la presente decisión no tendrá efecto retroactivo alguno en relación con las actuaciones cumplidas por los jueces que el extinto Consejo de la Judicatura haya designado para ocupar el cargo de juez, titular o interino, en el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda. Así se declara.

2. *Derechos Individuales*

A. *Derecho de petición y a la oportuna respuesta*

TSJ-SC (547)

6-4-2004

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Ana B. Madrid A. vs. Fiscal General de la República.

La Sala Constitucional analiza la vía procesal idónea para la satisfacción del derecho de petición y a la oportuna respuesta.

En el caso de autos se planteó demanda de amparo constitucional contra la omisión del Fiscal General de la República cuando no dio oportuna respuesta a la solicitud administrativa que planteó la demandante mediante la cual, con fundamento en el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, solicitó la declaratoria de nulidad absoluta del acto administrativo de 30 de mayo de 2002, mediante el cual se le notificó el cese en el ejercicio de sus funciones en el cargo de Suplente Especial de la Fiscalía Séptima del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas. Ante tal omisión de pronunciamiento expreso, la quejosa invocó la violación de su derecho a la obtención de oportuna respuesta y planteó, como pretensión, se ordene al demandado responda expresamente su petición, con independencia del contenido de esa respuesta.

Por su parte, la representante de la parte demandada alegó la improcedencia de esta demanda de amparo, por varias razones: en primer lugar, porque no existe verdadera obligación de decidir, pues no se trató del ejercicio de un recurso administrativo; en segundo lugar, porque no existe en este caso un lapso legalmente establecido para la decisión administrativa y, en consecuencia, mal puede exigirse una respuesta en un plazo determinado; en tercer lugar porque, en todo caso, habría operado el silencio administrativo ante lo cual, y en cuarto lugar, la demandante contaba con vías procesales ordinarias, concretamente la vía funcionarial.

Al respecto esta Sala observa:

Son contestes las partes de este proceso en que existió una solicitud administrativa, que consistió en la petición de declaratoria de nulidad absoluta de un acto administrativo previo, y son contestes también en que esa petición no fue decidida, expresa y oportunamente, por parte del funcionario con competencia para ello. Frente a esa situación, el derecho fundamental cuya violación se alegó es el derecho de petición y a oportuna y adecuada respuesta, el cual preceptúa el artículo 51 Constitución de 1999, en los siguientes términos:

“Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo”.

Con fundamento en este precepto constitucional, toda persona tiene el derecho fundamental de dirigir peticiones y recibir oportuna y adecuada respuesta a las mismas, derecho cuya contrapartida no es otra que la obligación de todo funcionario público o toda persona que, en razón de la Ley, actúe como autoridad, en ejercicio de potestades públicas, de recibir las peticiones que se formulen respecto de los asuntos que sean de su competencia y, asimismo, la de dar oportuna y adecuada respuesta a las mismas.

Sobre el alcance de este derecho de petición y oportuna respuesta esta Sala ha establecido, en anteriores oportunidades, entre otras, en sentencias de 4-4-01 (caso Sociedad Mercantil Estación de Servicios Los Pinos S.R.L.) y de 15-8-02 (caso William Vera) lo siguiente:

“Tal como lo exige el artículo 51 de la Constitución, toda persona tiene derecho a obtener una respuesta ‘oportuna’ y ‘adecuada’. Ahora bien, en cuanto a que la respuesta sea “oportuna”, esto se refiere a una condición de tiempo, es decir que la respuesta se produzca en el momento apropiado, evitando así que se haga inútil el fin de dicha respuesta.

En cuanto a que la respuesta deba ser ‘adecuada’, esto se refiere a la correlación o adecuación de esa respuesta con la solicitud planteada. Que la respuesta sea adecuada en modo alguno se refiere a que ésta deba ser afirmativa o exenta de errores; lo que quiere decir la norma es que la respuesta debe tener relación directa con la solicitud planteada. En este sentido, lo que intenta proteger la Constitución a través del artículo 51, es que la autoridad o funcionario responsable responda oportunamente y que dicha respuesta se refiera específicamente al planteamiento realizado por el solicitante”.

Asimismo, también en decisión del 30-10-01 (caso Teresa de Jesús Valera Marín), esta Sala Constitucional señaló:

“La disposición transcrita, por una parte, consagra el derecho de petición, cuyo objeto es permitir a los particulares acceder a los órganos de la Administración Pública a los fines de ventilar los asuntos de su interés en sede gubernativa. Asimismo, el artículo aludido, contempla el derecho que inviste a estos particulares de obtener la respuesta pertinente en un término prudencial. Sin embargo, el mismo texto constitucional aclara que el derecho de petición debe guardar relación entre la solicitud planteada y las competencias que le han sido conferidas al funcionario público ante el cual es presentada tal petición. De esta forma, no hay lugar a dudas, en cuanto a que la exigencia de oportuna y adecuada respuesta supone que la misma se encuentre ajustada a derecho, pero no implica necesariamente la obligación de la Administración de acordar el pedimento del administrado, sino sólo en aquellos casos en que el marco jurídico positivo permita al órgano de la Administración tal proceder, sobre la base de las competencias que le han sido conferidas”.

Así las cosas, para que una respuesta se entienda como oportuna y adecuada debe cumplir con un mínimo de requisitos de forma y oportunidad, con independencia de que se otorgue o se niegue el derecho *–lato sensu–* que se solicitó mediante la petición administrati-

va. De allí que el carácter *adecuado* de la respuesta dependerá, *formalmente*, de que ésta se dicte de manera expresa y en cumplimiento de los requisitos de forma que establece la Ley, y, *materialmente*, según se desprende del criterio jurisprudencial que se citó, con subordinación a que la respuesta tenga correlación directa con la solicitud planteada. En otros términos, el particular tiene, como garantía del derecho de petición, el derecho a la obtención de una respuesta adecuada –expresa y pertinente- y oportuna –en tiempo-, con independencia de que no se le conceda lo que pidió.

A diferencia de lo que alegó la representación de la parte demandada en juicio, recuerda la Sala que *toda petición administrativa está amparada por este derecho fundamental*, como no podría ser menos, y de allí que poco importa si lo que se ejerció es una solicitud de primer grado –en el marco de un procedimiento administrativo constitutivo-, un recurso administrativo, o bien una petición distinta, como lo sería la que se planteó en este caso, de conformidad con el artículo 83 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Asimismo, tampoco es cierto, como esa representación alegó, que en este caso no exista un lapso legalmente determinado, para la decisión de esa petición administrativa, que regule la obligación de dar oportuna respuesta, pues a falta de procedimiento especial para la tramitación de tales solicitudes de declaratoria de nulidad, han de seguirse, en esos casos –como de común se realiza-, los trámites del procedimiento ordinario que preceptúan los artículos 48 y siguientes de dicha Ley, con inclusión de su lapso de tramitación y resolución, que de conformidad con el artículo 60 *eiusdem*, es de cuatro meses, prorrogable –mediante justificada y expresa decisión del órgano administrativo- por dos meses más. De manera que, se insiste, no es cierto que no exista un lapso determinado para la decisión oportuna, tal como no existe procedimiento alguno que carezca de lapso de decisión, amén de la disposición supletoria del artículo 5 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

En el caso de autos, es evidente que operó el silencio administrativo cuando transcurrió el lapso legalmente establecido sin que se produjera una decisión expresa por parte de la Administración. Ante esta situación, debe analizarse si, con la verificación del silencio, se satisfizo el derecho de petición o si, por el contrario, persistía la violación del derecho constitucional a la obtención de oportuna y adecuada respuesta.

Considera esta Sala que el silencio administrativo es una técnica de depuración de ciertas pasividades administrativas, que consiste en una ficción legal de pronunciamiento que el ordenamiento jurídico dispone como garantía del derecho a la defensa del particular, pues le permite el avance, en las vías administrativas y jurisdiccionales, para la impugnación del acto administrativo que sea confirmado a través de la decisión presunta, cuando ésta se verifica en un procedimiento de revisión, tal como lo consideró esta Sala en anteriores oportunidades, entre otras, sentencias de 30-6-00 (caso Nora Eduvigis Graterol) y de 3-4-03 (caso Ernesto García). Es ese, precisamente, el supuesto que operó en el caso de autos, donde había un acto previo cuya revisión se pretendía y, en consecuencia, como quedó denegada tácitamente tal revisión por el silencio administrativo, podía atacarse, en sede contencioso-administrativa, en garantía del derecho a la defensa.

El silencio administrativo es, se insiste, una garantía del derecho constitucional a la defensa, pues impide que el particular vea obstaculizadas las vías ulteriores de defensa –administrativas y jurisdiccionales- ante la pasividad formal de la Administración, mas no garantiza el derecho fundamental de petición, porque la decisión presunta no cumple, ni mucho menos, con los requisitos de una oportuna y adecuada respuesta en los términos de la jurisprudencia de esta Sala que antes se señalaron, y de allí precisamente que la Administración mantenga la obligación de decidir expresamente aún si opera el silencio y de allí, también, que esta Sala haya considerado en anteriores ocasiones, que ante la falta de respuesta oportuna y expresa sea posible la pretensión de protección del derecho fundamental de petición a través de la vía del amparo constitucional.

Entre otras, en el fallo de 30-6-00 (caso Nora Eduvigis Graterol) que anteriormente se citó, esta Sala señaló que “*Las abstenciones u omisiones de los órganos del Poder Público que violen o amenacen violar derechos o garantías constitucionales, específicamente el derecho de petición y oportuna respuesta pueden ser atacadas por medio de la acción de amparo constitucional, tal y como se desprende de los artículos 2 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*”, con la acotación de que, en estos casos, la pretensión de amparo se circunscribirá únicamente a que se ordene a la Administración que decida expresamente, con independencia del contenido –favorable o desfavorable– de su decisión. Así se estableció también en sentencias de esta Sala de 23-10-01 (caso Miguel Antonio Albornoz Rodríguez) y sentencia de 23-8-02 (caso Friedrich Wilhelm Siegel):

“...el único objetivo lógico de la acción de amparo constitucional contra la violación del derecho de petición y a obtener oportuna respuesta, es el de obligar al presunto agravante a dar curso a la solicitud planteada y a emitir un pronunciamiento, sin que ello implique necesariamente una respuesta favorable”.

Ahora bien, y según se estableció en la misma decisión de 30-6-00, “*no toda omisión genera una lesión constitucional*” y de allí que sea imperativo el análisis de cada caso concreto para la determinación de si, en el mismo, es procedente el amparo constitucional ante la violación del derecho de petición, análisis que dependerá de si existen o no, frente a este caso, vías contencioso-administrativas ordinarias capaces de dar satisfacción al derecho de petición y oportuna y adecuada respuesta.

La idoneidad de la vía procesal ordinaria para la satisfacción de ese derecho dependerá, en primer lugar, de que pueda dar cabida a la misma pretensión que habría de plantearse en estos casos a través de la demanda de amparo constitucional, pretensión que no es otra que *la condena a la Administración a que decida expresa y adecuadamente*, que es a lo que da derecho, se insiste, la garantía de oportuna y adecuada respuesta.

Frente a tal pretensión es evidente, sin que sean necesarias mayores justificaciones, la idoneidad del recurso contencioso administrativo de anulación, recurso que ciertamente procede frente al silencio administrativo, según se dijo ya, pero para dar satisfacción a pretensiones distintas, como lo serían la pretensión de nulidad del acto presunto y, eventual y subsidiariamente, la pretensión indemnizatoria o de restablecimiento de la situación jurídica infringida, de conformidad con el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. De allí que, en conclusión, tal medio procesal administrativo no sería idóneo para satisfacer el derecho de petición.

En segundo lugar, procede el análisis de la idoneidad de otra vía procesal: el recurso por abstención o carencia. El objeto de este “recurso”, según la tradicional y pacífica jurisprudencia contencioso-administrativa (entre otras muchas, desde las sentencias de la Sala Político-Administrativa de 28-5-85, caso Eusebio Igor Vizcaya Paz; 13-6-91, casos: Rangel Bourgoing y Elías José Sarquis Ramos; hasta las más recientes de 10-4-00 caso Instituto Educativo Henry Clay; 23-5-00, caso: Sucesión Aquiles Monagas Hernández; y 29-6-00, caso: Francisco Pérez De León y otros; así como de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de 29-10-87, caso: Alfredo Yanucci Fuciardi; 19-2-87, caso: Inmacolata Lambertini de De Pégola y más reciente de 23-2-00, caso: José Moisés Motato), ha sido la pretensión de condena contra la Administración al *cumplimiento de una obligación específica de actuación*. De allí que, en tales precedentes de la jurisprudencia contencioso-administrativa, como en prácticamente todos los que se han referido al tema, se ha entendido que el recurso por abstención no procede como garantía al derecho a oportuna respuesta, pues la obligación de responder es un *deber genérico de decidir* (omisión administrativa), y no una obligación específica de actuación (abstención administrativa), y, por tanto, frente a ese deber genérico lo que opera es el silencio administrativo, cuya contrariedad a derecho es “controlable” a través de la demanda de amparo constitucional como garantía del derecho de petición

o bien a través del recurso contencioso-administrativo de anulación como garantía del derecho a la defensa y siempre que, en este último caso, se trate de un “silencio de segundo grado” o confirmatorio de un previo acto expreso (sentencias de la Sala Político-Administrativa de 10-4-00 y 23-5-00, antes citadas).

Ahora bien, aún tratándose de un criterio tradicional de la jurisprudencia contencioso-administrativa, no puede ser compartido por esta Sala porque no se ajusta a los patrones constitucionales de la materia. En efecto, no considera la Sala que la obligación administrativa de dar respuesta a las solicitudes administrativas sea un “deber genérico”. En primer lugar, porque toda obligación jurídica es, *per se*, específica, sin perjuicio de que su cumplimiento haya de hacerse a través de una actuación formal (*vgr.* por escrito) o material (*vgr.* actuación física) y sin perjuicio, también, de que sea una obligación exclusiva de un sujeto de derecho o bien concurrente a una pluralidad de sujetos, colectiva o individualmente considerados.

En segundo lugar, porque aún en el supuesto de que distintos sujetos de derecho —en este caso órganos administrativos— concurren a ser sujetos pasivos de una misma obligación —en el caso de autos, el deber de todo órgano de dar oportuna y adecuada respuesta—, dicho deber se concreta e individualiza en el marco de cada relación jurídico-administrativa, por lo que es una obligación específica frente al sujeto determinado que planteó la petición administrativa. Y en tercer lugar, porque bajo el imperio de la Constitución de 1999 el derecho constitucional de dirigir peticiones a los funcionarios públicos abarca el derecho a *la obtención de oportuna y adecuada respuesta*, lo que supone el cumplimiento de concretos lineamientos, en los términos que antes explanó esta Sala, y, por ende, con independencia del contenido de la solicitud administrativa, la respuesta del funcionario debe ser *oportuna y adecuada*, lo que excluye cualquier apreciación acerca de la condición genérica de tal obligación. De allí que esta Sala Constitucional considera que el deber constitucional de los funcionarios públicos de dar oportuna y adecuada respuesta a toda petición es una obligación objetiva y subjetivamente específica.

En abundancia, tiene la Sala en cuenta que el artículo 42, cardinal 23, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, base legal del recurso por abstención o carencia, no distingue entre obligaciones administrativas específicas o deberes genéricos cuando preceptúa que la Sala Político-Administrativa tiene competencia para “*Conocer de la abstención o negativa de los funcionarios nacionales a cumplir determinados actos a que estén obligados por las leyes, cuando sea procedente, en conformidad con ellas*”, y de allí que esa distinción jurisprudencial no tenga sustento legal, al menos a raíz de la Constitución de 1999.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a la consideración de que el recurso por abstención o carencia es un medio contencioso administrativo que puede —y debe— dar cabida a la pretensión de condena al cumplimiento de toda obligación administrativa incumplida, sin que se distinga si ésta es específica o genérica. En consecuencia, puede incluso tener como objeto la pretensión de condena a que la Administración *decida expresamente* una petición administrativa —con independencia de que otorgue o rechace el derecho solicitado— en garantía del derecho de petición.

Asunto distinto es que el recurso por abstención sea un medio procesal no ya idóneo por su alcance, sino idóneo en tanto satisfaga con efectividad la pretensión procesal porque sea lo suficientemente breve y sumario para ello. Es evidente que la satisfacción de toda pretensión de condena y, en especial, la condena a actuación, exige prontitud y urgencia en la resolución judicial, a favor de la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva, bajo riesgo de que el sujeto lesionado pierda el interés procesal en el cumplimiento administrativo por el transcurso del tiempo. De allí que, en muchos casos, sí será el amparo constitucional el único medio procesal que, de manera efectiva, satisfaga estas pretensiones, cuando no sea idónea, en el caso concreto, la dilatada tramitación del recurso por abstención.

En el caso de autos, se observa que la falta de respuesta en que incurrió la Administración se planteó en el marco de una relación de empleo público, pues se trataba de una solicitud de declaratoria de nulidad absoluta del acto administrativo mediante el cual se notificó a la demandante que cesó en el ejercicio de sus funciones como Suplente Especial de la Fiscalía Séptima del Ministerio Público de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas; relación de empleo público que, sin perjuicio de que está excluida del régimen legal general de los funcionarios públicos, tiene como juez natural a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo con competencia, en primera instancia, en materia funcional, según el criterio de la Sala Político-Administrativa de 20-12-00 (caso William Eduardo Pérez) y de esta misma Sala de 5-10-00 (caso Conrado Alfredo Gil) y de 26-3-02 (caso Luis Ismael Mendoza), en relación con otros funcionarios también excluidos del régimen funcional general, como son los docentes.

De manera que cualquier conflicto jurisdiccional de los funcionarios públicos –aún de los que fueron excluidos del régimen general sustantivo– se dilucidan ante dichos Tribunales mediante la querrela administrativa o recurso contencioso-administrativo funcional que disponen en los artículos 92 y siguientes de la Ley del Estatuto de la Función Pública, medio procesal especial que puede tener como objeto múltiples pretensiones procesales, entre otras, la pretensión de condena frente a las abstenciones y demás omisiones de la Administración funcional y que, por tanto, sustituye al recurso por abstención en el ámbito del empleo público. En efecto, de conformidad con el artículo 93 de la Ley del Estatuto de la Función Pública, el objeto de la querrela es amplísimo, pues da cabida a todas las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley; con inclusión de cualquier reclamación de los funcionarios o aspirantes a tales “cuando consideren lesionados sus derechos por actos o hechos de los órganos de la Administración Pública” (artículo 93, cardinal 1, *eiusdem*).

De manera que el ámbito material de la querrela se determina según un criterio objetivo: cualquier pretensión que se suscite en el marco de una relación funcional, con independencia del contenido de esa pretensión y del acto, hecho u omisión administrativa que la motivó.

La regulación procesal que la Ley del Estatuto de la Función Pública otorga al recurso contencioso-administrativo funcional o querrela se plantea, en criterio de esta Sala, como un medio procesal suficientemente breve y sumario y por tanto idóneo frente al amparo constitucional, según señaló esta Sala en anteriores oportunidades (sentencias de 14-12-01, caso Marisol Ocando y otros; de 8-5-02, caso Teodoro David Dovale y de 25-9-03, caso Ángel Domingo Hernández), lo cual, si se tienen en cuenta las amplias potestades cautelares del juez, pudo dar satisfacción a la pretensión del caso de autos, sin que fuera necesario acudir al amparo constitucional.

En consecuencia, esta Sala considera que la demanda debe declararse inadmisibles, de conformidad con el 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ante la existencia de un medio procesal ordinario que, de manera idónea, pudo dar satisfacción a la pretensión planteada. Así se decide.

No obstante, en atención al criterio reiterado de esta Sala, para la introducción de dicho medio procesal ordinario –la querrela– y en aplicación del principio *pro actione*, se tendrán como disponibles los lapsos de interposición que preceptúa la Ley de la materia, los cuales se computarán a partir de la publicación de esta decisión.

B. *Derecho a la información administrativa*

TSJ-SC (29)

20-1-2004

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Olimpia Tours and Travel C.A. vs. Vice-Ministro de Turismo del Ministerio de Industria y Comercio y Presidenta encargada de la Corporación de Turismo de Venezuela (CORPOTURISMO).

El derecho a la información que acogió el artículo 143 del texto constitucional no abarca aquellos documentos de contenido confidencial o secreto.

En efecto, el derecho a que hace referencia el artículo 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en cuanto a la oportuna respuesta que debe recibir el particular que tenga a bien dirigir instancias a los órganos del poder público en materias de la competencia de éstos, consiste en que, ante la petición del particular, la autoridad se encuentra obligada a la resolución del caso concreto o la indicación de las razones por las cuales se abstiene de tal actuación, siempre dentro del marco objetivo de legalidad, pero con la facultad de pronunciarse en el sentido que estime pertinente y no en uno determinado.

Por tanto, la obligación se satisface con una eficaz actividad administrativa de respuesta, en el menor tiempo posible, al requerimiento de la persona.

En este orden de ideas, la Sala observa que la sentencia objeto de consulta declaró la improcedencia de la denuncia de violación del derecho de respuesta, por cuanto consideró que la supuesta omisión de pronunciamiento que sirvió de fundamento a la pretensión de amparo, no existió puesto que consta en autos que la supuesta agravante sí respondió a la solicitud de la accionante, cuando le hizo saber que la información que pretendía se encontraba sometida al régimen de reserva o confidencialidad a que hace referencia el artículo 52 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

De otra parte, y sobre la base de la anterior consideración, esta Sala comparte el criterio según el cual el derecho a la información que acogió el artículo 143 del texto constitucional vigente no abarca aquellos documentos de contenido confidencial o secreto.

Sin embargo, la confidencialidad de un documento requiere de la existencia previa de una norma que así califique de un acto expreso –que en el caso de autos no existió– que ponga al particular directamente interesado en conocimiento de tal decisión, por cuanto la limitación que deriva de esa condición sólo puede concebirse dentro de un moderno Estado de Derecho y de Justicia, con la debida garantía de un pronunciamiento motivado en función de su derecho constitucional a la defensa de los eventuales interesados en la información cuya confidencialidad se declarase. Así se declara.

Concuerda también la Sala con el razonamiento del *a quo* respecto a que la parte actora tiene derecho a ser informada del contenido de las actas de la parte demandada siempre y cuando sean de su interés, de conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; de modo que el impedimento a la presunta agravada, por parte de CORPOTURISMO, de acceso al contenido de aquéllas, efectivamente cercenó su derecho a la información, pero exclusivamente en la medida de su interés en las mismas. Por ello, confirma la orden que dio la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo a la Presidenta del ente agravante, de exhibición a esa Corte de las Actas completas de Reunión de Directorio de CORPOTURISMO de 24 de abril de 2000 y 22 de mayo de 2000, para que precisara los puntos, si los hubiere, donde se hubiese tomado decisión respecto a la quejosa y la orden de su transcripción, en cuanto fuera pertinente, en los términos que fijó.

Por último, y en relación con la improcedencia del pedimento relativo a la obtención de “*copia certificada de todas las Actas de Directorio en que se hubiera tomado una decisión en que (su) representada fuera parte*”, esta Sala coincide con el planteamiento del *a quo* constitucional, según el cual tan vaga pretensión es improcedente debido a la naturaleza restablecedora del amparo que, por ende, requiere alegaciones concretas como carga procesal del supuesto agraviado.

Voto salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero

Quien suscribe, Jesús Eduardo Cabrera Romero, disiente de la opinión de la mayoría, por las siguientes razones:

El artículo 143 constitucional responde a una forma de *habeas data*, tal como lo apuntó esta Sala el fallo del 14 de marzo de 2001 (caso Insaca); siendo así, no era la vía de un amparo por omisión de respuesta, la que permite la exhibición de los documentos, que es cosa distinta al derecho a ser informado que otorga el artículo 143 constitucional.

El derecho a la respuesta es diferente al derecho de acceder a la información, el cual - conforme al fallo inmediatamente citado- debe cumplir con una serie de requisitos de cumplimiento necesario.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

3. *Estado Social y Derechos Sociales*

A. *La justiciabilidad de los derechos sociales*

TSJ-SC (1002)

26-5-2004

Magistrado Ponente: Antonio García García

Caso: Federación Médica Venezolana vs. Ministra de Salud y Desarrollo Social y el Presidente del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

La Sala Constitucional concluye: a) Que los derechos económicos, sociales y culturales gozan, como cualquier derecho, de tutela jurisdiccional; b) que para saber cuándo se está en presencia de uno de esos derechos debe existir un relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo; c) la actividad estatal destinada a satisfacer la procura existencial es una actividad de gran contenido político; d) que esa actividad puede traducirse bien en actos o bien en políticas; e) que esos actos pueden ser objeto de control jurisdiccional en sus elementos jurídicos, no en los políticos; f) que las políticas no son objeto, en principio, de control jurisdiccional sino de control político; g) que esa imposibilidad del juez no puede ser entendida como una negación del derecho de acción de los ciudadanos.

Determinada la competencia de esta Sala para conocer el amparo constitucional ejercido, según se desprende de la decisión n° 1889/2003, procede directamente a pronunciarse acerca del mérito del asunto, en los términos siguientes:

La Sala anunció en el dispositivo del fallo que existe diferencia entre los derechos civiles y políticos, y los de tercera generación, afirmación que, por las características propias del acto donde fue realizada, carece de las precisiones necesarias. La dicotomía entre los derechos civiles y políticos, y los derechos económicos, sociales y culturales fue establecida desde los trabajos preparatorios de los dos Pactos de Naciones Unidas, y sobre todo, en la decisión tomada por la Asamblea General en 1951 de elaborar no uno, sino dos instrumentos que tratasen, respectivamente, las dos categorías de derechos como una expresión de la idea que los derechos civiles y políticos eran derechos susceptibles de aplicación inmediata -por requerir obligaciones de abstención por parte del Estado-, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales eran implementados por reglas susceptibles de aplicación progresiva -por implicar obligaciones positivas-, criterio que igualmente fue recogido en la Carta Social Europea -en cuyo proceso de negociación se tenía la convicción de que sería difícil garantizar la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales mediante un control judicial-, y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Reconsiderada la supuesta diferencia entre derechos económicos, sociales y culturales, y derechos civiles y políticos, la Conferencia de Derechos Humanos de Teherán (1968) proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la plena realización de los derechos civiles y políticos era imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, postura que fue avalada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, según la Resolución 32/130.

Conforme al texto de la indicada Resolución, entre las dos categorías de derechos no puede haber más que complementariedad, nunca antinomia. Los llamados derechos de solidaridad interactúan con los derechos civiles y políticos; sin embargo, esa afirmación, certera por demás, no alejó para aquél entonces, ni ahora, todas las incertidumbres del debate sobre la distinción entre el rol de los Estados en materia de derechos económicos, sociales y culturales y los límites a establecer a sus acciones en lo que concierne a los derechos civiles y políticos (basta con mirar las Resoluciones 43/113, 43/114 y 43/125 donde se insiste en la necesidad de establecer una atención igual a ambos derechos), pues está aún en plena discusión la diferencia del grado de exigibilidad de las obligaciones que de esos derechos se derivan frente al Estado, para muestra la gran prudencia de los países cuando se trata de asumir obligaciones más amplias que no están seguros de tener capacidad real para cumplirlas (por ejemplo, aunque ha existido un notable progreso no existe actualmente una posición definitiva en cuanto a la incorporación de ciertos derechos adicionales en el *corpus* de la Convención Europea de Derechos Humanos. El Consejo de Europa prefirió, por el momento, situar algunos derechos económicos y sociales bajo el sistema de protección de la Carta Social Europea).

Esta circunstancia ha centrado la discusión en la búsqueda de una protección más eficaz de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que indica que la Sala no está ante un debate superado, ni mucho menos ante una problemática que cuente con soluciones que agoten la discusión -la profusa doctrina que existe al respecto puede dar cuenta de ello-.

El hecho de que existan algunos derechos económicos, sociales y culturales que se caracterizan por requerir, al igual que los derechos civiles y políticos, obligaciones de abstención por parte del Estado, sólo permite hacer, hasta ahora, una única afirmación irrefutable: la diferencia existe, solo que ya no en el plano normativo sino en el procesal u operacional porque no es absoluta.

Esa dificultad operacional o procesal de los derechos económicos, sociales y culturales se explica porque su implementación confronta la crisis del endeudamiento y el consecuente empobrecimiento de los países (especialmente los Latinoamericanos), pues la realización de los mismos depende de los recursos existentes, comprometiéndose los Estados sólo a

disponer los medios para alcanzar objetivos progresivos; sin embargo, se le recrimina que es precisamente en los períodos de crisis que se impone su plena vigencia, particularmente en relación con los miembros más vulnerables de la sociedad.

En ese estado de las cosas el constituyente de 1999 no se conformó con incorporar en la Carta Magna la cláusula de Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2), sino que también estableció como derechos fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales que, conjuntamente con el valor normativo de la Constitución, exigen de la Sala un esfuerzo teórico, claro está, no definitivo, para compaginar esas dos caras ineludibles de tales derechos. La solución que se dé, más allá de ser de contenido jurídico, debe contar con una gran carga de sensatez y ser producto de un esfuerzo hermenéutico tendente a extraer la máxima operatividad de los preceptos que conforman nuestra Constitución económica, social y cultural, en virtud que, de obviarse eso, tacharía de demagógica cualquier decisión que se dicte al respecto al ser fallos por definición inejecutables.

Atendiendo a ello se debe señalar que el Estado Social de Derecho es el Estado de la *procura existencial*, su meta es satisfacer las necesidades básicas de los individuos distribuyendo bienes y servicios que permitan el logro de un *standard* de vida elevado, colocando en permanente realización y perfeccionamiento el desenvolvimiento económico y social de sus ciudadanos.

Según esto, la cláusula de Estado Social de Derecho es suficiente para que el Estado, a través de su estructura administrativa, esté en constante desarrollo de un programa económico, social o cultural y concilie los intereses de la sociedad, porque esa es, precisamente, su razón de ser. Por ende, desde la cláusula no existen derechos, lo que impide afirmar que ellos, por sí mismos, estén en la esfera subjetiva del ciudadano, la aspiración de satisfacer las necesidades básicas de los individuos constituye un principio orientador de la actividad administrativa, aquello que identifica a un Estado como Social de Derecho, por lo que tales programas son elementos condicionadores del fin de la actividad, califica, por así decirlo, qué debe ser entendido como interés público.

Al contraste de esto, al menos en la Constitución de 1999, se estipula simultáneamente como derechos fundamentales los derechos económicos, sociales y culturales, lo que implica, de por sí, consecuencias muy específicas: entre ellas, que le es aplicable -en principio- la tutela mediante amparo porque nuestro Texto Fundamental, a diferencia de otros ordenamientos, no discrimina esa garantía para cierta clase de derechos, y su vinculación inmediata, ya que en nuestro ordenamiento la Carta Magna contiene un valor normativo que pregona su exigencia automática, desconociendo lo que la doctrina denomina derechos programáticos.

Por tanto, al tener en esos términos los derechos económicos, sociales y culturales rango de derechos fundamentales, gozan, indiscutiblemente, de tutela jurisdiccional, pues, en caso contrario, no se estaría ante un derecho sino ante una aspiración de valor moral. El asunto es determinar cuándo se está exigiendo el cumplimiento de un derecho económico, social o cultural, y cuándo se está exigiendo que la Administración cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho, ya que en uno u otro caso las formas de exigencias son totalmente distintas, diferenciación que pasa, necesariamente, por el reconocimiento del valor político de la actividad estatal destinada a satisfacer la *procura existencial*, y por la definición del núcleo esencial de cada uno de los derechos en juego.

En el primer caso se debe empezar por afirmar que la política, ciertamente, preponderantemente se manifiesta en actos, pero también se concreta en ejecución, diseño, planificación, evaluación y seguimiento de las líneas de gobierno y del gasto público, lo que quiere decir que la política no se agota con el actuar jurídico. En aquel entendido los actos sí son controlables por los órganos jurisdiccionales, pero sólo en sus elementos jurídicos (conformidad a derecho de una actuación específica, no general o abstracta). Los criterios de oportunidad y conveniencia escapan del control del juez, así como también escapan, por ejemplo, los

elementos políticos de los actos administrativos o de gobierno, o las razones de oportunidad y conveniencia de las leyes (*Vid.* Sent. n° 1393/2001 SC/TSJ). De lo contrario se vulneraría la libertad con la que debe contar el Estado para adoptar y aplicar las políticas que considere más eficaces para la consecución de sus fines (entre los que está las garantías de goce y disfrute de los derechos prestacionales), lo que explica que el único control sobre tales aspectos sea, en principio -ya se verá que esa exclusividad posee algunas matizaciones-, el político a través de los diferentes medios de participación que la Constitución y las leyes establecen (la ciudadanía, durante el ejercicio de la función gubernativa y administrativa, ante la evidente incapacidad de la Administración de planificar de forma eficaz y eficiente su actividad para satisfacer la *procura existencial*, retirará la confianza que mediante el sufragio le otorgó a sus representantes, como muestra de un proceso de deslegitimación de los actores), lo cual en modo alguno implica reivindicar la tesis de los actos excluidos, teoría superada con argumentos tan contundentes que sería ocioso tratar de reproducirlos en esta sentencia, pues lo que se pretende es recalcar la imposibilidad del juez de entrar a cuestionar la oportunidad y conveniencia de la administración, del gobierno o de la legislación, o la imposibilidad material o técnica que en ocasiones existe de hacer efectivos, esto es, ejecutables, los fallos que ordenan el cumplimiento de determinadas obligaciones, no de negar el derecho de acción de los ciudadanos.

En efecto, está perfectamente consolidada la idea de que no existen actos de los órganos que ejercen el Poder Público que puedan desarrollarse al margen del Derecho, de vinculaciones jurídicas. La regulación de la competencia del órgano, los principios constitucionales sobre los fines del Estado, sobre los derechos fundamentales, sobre los objetivos económicos, en general, lo que esta Sala ha denominado elementos jurídicos, forman un entramado vinculante para una decisión que, aun discrecional políticamente, no se desarrolla, en este sentido, al margen del Derecho.

No obstante, en la actuación política, el Estado goza de una libertad de configuración propia que no puede ser sustituida legítimamente por el Poder Judicial.

La tiene como consecuencia del cumplimiento de sus funciones constitucionales, como producto de la naturaleza de su función, esto es, como una derivación del principio de división de poderes que estatuye un ámbito reservado para cada Poder que excluye la sustitución de voluntades, y que en la relación Gobierno-Poder Judicial impide que el control jurisdiccional sea la medida de la suficiencia de la carga prestacional.

Por ende, la libertad de configuración política hace que ese control judicial, mientras no se afecte un derecho, no exista; sin embargo, que el Poder Judicial no pueda controlar la legitimidad de las políticas y, simultáneamente, esté habilitado para controlar la juridicidad del actuar estatal no puede asumirse como contradictorio. En este sentido, comparte la Sala lo expuesto por Schmidt-Assmann (*Cfr.* Grundgesetz Kommentar, Beck, München), quien, vale acotar, si bien proclama la sumisión absoluta al Derecho de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, indica que “[l]as valoraciones políticas de esta clase corresponde al Gobierno Federal. La Ley Fundamental sólo pone para este poder de juicio los límites de la ostensible arbitrariedad. El Tribunal Constitucional Federal no tiene que controlar dentro de estos límites, si las valoraciones de esta clase son acertadas o no, puesto que para ello carece de medida jurídica; de esas valoraciones sólo se responde políticamente” (*Vid.* Antonio Embid Irujo, “La Justiciabilidad de los Actos de Gobierno (de los Actos Políticos a la Responsabilidad de los Poderes Públicos)”, en *Estudios Sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1991, pp. 2697-2739).

Este criterio también es compartido por el Tribunal Constitucional español, tan seguido por nuestro foro, en su sentencia 111/1983, de 2 de diciembre, en la que indicó que “[e]l Gobierno, ciertamente, ostenta el poder de actuación en el espacio que es inherente a la acción política; se trata de actuaciones jurídicamente discrecionales, dentro de los límites constitucionales, mediante unos conceptos que si bien no son inmunes al control jurisdiccional, rechazan -por la propia función que compete al Tribunal- toda injerencia en la decisión política, que correspondiendo a la elección y responsabilidad del Gobierno, tiene el control, también desde la dimensión política, además de los otros contenidos plenos del control del Congreso (...). El Tribunal no podría, sin traspasar las fronteras de su función, y a la vez de su responsabilidad, inmiscuirse en la decisión del gobierno, pues si así se hiciera quedarían alterados los supuestos del orden constitucional democrático”.

Ahora, que las políticas, en principio, estén exentas de control judicial no por eso escapan a un control, sólo que el que le es aplicable es el político que también está dispuesto constitucionalmente. Los órganos que ejercen el Poder Público obran bajo su propia responsabilidad, que puede ser cuestionada en el plano político, lo que significa que son susceptibles de sufrir la desautorización sobre el modo de ejercicio de la gestión política, pero ese proceso de deslegitimación no puede ser calificado por el Poder Judicial, salvo que se trate de establecer la responsabilidad administrativa por los daños producidos como consecuencia de la actuación que se juzga política y dejando al margen, así mismo, que un derecho fundamental sea afectado por esa decisión, lo que al final, por cierto, deja de ser un control sobre los elementos políticos del acto para pasar a ser un control sobre los elementos jurídicos del mismo.

Para el segundo de los supuestos -la identificación del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales-, ayuda en mucho que se esté en presencia de una relación jurídica perfectamente definida donde la lesión provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un grupo de estos que amerite la tutela del derecho lesionado a través de los órganos jurisdiccionales, como por ejemplo sucedió en el caso decidido por la sentencia n° 487/2001 (caso: Glenda López y otros vs IVSS), en el que los accionantes figuraban como afiliados al sistema de seguridad social, y, sin embargo, no se les suministraba el tratamiento médico, o el caso decidido por la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, el 14 de agosto de 1998 (caso: Instituto Psiquiátrico Rural Virgen del Rosario, C.A.), o por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, el 13 de diciembre de 2001 (caso: Abel Peñalosa y otros vs Consejo Nacional de la Vivienda). No obstante, en este punto se debe aclarar que la identificación del contenido mínimo no puede pretender sugerir determinadas políticas como las únicas, mejores o más satisfactorias para alcanzar la realización de un derecho, sino fijar un marco básico de referencia cuya insatisfacción permita establecer el incumplimiento de las obligaciones del Estado, independientemente de las políticas implementadas.

Según las ideas expresadas en los párrafos anteriores se concluye, hasta ahora, que: a) los derechos económicos, sociales y culturales gozan, como cualquier derecho, de tutela jurisdiccional; b) para saber cuándo se está en presencia de uno de esos derechos debe existir un relación jurídica perfectamente definida donde la lesión de los mismos provenga de una modificación de la esfera jurídica del ciudadano o de un colectivo; c) la actividad estatal destinada a satisfacer la procura existencial es una actividad de gran contenido político; d) que esa actividad puede traducirse bien en actos o bien en políticas; e) que esos actos pueden ser objeto de control jurisdiccional en sus elementos jurídicos, no en los políticos; f) que las políticas no son objeto, en principio, de control jurisdiccional sino de control político; g) que esa imposibilidad del juez no puede ser entendida como una negación del derecho de acción de los ciudadanos.

Sin embargo, no escapa a la Sala la relación obligatoria que existe entre políticas económicas, sociales y culturales y derechos económicos, sociales y culturales, pues del desarrollo, eficacia y eficiencia de las primeras dependerá, indefectiblemente, el ejercicio o transgresión de los segundos, lo que justifica, como se desarrollará en los párrafos subsiguientes, que esa imposibilidad de control jurisdiccional sobre las políticas sea objeto de algunas matizaciones.

La labor judicial consiste, esencialmente, en señalar transgresiones. El Poder Judicial no puede sustituir al Legislativo o Ejecutivo en la formulación de políticas sociales, como una manifestación del principio de división de poderes, que, de quebrantarse, conduciría a un gobierno de los jueces. Ese carácter cognitivo de la jurisdicción sugiere una rigurosa *actio finium regundorum* entre Poder Judicial y Poder Político, como fundamento de su clásica separación: aquello que el Poder Judicial no puede hacer por motivo, justamente, de su naturaleza cognitiva; pero también de aquello que, debido a esa naturaleza, puede hacer, esto es, señalar cuáles políticas conducirían a un desmejoramiento de los derechos.

Partiendo de tal premisa y como quiera que la realización de las políticas económicas, sociales y culturales depende de los recursos existentes, el Poder Judicial posee la facultad de controlar, en sentido positivo, que el Estado haya utilizado el máximo de los recursos disponibles teniendo en cuenta su estado económico -lo que incluye medidas legislativas-, y, en sentido negativo, la ausencia absoluta de políticas económicas, sociales o culturales (pues vacían el núcleo esencial de los derechos respectivos), así como aquellas políticas que se dirijan, abiertamente, al menoscabo de la situación jurídica que tutela los derechos económicos, sociales o culturales, supuestos que colocan en cabeza del Estado la carga probatoria, así como también implica, con respecto al primero, un análisis de la distribución del gasto social.

En lo que respecta a los mecanismos de control la Sala, haciendo uso de su intención de no exponer agotadoramente el tema, prefiere, por ahora, limitarse a señalar que siendo que el amparo constitucional es de naturaleza restablecedora, la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente las políticas económicas, sociales y culturales no abarca esta garantía constitucional, pero sí quiere destacar que ese control se corresponde completamente con la naturaleza de las funciones que, por mandato constitucional, le han sido asignadas al Defensor del Pueblo.

Queda por definir a quién se le controla las políticas destinadas, por lo menos en lo que a este caso toca, a garantizar un sistema de salud acorde, es decir, qué órgano es el controlado. En tal sentido, según nuestro enunciado constitucional, el derecho a la salud es un derecho que debe ser garantizado por el Estado; por lo que se hace necesario concebir a éste no sólo como el ente político territorial nacional, sino como aquella unidad política a la que los ciudadanos, mediante el pacto social, le ha otorgado potestades para que satisfaga la *procura existencial*, esto es, cualquier ente político territorial. Tal situación es lo que la doctrina patria ha denominado como las competencias concurrentes: aquellas que corresponde ser satisfechas, dada su naturaleza, no sólo por la República, sino también por los Estados, los Distritos Metropolitanos y los Municipios, dentro del ámbito de su capacidad económica, de allí que el cumplimiento de tal derecho debe exigirse tanto a los órganos nacionales como a todos aquellos que, en atención a su ámbito competencial, tengan como función la satisfacción del derecho constitucional en referencia, indistintamente del ente político territorial al cual pertenece. Ahora bien, la Federación Médica Venezolana impugna con el amparo ejercido "(...) la insuficiente dotación de los insumos, equipos médicos y mantenimiento de la infraestructura hospitalaria a nivel Nacional, y en general todo lo relacionado con la salud (...)", pretendiendo que se ordene la remisión de los recursos económicos a los centros hospitalarios, así como la inmediata asignación, ejecución y entrega del presupuesto para la adquisición de los insumos, dotación médica, equipos y materiales instrumentales a los hospitales y ambulatorios del país.

Lo expuesto, en criterio de la Sala, no coincide con el hasta ahora único elemento identificado del núcleo esencial de los derechos económicos, sociales y culturales: la existencia de una relación jurídica perfectamente definida, ya que lo pretendido por la parte accionante es que la Administración nacional -que como se dijo no es la única obligada y, sin embargo, fue señalada como única accionante-, cumpla con la cláusula de Estado Social de Derecho.

En tal sentido, se debe indicar que la cuantía de los presupuestos, su distribución y la consignación de las cantidades necesarias para que los servicios de sus respectivas competencias estén dotados de los medios personales, financieros y materiales que posibiliten una prestación eficiente, es una actividad netamente política, tal como lo señalara, inclusive, la otrora Corte Suprema de Justicia en Pleno, el 20 de mayo de 1997 (caso: Procurador General de la República vs Acuerdo del Congreso de la República), naturaleza que la condiciona como una actividad eminentemente abstracta y constitutiva y, por tanto, imposible de ser objeto de amparo constitucional destinado, como se sabe, al restablecimiento de situaciones jurídicas (concretas) infringidas, de allí que se declare no ha lugar en derecho el amparo ejercido. Así se decide.

Empero, siendo que es imposible desconocer el estado crítico del sistema de salud del país a través de la historia, insta al Defensor del Pueblo a realizar, a la brevedad posible, las reuniones con el Ministerio de Salud, el Instituto Venezolano del Seguro Social, los órganos estatales y municipales (entre ellos al Distrito Metropolitano) a los que se les ha descentralizado ese servicio, para fijar la estrategia administrativa y presupuestaria para mejorar las condiciones en que se encuentra el sistema en referencia, y, en todo caso, se le exhorta a que realice las actuaciones que correspondan de conformidad con las atribuciones contenidas en el Texto Fundamental. Así se decide.

B. Derechos Laborales y responsabilidad empresarial

TSJ-SC (903)

14-5-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Transporte Saet, S.A. vs. Sentencia del 11-7-2001 Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas

La Sala aplica la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica, y analiza la existencia de grupos económicos, a los efectos de determinar la responsabilidad que le exige la ley para responder a sus trabajadores por las obligaciones laborales.

Precisado lo anterior, la Sala observa que la presunta agraviada fundó su pretensión en el hecho de haber sido condenada por el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas, al pago de prestaciones sociales y otros conceptos laborales supuestamente debidos a un trabajador, sin que hubiese tenido cabida alguna dentro de tal proceso laboral, considerando que -de este modo- le fue vulnerado su derecho a la defensa y al debido proceso.

En efecto, el apoderado de la accionante relató que, con ocasión del juicio por cobro de prestaciones sociales y otros conceptos laborales, intentado por el ciudadano Ignacio Narváez Hernández, titular de la cédula de identidad n° 6.888.174, en contra de Transporte Saet La Guaira, C.A., su representada resultó condenada en dicho proceso, cuando ella es una sociedad mercantil distinta y sin ninguna relación jurídica o mercantil a la originalmente demandada.

Validando tal argumento, la decisión sometida a consulta declaró con lugar la demanda de amparo al considerar que, efectivamente, a la accionante le había sido vulnerado su derecho a la defensa y al debido proceso, al resultar condenada en un proceso en el que jamás participó y del que, además, no se desprendía alguna evidencia que demostrara que entre la demandada y la presunta agraviada existiera relación económica tal que obligara solidariamente a ambas, en los términos del artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo.

En este punto, se hace necesario recordar la doctrina esbozada por esta Sala, mediante sentencia n° 183/2002 (caso: Plásticos Ecoplast), conforme la cual:

(...) (L) a Sala apunta, que no escapa de su conocimiento, el que sobre todo en el campo de las personas jurídicas, se trate de diluir la responsabilidad de las mismas, constituyendo diversas compañías de manera que unas enmascaran a las otras y hacen difícil a los futuros accionantes determinar a quién demandar. Se trata de un tipo de fraude que en principio nada tiene que ver con la existencia de los grupos o unidades económicas y su pluralidad de empresas.

Así mismo, apunta la Sala, que por notoriedad judicial conoce cómo en materia laboral, las personas jurídicas patronales utilizan prácticas tendentes a confundir al trabajador sobre quién es su verdadero empleador; o como surgen -a veces hasta por azar- situaciones que enmascaran al verdadero patrón. Esto último puede ocurrir cuando el trabajador presta sus servicios en un fondo de comercio con un nombre comercial definido, recibe el pago y las instrucciones de una persona física, pero desconoce -ya que recibe información insuficiente- quién es el verdadero empleador, por lo general una persona jurídica a quien el trabajador ignora. Los enmascaramientos y la información insuficiente son actitudes violatorias del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, y que contrarían el artículo 1.160 del Código Civil, que pauta que los contratos (entre los que está el de trabajo) se ejecutan de buena fe.

Ante este tipo de maniobra que entorpece al demandante la determinación del demandado, y que se constata casuísticamente ¿qué debe hacer el juez? Por lo regular el demandado trata de dilatar el proceso; o pone, si fuere posible, cuestiones previas a fin de deslindarse del insuficientemente identificado en el libelo, o aduce una falta de cualidad, o niega la relación laboral, ya que él no es el demandado.

Pero en materia de interés social, como la laboral, el juez tiene que interpretar las normas con mayor amplitud a favor del débil, en beneficio de quien tiene las dificultades, y sin apearse a lo formal, debe determinar si quien comparece por haber sido citado y niega en alguna forma su condición de demandado, realmente lo es o no, desbaratando la maniobra elusiva fundada en formalismos (...).

En el mismo orden de ideas, la Sala también estima conveniente referirse al criterio sentado mediante decisión n° 558/2001 (caso: CADAFE), en la que se argumentó lo siguiente:

(...) (E) l desarrollo de los negocios ha llevado a la existencia de personas (naturales o jurídicas), que dirigen una serie de actividades económicas, o que adelanta una sola mediante diversas compañías o empresas, formalmente distintas a la principal, pero unidas a ella no solo por lazos económicos, sino de dirección, ya que las políticas económicas y gerenciales se las dicta el principal, quien a veces nombra los administradores de estas sociedades o empresas, debido a que tiene en las compañías -por ejemplo- una mayoría accionaría o de otra índole, que le permite nombrarlos.

Jurídicamente no se trata de agencias o sucursales, ya que adquieren una personería jurídica aparte del principal y distinta a la de las agencias o sucursales, y en base a esa autonomía formal, asumen obligaciones y deberes, teóricamente diferenciadas del principal, pero que en el fondo obran como agencias o sucursales.

A estas empresas o sociedades que van surgiendo para desarrollar la actividad del principal, y que pueden o no desenvolverse en lugares distintos al del domicilio de la principal, de acuerdo a su composición interna o al grado de sujeción a la 'casa matriz', se las distingue como filiales, relacionadas, etc. Se trata de un ente controlante que impone a otros,

con apariencias de sociedades autónomas o empresas diferentes, dicho control para lograr determinados fines, por lo que los controlados se convierten en meras instrumentaciones del controlante.

Diversas leyes vigentes han tomado en cuenta estas conexiones, y a ellas se refieren, para evitar fraudes a la ley, abusos de derecho, la defraudación de acreedores o terceros, la competencia desleal, el monopolio encubierto, etc. Entre otras leyes, se refieren a los grupos, a las empresas vinculadas, etc: la Ley del Mercado de Capitales (artículo 120), la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (artículos 14 y 15); la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional (artículo 2); la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículos 6, 101 a 105 y 127); la Ley de Impuesto Sobre la Renta (artículo 5); la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera (artículo 16); la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 177) y hasta en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (artículo 2) se refieren a los grupos económicos o financieros, empresas controladas, y sociedades vinculadas, que pueden tentativamente dividirse, según la posición relativa que asuman en un determinado momento, en: 1) Controlantes, 2) Interpuestas, 3) Filiales, 4) Subsidiarias y 5) Relacionados, tal como los nombra la Ley General de Bancos y Otros Institutos Financieros, y otras de las leyes mencionadas.

Las filiales, como lo dice la etimología de la voz, no pueden ser sino hijos de las controlantes, si son sociedades fundadas directa o indirectamente por los controlantes, con el objeto que crean conveniente, y que pueden obrar en un momento dado como personas interpuestas, pudiendo ser los administradores los mismos que los de los controlantes, u otras personas que reciben ordenes o instrucciones de aquellos, ya que son quienes los nombran, en vista, de que –si son sociedades de capitales- son los principales dueños del capital social.

Muchas de estas sociedades o empresas creadas por la “casa o dirección matriz” o principal, además se presentan públicamente como filiales o miembros de un grupo o unidad económica, bien por declaraciones que hace el grupo en ese sentido, sin que nadie los desmienta, o porque en sus actos una compañía o empresa se declara filial de otra, o utiliza símbolos, signos, lemas u otras expresiones que son compartidas con el principal, quien así también se identifica y lo permite”.

Como se evidencia del fallo de esta Sala n° 558/2001 anteriormente citado, la existencia de grupos empresariales o financieros es lícita, pero ante la utilización por parte del controlante de las diversas personas jurídicas (sociedades vinculadas) para diluir en ellas su responsabilidad o la del grupo, en sus relaciones con las terceras personas, han surgido normas en diversas leyes que persiguen la desestimación o allanamiento de la personalidad jurídica de dichas sociedades vinculadas, permitiendo al acreedor de una de dichas sociedades, accionar contra otra con la que carecía objetivamente de relación jurídica, para que le cumpla, sin que ésta pueda oponerle su falta de cualidad o de interés.

Se trata de dos o más sociedades que actúan como una unidad o grupo, aunque -en sus relaciones con los terceros- se presenten como sociedades separadas, debido a la personalidad jurídica que les es propia, diluyendo así el grupo, en alguno de sus miembros, la responsabilidad que como un todo le corresponde. De esta manera, cualquiera de los distintos componentes asume obligaciones respecto a otras personas (terceros), sin comprometer la unidad patrimonial si dicha obligación fuese incumplida.

En estos supuestos, si se exigiere responsabilidad al grupo y no únicamente a la persona jurídica (formalmente) obligada, la libertad de asociación consagrada en el artículo 52 constitucional, concretada en la existencia de las diversas personas jurídicas, no sufre ningún menoscabo, porque si el resultado dañoso para los terceros, proviene del abuso del derecho de asociarse, o de un fraude a la ley, instrumentado por las distintas sociedades, tal fin es ilícito; ello sin perjuicio de que se considere que en algunos casos surjan obligaciones indivisibles para el grupo, lo que es legalmente posible.

Las leyes que regulan los grupos económicos, financieros o empresariales evitan que las distintas compañías, con las personalidades jurídicas que les son propias, pero que conforman una unidad económica, o mantienen una unidad de dirección y que obran utilizando una o más personas jurídicas para su beneficio, evadan la responsabilidad grupal, ante el incumplimiento de las obligaciones asumidas por uno de sus componentes.

Con ello, se persigue legalmente evitar el abuso del derecho de asociarse, que produce una conducta ilícita, o impedir un fraude a la ley, o una simulación en perjuicio de terceros. Para evitar estas posibilidades, el ordenamiento jurídico ha señalado deberes y obligaciones solidarias a la actividad concertada entre personas jurídicas y para ello ha reconocido a los grupos, sean ellos económicos, financieros o empresariales, los cuales pueden obedecer en su constitución a diversos criterios que las mismas leyes recogen.

Como unidades que son, existe la posibilidad de que ellos asuman también obligaciones indivisibles o equiparables a éstas, bien porque la ley así lo señale expresamente, o bien porque la ley –al reconocer la existencia del grupo y su responsabilidad como tal– acepta que se está frente a una unidad que, al obligarse, asume obligaciones que no pueden dividirse en partes, ya que corresponde a la unidad como un todo, por lo que tampoco puede ejecutarse en partes, si se exige a la unidad (grupo) la ejecución, así la exigencia sea a uno de sus componentes.

En consecuencia, al existir una obligación indivisible o equiparable, cada uno de los miembros del grupo contrae y está obligado por la totalidad (artículo 1254 del Código Civil) por lo que el pago y el cumplimiento efectuado por uno de los miembros del grupo libera a los otros.

Debido al reconocimiento legal de estos complejos societarios (grupos), surgen en la ley las denominadas sociedades controlantes y las vinculadas o subordinadas a un controlante, las cuales –siguiendo el léxico de diversas leyes citadas y de acuerdo a la forma de su composición– pueden ser calificadas de interpuestas, filiales o afiliadas, subsidiarias y relacionadas, e igualmente, a nivel legal, se reconoce a los grupos económicos, financieros o empresariales, integrados por las vinculadas, regulados por la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario (artículo 15), la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (artículos 14 y 15), el Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículos 161 al 170), la derogada Ley de Regulación de la Emergencia Financiera (artículos 16 al 20), el Código Orgánico Tributario (artículo 28.3), la Ley de Impuesto sobre la Renta (artículos 7 y 10), el Decreto con Rango y Fuerza de Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado (artículo 1°), el Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros (artículo 9), la Ley Orgánica de Telecomunicaciones (artículo 191) y la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 177), entre otras.

Con esta enumeración, la Sala no pretende ser exhaustiva, ya que hay otras leyes que también reconocen la existencia de grupos económicos formados por distintas sociedades que, al igual que las nombradas, les otorgan derechos y les imponen deberes y obligaciones. Se trata de leyes como las ya mencionadas, que permiten exigir responsabilidades a cualquiera de los miembros del grupo o a él mismo como un todo, siempre y cuando se cumplan los supuestos de hecho de sus normas.

Las leyes citadas, a pesar que sus tipos y soluciones no son uniformes, así como otras que se señalan en este fallo, reconocen varios criterios para determinar cuándo se está en presencia de un grupo, criterios que se sintetizan en los siguientes:

- 1°) El del interés determinante, tomado en cuenta por la Ley de Mercado de Capitales (artículo 67.4) y en la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (artículo 15).

2º) El del control de una persona sobre otra, criterio también acogido por el artículo 15 de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia y el artículo 2.16.f) de la Ley sobre Prácticas Desleales en el Comercio Internacional. Este criterio, es también asumido por la Ley de Mercado de Capitales, la cual establece los parámetros que permitirán determinar la existencia de tal control, por parte de una o varias sociedades sobre otras.

3º) El criterio de la unidad económica, el cual se enfoca desde la unidad patrimonial o de negocios y que se presume cuando hay identidad entre accionistas o propietarios que ejerzan la administración o dirección de, al menos, dos empresas; o cuando un conjunto de compañías o empresas en comunidad realicen o exploten negocios industriales, comerciales o financieros conexos, en volumen que constituya la fuente principal de sus ingresos. Este es el criterio acogido por la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 177, donde se toma en cuenta al bloque patrimonial, como un todo económico, para reconocer la existencia del grupo.

4º) El criterio de la influencia significativa, que consiste en la capacidad de una institución financiera o empresa inversora para afectar en un grado importante, las políticas operacionales y financieras de otra institución financiera o empresa, de la cual posee acciones o derecho a voto (artículo 161, segundo aparte y siguientes de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras).

De la normativa expuesta, la Sala aísla como características de los grupos económicos, que permiten calificarlos de tales, las siguientes:

1) Debe tratarse de un conjunto de personas jurídicas que obran concertada y reiterativamente, en sentido horizontal o vertical, proyectando sus actividades hacia los terceros; no de unos socios con respecto a la sociedad en particular de la cual son miembros, donde a los fines de dominar la Asamblea o el órgano social que le sea afín, pactan para votar de una determinada manera, pues en el quehacer de ellos en la Asamblea, por ejemplo, no hay proyección hacia fuera. Debe recordarse que todas las normas aludidas parten de la idea de varios entes obrando bajo una sola dirección en sus relaciones externas, hacia terceros que con ellos contraten o entren en contacto.

2) Como tiene que existir el actuar concertado, es necesario que exista un controlante o director que, efectivamente, ejerza el control; o la posibilidad inevitable de que una o varias personas (naturales o jurídicas) puedan dirigir a otras personas jurídicas, imponiéndole directrices.

3) Ese control o dirección puede ser directo, como se evidencia de una objetiva gerencia común; o puede ser indirecto, practicado diáfano o mediante personas interpuestas. Este control indirecto a veces se ejerce utilizando sociedades cuyo único fin es ser propietarias de otras compañías, quienes a su vez son dueñas o accionistas de otra u otras, que son las realmente operativas. Esas cadenas de compañías o sociedades son las llamadas doctrinariamente instrumentalidades y, a su vez, son las que reciben del controlante la dirección.

Como lo que caracteriza al grupo es la relación entre controlantes y controlados, es necesario identificar a los controlantes, muchas veces ocultos, motivo por el cual la ley señala parámetros objetivos para definir quién debe considerarse el o los controlantes, teniendo como tales, por ejemplo, a quien corresponde la administración del conjunto; o a quien tiene la mayor proporción del capital o del total de operaciones; o el mayor número de activos reflejados en el Balance. Estos parámetros son simplemente enumerativos y no obstan para que se impute a otras personas, mediante otros criterios, el control efectivo, tal y como sucede en materia bancaria o de seguros, en las que las autoridades judiciales o administrativas se encuentran facultadas para aplicar parámetros no previstos expresamente, pero que permitan reconocer la existencia del grupo y sus miembros e identificar al o a los controlantes. Esto es así, ya que a veces la dirección dimana de sociedades con poco capital o pocos activos; o de varias sociedades que en un mismo plano diseñan las políticas de otras; o de personas natura-

les aparentemente insolventes, pero que tienen sus bienes en sociedades que utilizan en los negocios grupales. La identificación del controlante es de vital importancia, ya que la persona natural o jurídica que ocupa esa posición va a tener la mayor responsabilidad derivada de los actos del grupo, y a su vez obliga a los controlados como miembros de él.

Sin embargo, hay oportunidades en que debe presumirse la existencia del controlante, sin necesidad de identificarlo. El propio Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 21, prevé diversos criterios que permiten inferir la existencia de un grupo de empresas sin necesidad de determinar al controlante, por ejemplo, cuando varias personas jurídicas utilizan una misma denominación social (añadiendo o suprimiendo una palabra que, formalmente, la distinga como otra persona jurídica), o cuando existiere una situación de dominio accionario de una sociedad sobre otra y los órganos de dirección de cada una de ellas estuvieren conformados -en una proporción significativa- por las mismas personas.

4) Los miembros del conjunto no requieren tener el mismo objeto social, como lo reconoce el Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículo 168). Es más, por lo regular el objeto social de cada elemento del grupo difiere, puesto que las empresas que van naciendo invaden otros campos diferentes a los del negocio principal.

En efecto, las sociedades subsidiarias, filiales o afiliadas y las relacionadas, estén o no domiciliadas en el país, deben tener un objeto y realizar una actividad para los controlantes. En materia bancaria y de seguros, en principio, el objeto o la actividad principal de los miembros del grupo debe ser complementario o conexo al de los bancos y otras instituciones financieras o al de las empresas de seguros, según el caso; pero tales leyes especiales permiten también identificar como integrantes de un grupo a personas jurídicas cuya actividad principal no sea conexas con la que ejecuta la controlante, reconociendo entonces que el grupo puede ir ramificándose al punto que, empresas terminales de esas ramificaciones, pueden tener objetos o efectuar actividades que, en principio, nada tienen que ver con las desarrolladas por su controlante, ya que la existencia de las nuevas empresas puede ser, por ejemplo, para reinvertir ganancias, eludir obligaciones (positivas o negativas), defraudar al Fisco, etcétera.

5) Los controlados siguen órdenes de los controlantes. De allí, la unidad de dirección, gestión, o gerencia común. En consecuencia, ellos son instrumentos a un fin.

6) Los administradores de los controlados, como condición natural del grupo, carecen de poder decisorio sobre las políticas globales que se aplican a sus administradas, ya que reciben órdenes sobre lo que han de hacer las sociedades que manejan. De no ser así, no existiría unidad de decisión o gestión.

7) La noción de grupo, es excluyente en el sentido que, al ser una unidad (como producto de cualquiera de los criterios que lo informan), un grupo no puede ser parte de otro, él es o no grupo, y cuando se asocia en un negocio determinado con otro o con alguien, no se conforma entre ellos un solo grupo, sino el consorcio de dos o más entes para realizar un fin específico y puntual. El todo gira alrededor de la posición de uno o varios controlantes y de otros controlados.

Esta exclusividad, se extiende hasta las personas naturales controlantes. En cuanto al grupo, ellas sólo pueden pertenecer a uno sobre el cual ejercen ese control. Si lo tuvieran sobre otras empresas en las cuales poseen intereses económicos o las administran, esas empresas irían también a formar parte del grupo del director. Por lo tanto, una persona natural, si es cabeza de grupo, no puede ser miembro de otro; podrá tener intereses en él, en los negocios que éste realiza, pero ése no será su grupo.

La nota anterior, no funciona idénticamente con los administradores instrumentales, ya que ellos pueden dirigir -aparentemente- diversas empresas, incluso de distintos grupos, recibiendo de los diferentes controlantes órdenes e instrucciones en cuanto a sus funciones específicas.

8) Siendo lo importante en la concepción jurídica grupal, la protección de la colectividad, ante la limitación de la responsabilidad que surge en razón de las diversas personalidades jurídicas actuantes, es evidente que lo que persiguen las normas que se refieren a los grupos, es que los verdaderos controlantes respondan por los actos del grupo, o que las personas jurídicas más solventes de estos conglomerados encaren las responsabilidades del conjunto; y por ello no sólo las diversas personas jurídicas están sujetas a pagar o a cubrir obligaciones del grupo, sino también las personas naturales que puedan ser señaladas, conforme a los supuestos objetivos prevenidos en las leyes, como controlantes.

9) Todas las leyes citadas, toman como sujetos del grupo a las sociedades civiles y mercantiles, ya que lo que persiguen es que la personalidad jurídica se allane y los terceros puedan resarcirse. Diversa es la situación, cuando se trata de dos o más personas naturales que realizan operaciones por interpuestas personas, pues, en estos casos, se está ante simples simulaciones.

10) Por otra parte, jurídicamente, el grupo es una unidad que actúa abierta o subrepticamente y, como tal, esa unidad puede estar domiciliada (como unidad, a pesar de su aparente fraccionamiento), tanto dentro de Venezuela, como fuera de ella. Tal situación, no sólo ha sido prevista por los artículos citados del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, sino por diversos tratados internacionales que se han convertido en Ley venezolana. Así, la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales y Otros Estados (G.O. n° 35.685 del 3 de abril de 1995), al definir quiénes se consideran nacionales de un estado contratante, en el artículo 25.2) b), expresa: *“Toda persona jurídica que en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto al Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieran acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este convenio, por estar sometidas a control extranjero”*.

Así, se reconoce que una persona jurídica con apariencia de nacional, puede realmente no serlo, debido al control que una sociedad extranjera ejerce sobre ella, por lo que los criterios de determinación grupal es lo importante y el concepto de grupo (en el caso bajo comentario) se ata a la nacionalidad de los controlantes, que no son otros que aquellos que dirigen la unidad económica, o de decisión o gestión.

Otro ejemplo, se encuentra en la Ley Aprobatoria del Convenio para el Estímulo y Protección Recíproca de las Inversiones entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos (G.O. n° 35.269 del 6 de agosto de 1993). Al definir quiénes son inversionistas nacionales, en el artículo 1-b-iii) se dispone: *“personas jurídicas no constituidas bajo las leyes de dicha parte contratante, pero controladas en forma directa o indirecta por personas naturales definidas en (i) o personas jurídicas definidas en (ii) anteriores”*. Estas personas constituidas y domiciliadas fuera del territorio de los países del Convenio, son nacionales si sus controlantes son nacionales de los países del tratado. De nuevo, al concepto de control, el cual está íntimamente ligado al de grupo, se le da eficacia en el ámbito internacional.

Todo lo anterior, conduce a que los grupos económicos o financieros son instituciones legales, que pueden asumir carácter trasnacional.

11) La noción de grupo, significa permanencia y no relación ocasional para uno o varios negocios, ya que esto último, jurídicamente, es una asociación, que puede no tener personalidad jurídica. El grupo, al contrario, no es para un negocio determinado, sino para actuar dentro de una o varias actividades económicas permanentemente, de allí su diferencia con asociaciones en cuentas de participación, o consorcios para la construcción o manejo de una obra, o para la explotación de un negocio.

Conforme a las leyes venezolanas citadas, los grupos económicos adquieren como tal responsabilidades y obligaciones, sin importar cuál sector del grupo (cuál compañía) las asume, por lo que la personalidad jurídica de las sociedades responsables en concreto se desestima, y se hace extensible a otras, cuya individualidad como personas jurídicas no las protege.

La unidad de gestión o decisión que vincula a otras empresas o a sociedades con la compañía matriz o con una persona natural, que desde varias empresas o sociedades las dirige a todas, es lo que caracteriza al grupo, que puede estar conformado claramente por una sociedad controlante (o por una persona natural que, como administrador de varias sociedades dirige su actuación conjunta), y por las sociedades o empresas subordinadas que según las diversas leyes citadas que las definen, pueden ser interpuestas (previstas en el artículo 20.5 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras), filiales, afiliadas y relacionadas (artículos 161 y 162 *eiusdem*).

Entre estas últimas, se encuentran aquellas que reciben influencia significativa de la unidad de dirección o gestión, así tengan componentes distintos de capitales. Pero hay veces que la ley, como lo hacía la hoy derogada Ley de Regulación de la Emergencia Financiera (G.O. n° 4.931 Extraordinario de 6 de julio de 1995), incluía en esta categoría a todas las sociedades que tuvieran entre sí vinculación directa o indirecta, así no pertenecieran naturalmente al grupo, pero siempre que –por alguna razón– recibieran una influencia significativa en su dirección o gestión, por parte de una institución financiera sometida a tal régimen especial.

Este se trata de un criterio específico que rigió la particular situación de emergencia financiera regulada en dicha ley, ya que las asociaciones puntuales o momentáneas entre personas para ejecutar una obra o negocio determinado, o las concertaciones económicas para cartelizar un mercado o restringir la libre competencia, así como la posibilidad de que una persona natural o jurídica invierta en distintas sociedades o negocios, no los convierte *per se* en parte del grupo económico, al faltar los criterios legales que permiten definir que de él se trata. Éste tiene un patrimonio o dirección consolidada y responde con él por medio de todos sus componentes; si es que dentro del grupo la persona jurídica que asume las obligaciones las incumple.

Determinar quién es la cabeza o controlante de un grupo, lo que permitirá identificarlo de tal, así como quiénes son sus componentes, es una cuestión de hecho que debe ser alegada y probada cuando se afirma; pero ante la posibilidad de que sea difícil detectar la fuente de control, las leyes crean supuestos objetivos que –al darse– permiten determinar la existencia de la red y sus componentes. Las leyes que regulan los grupos van señalando los criterios legales para definir objetivamente quién controla, como ocurre en materia bancaria, conforme el artículo 161 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras o, en materia de seguros, según lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley de Empresas Seguros y Reaseguros. Pero quien pretende obtener una decisión que declare la existencia del grupo, tendría la carga de alegar y probar su existencia y quién lo dirige conforme lo pautado en las leyes, según el área de que se trate.

La unidad patrimonial y la responsabilidad común se patentiza en la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 177, que también parte del concepto de grupo, para la determinación de los beneficios de una empresa. Como uno de los criterios para distinguir la realidad de un conjunto es la unidad económica, para verificarla no importa que esta unidad aparezca dividida en diferentes explotaciones con personerías jurídicas distintas. Es más, ni siquiera el que se lleven contabilidades separadas rompe la noción de unidad económica del referido artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo (y del artículo 21 de su respectivo reglamento). Si para el cálculo de los beneficios a que tienen derecho los trabajadores, se toman en cuenta los beneficios del grupo, debe considerarse, una vez más, que todo su patrimonio es una unidad. Siendo esto así, el traslado de patrimonios de un elemento del grupo a otro es lícito, y a veces necesario, ya que la responsabilidad de uno de los miembros puede afectar al resto, y una empresa que marche mal, puede proyectar esa responsabilidad sobre otros componentes y hasta sobre el todo. Luego, el traslado de fondos de una sociedad a otra es lícito y común, ya que si se va a responder como un todo, lo justo y equitativo es que se trate que ese todo no falle, pues el evitar cualquier falta es también de la responsabilidad de los controlantes. Tampoco estos traslados de fondos, o retención de fondos en un momento dado, en operaciones intergrupos, pueden considerarse ilícitas o ilegales, ya que ellos no son sino distribuciones de capital con miras a sus intereses, el cual –como lo ha señalado este fallo– responde como unidad. Es más, así se contabilicen como créditos entre miembros, ellos –técnicamente– no son, ya que constituyen un solo patrimonio.

Cada vez que puede calificarse como tal uno de estos “*conjuntos sociales*”, se está ante un capital compacto para responder a los acreedores, y por ello el reparto de capital entre las instrumentalidades es intrascendente para quien actúa contra el grupo.

Debido a las consecuencias jurídicas que se han ido anotando, la decisión judicial o administrativa (prevista esta última en algunas leyes, como el Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras) que declara la existencia del grupo, tiene que estar precedida de pruebas sobre los hechos que, según las leyes especiales, tipifican a estos entes, o en términos generales, sobre la existencia de sociedades controlantes y controladas y su vinculación en ese sentido.

Pero estas pruebas serían mayoritariamente las documentales, ya que sólo de éstas se podrá evidenciar las participaciones en el capital (documentos constitutivos o estatutarios de las sociedades, actas de Asambleas, Libros de Accionistas, etcétera), o la toma de decisiones donde se denota el control o la influencia significativa (actas de Juntas Directivas, por ejemplo), o el estado del capital (Balances).

Sólo así se patentizan los criterios que permiten la declaración de existencia de un grupo. Son estos actos escritos, los que muestran los parámetros requeridos en forma indudable.

Consecuencia de esto es que la existencia de un grupo es dificultosa de probarse mediante testigos, ya que el ente o empresa multisocietaria, como la llama el autor Pablo Girgado Perandones (La Empresa de Grupo y el Derecho de Sociedades, Granada, 2000) no actúa sino mediante actos y negocios jurídicos y éstos se exteriorizan mediante contratos o actos escritos. Mil testigos pueden deponer que una persona natural dirige a un grupo, o que la compañía “O” es filial de “A”, y si en la documentación de las compañías componentes tal persona o accionista no aparece, sino otra, esta documentación desmentirá a los testigos. Máxime, cuando en la prueba documental impera la tarifa legal que los artículos 1360 y 1363 del Código Civil impone a los documentos (públicos y privados) al calificarlos de merecedores de plena fe entre las partes, como respecto a terceros. Esa plena fe es una tarifa legal probatoria que antepone el valor probatorio del documento por encima de los medios valorables por la sana crítica, como el testimonio.

Por ello, las deposiciones testimoniales no pueden ni probar, ni enervar el cúmulo de actos jurídicos por medio de los cuales exteriorizan los grupos su actuación y, en materia civil y mercantil, no pueden desvirtuar lo asentado en instrumentos públicos o privados, a tenor de lo previsto por el artículo 1389 del Código Civil. Los testimonios, lo más que pueden demostrar es que los administradores –por ejemplo- conocían de una situación que fue tratada, pero no fue asentada (fuera de los “*records*”). Los asistentes a la reunión, serían los testigos de esos hechos.

Del cúmulo de documentos que se recaben, se pueden demostrar las composiciones accionarias u otras participaciones en el capital; los traspasos de estas acciones, cuotas o participaciones; las decisiones tomadas por accionistas, administradores, directores, etcétera; el capital consolidado; así como los actos jurídicos donde los miembros del grupo van desarrollando su vida mercantil o civil. La unidad económica, la dirección de gestión, el control, o la influencia significativa sólo se capta de la vida jurídica de los componentes del grupo, y esa vida jurídica –por lo regular- es y debe ser escrita, ya que se adelanta mediante actos o negocios jurídicos documentados, la mayoría de los cuales los contempla el Código de Comercio y otras leyes que rigen la materia societaria. Mientras que en las compañías sometidas al control y vigilancia del Estado, tal documentación será necesaria para cumplir con las exigencias legales relativas a ese control y vigilancia.

Según el Derecho Societario, la constitución de las sociedades debe constar en documentos *ad substantiam actus*, como son los registros de los documentos constitutivos, como requisitos de existencia de las sociedades legalmente constituidas; y la vida social se evidencia de los documentos que el Código de Comercio exige a las compañías que registren (actas de Asambleas, etcétera); esto sin perjuicio del deber de llevar la contabilidad mercantil, la cual también debe constar en instrumentos (libros y balances) ordinarios o electrónicos, de acuerdo a leyes más recientes, como el Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Por otra parte, los bancos, las sociedades sujetas a la inspección de la Comisión Nacional de Valores, las aseguradoras, y todas aquellas sobre las cuales el Estado ejerce su poder de control y vigilancia, obligatoriamente deben producir innumerables documentos ante las autoridades administrativas, de donde se podrá evidenciar el conjunto y sus componentes.

Como las instrumentalidades tienen primordialmente carácter mercantil, las experticias contables (auditorías) también permitirán conocer las relaciones entre las diversas empresas, bien se utilicen métodos clásicos o se utilice una contabilidad grupal (consolidada).

Será la prueba documental la que permita identificar a las filiales o afiliadas, a las relacionadas; y será dicha prueba, quizás junto a la pericia contable, la que reconozca quiénes son las personas interpuestas, las relacionadas; así como a controlantes y controlados, sin importar cuál es el criterio utilizado para definir al grupo, sea o no uno de los acogidos por el Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, como es el manejo de una suma significativa de negocios comunes, u otro.

También es prueba documental, la declaración administrativa en el área donde ello sea posible, reconociendo a un grupo, como –por ejemplo- los prospectos de Oferta Pública de Títulos o Valores, autorizados por la Comisión Nacional de Valores. Esta calificación administrativa puede emanar de la Superintendencia de Bancos, de la Superintendencia de Seguros, de la Junta de Regulación Financiera, de Pro-Competencia, de la Comisión Anti-Dumping, o de la Comisión Nacional de Valores, por ejemplo. Tratándose de actos administrativos, la realidad del grupo y sus componentes queda amparada por la presunción de veracidad y legalidad del acto administrativo que así los declare.

Las grabaciones, dentro del límite de la legitimidad, podrán probar las instrucciones no escritas que se dieron a los administradores de las instrumentalidades; o el que éstos estuvieran enterados del motivo o finalidad de una operación. Igual ocurriría con videos o películas; pero es difícil, mas no imposible, que este tipo de registro de voces e imágenes sea utilizado por los controlantes en sus relaciones con los controlados.

La existencia del grupo, también puede demostrarse por la confesión que sus miembros hagan judicial o extrajudicialmente. No es raro que, públicamente, los grupos se presenten como tal, en su papelería, en sus actos y hasta en las propagandas. La confesión tiene que ser ponderada por el Juez o la Administración, ya que dentro del grupo, el declarante podría incluir a personas que no son sus componentes, motivo por el cual, si todos los miembros no confiesan, deberá probarse la membresía de quienes no hayan aceptado su participación en el grupo, sin que para nada éstos se vean afectados por la confesión de los otros elementos del conjunto.

A juicio de la Sala, en un sistema de libertad de medios de prueba, en principio cualquier medio podría ser utilizado para demostrar la existencia del grupo, pero dentro de un sistema de valoración mixto, donde se conjugan tarifas legales con la sana crítica, la prueba instrumental o documental será la que convenza plenamente de tal existencia, debido al mandato al juez de los artículos 1360 y 1363 del Código Civil.

El reconocimiento por diversas leyes de los grupos económicos como sujetos de derechos, deberes y obligaciones, no encuentra en el Código de Procedimiento Civil, ni en otras leyes especiales adjetivas, una normativa procesal que les sea en concreto aplicable, y ello genera varias preguntas: 1) Quien acciona contra el grupo ¿tiene que demandar a todos sus miembros?; 2) De no ser necesario demandar a todos ¿a quién entre ellos debe demandar y citar?; 3) ¿Puede hacerse extensiva la ejecución de un fallo contra uno de los miembros que no fue demandado ni citado en el proceso principal?; 4) ¿Qué puede hacer la persona que fue incluida en el fallo como miembro del grupo y no lo es?; 5) ¿Puede el juez incluir en la sentencia a un componente del grupo que no fue demandado, pero que consta en autos su existencia, membresía y solvencia?.

A juicio de esta Sala, quien pretende obtener un fallo contra un grupo económico y obtener la ejecución contra cualquiera de sus componentes, haciéndole perder a éstos su condición de persona jurídica distinta (individualidad), debe alegar y probar la existencia del grupo, el incumplimiento de las obligaciones por uno de sus miembros, quien debido a su insolvencia o actitud perjudicial pretende burlar al demandante, a fin que la decisión abarque a todos los que lo componen. Sin embargo, tratándose de una unidad, no es necesario citar a todos los componentes, sino que –conforme el artículo 139 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por analogía al caso- basta citar al señalado como controlante, que es quien tiene la dirección del resto del conjunto, sin perjuicio de que cualquiera de las partes, pida la intervención de otro de los componentes del grupo (ordinal 4º del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil), ya que a pesar que como miembro del conjunto se confunde con la parte principal, hasta que no se declare judicialmente la existencia del grupo, su situación se asimila a la de un tercero, a los efectos del artículo 370 de la ley adjetiva civil.

Siendo la principal fuente de convencimiento en esta materia la prueba documental, es en base a documentos públicos, que se demostrará la existencia del grupo y sus miembros, administradores, etcétera, si dichos documentos (originales y copias certificadas) son de la época en que se incoa la acción y reflejan para esa fecha la situación. Siendo de fecha coetánea a la demanda, no parecen existir riesgos probatorios que perjudiquen al resto de los miembros, que no fueron traídos individualmente a juicio. Igual ocurre con las declaraciones públicas donde se confiesa la existencia del grupo y sus elementos. La prueba documental contemporánea con la interposición de la demanda, será la clave para evidenciar la unidad de

gestión, de dirección o simplemente económica. La contemporaneidad que señala la Sala es fundamental, ya que algunas empresas podrían ya no ser parte del grupo para esa fecha, y si no se les emplaza, no podrían alegar tal situación, ya que al no comparecer a juicio no la podrían exponer.

De ser incluida en el grupo y sentenciada como tal, una persona no citada y que no pertenece a él, la vía de la invalidación la tiene abierta, en base al ordinal 1° del artículo 328 del Código de Procedimiento Civil, ya que fraudulentamente fue citada en otra persona, como lo sería el o los representantes del grupo.

Igualmente, la invalidación fundada en el ordinal 3° del artículo 328 del Código de Procedimiento Civil, procedería si los instrumentos que se usaron para probar la inclusión del condenado como parte del grupo, eran falsos o fueron manejados falsamente.

Lo anterior, sin perjuicio que esté ejecutado, se defiende conforme a los artículos 533 y 546 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando no se ha demandado al grupo económico como tal ¿puede condenarse a alguno de sus miembros, no demandado ni citado?. Conforme a los principios contenidos en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y que rige a los procesos dominados por el principio dispositivo, es necesario alegar la existencia del grupo, su conformación, e inexorablemente señalar cuál de sus componentes ha incumplido, motivo por el cual en la sentencia definitiva se levanta el velo de la personalidad jurídica al grupo y se determina la responsabilidad del otro u otros miembros que, teniendo una personalidad jurídica propia, no mantuvo o mantuvieron una relación jurídica con el demandante.

En estos casos, al sentenciarse al grupo, podría condenarse a sus miembros identificados en el fallo, que fueron mencionados en la demanda, así no fueran emplazados. Las pruebas sobre la existencia del grupo, su controlante, etcétera, permiten al juez condenar –si fuere el caso- a la unidad formada por todos los miembros y que quedó representada por el controlante.

El principio anterior, a juicio de esta Sala, sufre una excepción en materia de orden público, cuando la ley señala una obligación -o una actividad- que debe corresponder en conjunto al grupo. En la materia exclusiva donde esa obligación o actividad en conjunto existe, así la demanda no se incoe contra el grupo como tal, sino contra uno de sus componentes, debido a que por la ley todos los miembros tienen una responsabilidad o deben contribuir a resolver una situación, por lo que conocen de la demanda así no sea contra ellos, si de autos quedan identificados quiénes conforman al grupo y sus características, la sentencia podrá abarcar a los miembros de éste no mencionados en el libelo. No se trata exclusivamente de una cuestión de solidaridad entre los diversos miembros del grupo económico, como la denomina el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo o el artículo 323 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y como fuese planteado por el fallo sometido a consulta, sino de una obligación indivisible que nace por la existencia de los grupos; y este criterio funciona exclusivamente en materia de orden público e interés social, donde es necesario proteger al débil o a la sociedad, en aras de una justicia eficaz, contraria a la multiplicidad de juicios, para dar cumplimiento a los artículos 2 y 26 constitucionales, y es en estas materias donde se puede dictar el fallo contra personas determinadas que surgen de autos como elementos del grupo, así no fueran mencionados en la demanda. Claro está que ello sólo podría suceder, si hay pruebas inequívocas del grupo, de sus componentes y del ente o sujeto controlante, con las modalidades que esta figura asume en cada caso. En la fase de ejecución de sentencia, donde no hay un proceso de cognición, tal situación de extensión de la fase ejecutiva a quien no ha sido demandado como miembro del grupo, no podría ocurrir, ya que el principio (salvo excepciones) es que el fallo debe señalar contra quién obrará y, de omitir tal señalamiento, la sentencia no podría ejecutarse contra quien no fue condenado.

Considera esta Sala que, si las leyes citadas en esta sentencia, reconocen –para los fines de cada una de ellas- la existencia de grupos económicos, tal reconocimiento legal, que les genera obligaciones y derechos, presupone que fuera de esas leyes y sus puntuales normas, los grupos también existen, ya que no puede ser que se les reconozca para determinados supuestos y para otros no, y que como tales pueden ser objetos de juicios y todos sus componentes mencionados en la demanda sufrir los efectos del fallo, así no se les haya citado, sino al controlante y al miembro a quien se atribuya el incumplimiento (excepto en los casos donde está interesado el orden público y el interés social).

Todo lo anotado lleva al análisis de la materia laboral. La Ley Orgánica del Trabajo, reconoce la existencia de grupos económicos, con base en el criterio de unidad económica. En efecto, el artículo 177 de dicha ley, reza:

Artículo 177. La determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará atendiendo al concepto de unidad económica de la misma, aun en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada.

Por su parte, el reglamento de la referida ley, de una forma más precisa que ésta, centrado también en el concepto de unidad económica, regula la situación de los grupos económicos en los términos que siguen:

“Artículo 21.- Grupos de empresas: Los patronos que integraren un grupo de empresas, serán solidariamente responsables entre sí respecto de las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores.

Parágrafo Primero: Se considerará que existe un grupo de empresas cuando éstas se encontraren sometidas a una administración o control común y constituyan una unidad económica de carácter permanente, con independencia de las diversas personas naturales o jurídicas que tuvieren a su cargo la explotación de las mismas.

Parágrafo Segundo: Se presumirá, salvo prueba en contrario, la existencia de un grupo de empresas cuando:

- a) Existiere relación de dominio accionario de unas personas jurídicas sobre otras, o cuando los accionistas con poder decisorio fueren comunes;*
- b) Las juntas administradoras u órganos de dirección involucrados estuvieren conformados, en proporción significativa, por las mismas personas;*
- c) Utilizaren una idéntica denominación, marca o emblema; o*
- d) Desarrollen en conjunto actividades que evidenciaren su integración”.*

En opinión de esta Sala, la realidad de la existencia del grupo formado por una unidad económica, tomado en cuenta para establecer un criterio de determinación de beneficios, no queda confinada al cálculo de los mismos, a los fines de establecer el monto a distribuirse entre los trabajadores de cada una de las empresas, sino que tal realidad grupal, se aplica a la relación laboral de quienes contratan con los componentes del grupo, tal como se desprende del artículo 21 aludido. Ello es cónsono con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 89 constitucional: “*En las relaciones laborales prevalece la realidad sobre las formas o apariencias*”.

La creación de una responsabilidad solidaria de todos los miembros de un grupo de empresas, para responder a los trabajadores, obliga a cualquiera de los componentes del conjunto que sea demandado al pago de las prestaciones del reclamante, así no sea el demandado el que realizó el contrato laboral con el accionante.

Este es un tipo de responsabilidad que exige la ley al grupo para responder a sus trabajadores por las obligaciones laborales, y tratándose de una solidaridad, el demandado debe haber sido accionado judicialmente, a fin que sea condenado en su condición de deudor solidario, no pudiéndose ejecutar la decisión contra quien no fue demandado.

Pero la realidad es que quienes conforman al grupo, no adquieren necesariamente una responsabilidad solidaria, ya que entre el grupo –que es una unidad- no pueden existir acciones de regreso, como las contempladas entre solidarios por el artículo 1238 del Código Civil, cuando el grupo se ha constituido en base al criterio de unidad económica, ya que el patrimonio efectivo es uno solo y mal pueden existir acreencias y deudas entre sus miembros, que se extinguen por confusión.

La solidaridad funciona, cuando el criterio que domina al grupo no es el de la unidad económica y para precaver cualquier situación diferente a ella, el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, antes transcrito, previene la solidaridad en su Parágrafo Segundo.

Igual ocurre cuando el grupo se conforma con un sentido diferente al de la unidad económica, y actúa con abuso de derecho o fraude a la ley, caso en el cual la responsabilidad es solidaria a tenor del artículo 1195 del Código Civil, o cuando la ley así lo establezca. Pero cuando la unidad económica es la razón de ser del grupo, ya no puede existir una responsabilidad solidaria entre sus miembros, ya que la acción de regreso no existe, sino que el grupo queda obligado por una obligación indivisible.

Por tanto, no se trata de una responsabilidad solidaria, sino de una obligación indivisible del grupo, que actúa como una unidad económica y que se ejerce repartida entre varias personas, y que en materia de orden público e interés social como lo es la laboral, persigue proteger los derechos de los trabajadores. Se está ante una unidad patrimonial que no puede ser eludida por la creación de diversas personas jurídicas. Quien estructura un grupo económico para actuar en el mundo jurídico, no puede eludir las responsabilidades mediante lo formal de la instrumentalidad, en perjuicio de contratantes, terceros, Fisco, etcétera. Ante esta realidad, si en el curso de una causa donde está involucrado el orden público y el interés social, surge la certeza de que hay otros miembros del grupo formado por la unidad económica, diferentes a los demandados, la sentencia puede abarcar a éstos, así no hayan sido mencionados como accionados, ni citados. Al fin y al cabo, como miembros de la unidad, conocen la obligación del grupo y uno de sus miembros ha defendido los derechos grupales en la causa.

Se perdería el efecto del levantamiento o suspensión del velo, si el acreedor tuviere que dividir su acreencia, e ir contra cada uno de los partícipes del conjunto, y ello no es lo previsto en las leyes especiales que regulan la responsabilidad grupal.

Para evitar tal efecto, se contempla expresamente en muchas leyes la solidaridad, pero ella no tendría técnicamente razón de ser cuando no es posible en teoría la acción de regreso, como ocurre en los grupos que nacen bajo el criterio de la unidad económica, por lo que o se está ante una obligación legal, lo que no resuelve el problema del emplazamiento de uno solo de los miembros, o se está ante una obligación indivisible, que sí posibilita la solución del emplazamiento de uno de sus miembros, tal como se declara. Será la audiencia conciliatoria del proceso laboral, una oportunidad para que se indague la existencia de los grupos.

Todo esto es diferente a la pretensión de ejecutar un fallo en materia laboral contra quien no ha sido parte en un juicio y a quien no se le menciona en el fallo que se pretende ejecutar, lo cual ha sido negado por la Sala, tal como lo decidió en sentencia n° 3297/2003 (caso: Dinamic Guayana, C.A.), con ponencia del Magistrado José Manuel Delgado Ocando. En el caso de autos, la Sala observa que de los folios 17 y 35 del expediente, se evidencia que

la Presidenta de **Transporte Saet, S.A.** y de **Transporte Saet La Guaira, C.A.**, es la misma persona: Gordana Cirkovic Cadek, titular de la cédula de identidad n° 2.157.839, y que en los estatutos de **Transporte Saet La Guaira, C.A.** se declara que su principal accionista es **Transporte Saet, S.A.** (folios 37 y 38), lo que demuestra que entre ambas sociedades, con la denominación común “**Transporte Saet**”, existe unidad de gestión y unidad económica, por lo que se está ante un grupo, que debe responder como tal a los trabajadores del mismo, así los servicios se presten a una de las sociedades que lo conforman.

Siendo ello así, al condenarse al pago de una obligación laboral indivisible a la empresa controlante, el juez accionado en amparo no conculcó los derechos a la defensa y al debido proceso invocados por la presunta agraviada, ni actuó fuera de su competencia, contrariamente a lo declarado por el *a quo*.

Con base en tales consideraciones, esta Sala Constitucional revoca la decisión sometida a consulta y declara sin lugar el amparo intentado por **Transporte Saet, S.A.**, en contra de la sentencia dictada el 11 de julio de 2001, por el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz discrepa de la decisión que antecede en los siguientes términos:

1. La mayoría sentenciadora comienza recordando la doctrina de la sentencia n° 183/2002 (caso: Plásticos Ecoplast), según la cual:

“... (L)a Sala apunta, que no escapa de su conocimiento, el que sobre todo en el campo de las personas jurídicas, se trate de diluir la responsabilidad de las mismas, constituyendo diversas compañías de manera que unas enmascaran a las otras y hacen difícil a los futuros accionantes determinar a quién demandar. Se trata de un tipo de fraude que en principio nada tiene que ver con la existencia de los grupos o unidades económicas y su pluralidad de empresas.

Así mismo, apunta la Sala, que por notoriedad judicial conoce cómo en materia laboral, las personas jurídicas patronales utilizan prácticas tendentes a confundir al trabajador sobre quién es su verdadero empleador; o como surgen -a veces hasta por azar- situaciones que enmascaran al verdadero patrón. Esto último puede ocurrir cuando el trabajador presta sus servicios en un fondo de comercio con un nombre comercial definido, recibe el pago y las instrucciones de una persona física, pero desconoce -ya que recibe información insuficiente- quién es el verdadero empleador, por lo general una persona jurídica a quien el trabajador ignora.

Los enmascaramientos y la información insuficiente son actitudes violatorias del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, y que contrarían el artículo 1.160 del Código Civil, que pauta que los contratos (entre los que está el de trabajo) se ejecutan de buena fe.

Ante este tipo de maniobra que entorpece al demandante la determinación del demandado, y que se constata casuísticamente ¿qué debe hacer el juez? Por lo regular el demandado trata de dilatar el proceso; opone, si fuere posible, cuestiones previas a fin de deslindarse del insuficientemente identificado en el libelo, o aduce una falta de cualidad, o niega la relación laboral, ya que él no es el demandado.

Pero en materia de interés social, como la laboral, el juez tiene que interpretar las normas con mayor amplitud a favor del débil, en beneficio de quien tiene las dificultades, y sin apearse a lo formal, debe determinar si quien comparece por haber sido citado y niega en alguna forma su condición de demandado, realmente lo es o no, desbaratando la maniobra elusiva fundada en formalismos.”

2. A continuación la misma mayoría estima conveniente la referencia al criterio que fue sentado mediante decisión n° 558/2001 (caso: Cadafe), en la que se argumentó lo siguiente:

“... (E)l desarrollo de los negocios ha llevado a la existencia de personas (naturales o jurídicas), que dirigen una serie de actividades económicas, o que adelanta una sola mediante diversas compañías o empresas, formalmente distintas a la principal, pero unidas a ella no solo por lazos económicos, sino de dirección, ya que las políticas económicas y gerenciales se las dicta el principal, quien a veces nombra los administradores de estas sociedades o empresas, debido a que tiene en las compañías -por ejemplo- una mayoría accionaria o de otra índole, que le permite nombrarlos.

Jurídicamente no se trata de agencias o sucursales, ya que adquieren una personería jurídica aparte del principal y distinta a la de las agencias o sucursales, y en base a esa autonomía formal, asumen obligaciones y deberes, teóricamente diferenciadas del principal, pero que en el fondo obran como agencias o sucursales.

A estas empresas o sociedades que van surgiendo para desarrollar la actividad del principal, y que pueden o no desenvolverse en lugares distintos al del domicilio de la principal, de acuerdo a su composición interna o al grado de sujeción a la “casa matriz”, se las distingue como filiales, relacionadas, etc. Se trata de un ente controlante que impone a otros, con apariencias de sociedades autónomas o empresas diferentes, dicho control para lograr determinados fines, por lo que los controlados se convierten en meras instrumentaciones del controlante.

Diversas leyes vigentes han tomado en cuenta estas conexiones, y a ellas se refieren, para evitar fraudes a la ley, abusos de derecho, la defraudación de acreedores o terceros, la competencia desleal, el monopolio encubierto, etc. Entre otras leyes, se refieren a los grupos, a las empresas vinculadas, etc: la Ley del Mercado de Capitales (artículo 120), la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia (artículos 14 y 15); la Ley sobre Prácticas Desleales del Comercio Internacional (artículo 2); la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículos 6, 101 a 105 y 127); la Ley de Impuesto Sobre la Renta (artículo 5); la Ley de Regulación de la Emergencia Financiera (artículo 16); la Ley Orgánica del Trabajo (artículo 177) y hasta en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (artículo 2) se refieren a los grupos económicos o financieros, empresas controladas, y sociedades vinculadas, que pueden tentativamente dividirse, según la posición relativa que asuman en un determinado momento, en: 1) Controlantes, 2) Interpuestas, 3) Filiales, 4) Subsidiarias y 5) Relacionados, tal como los nombra la Ley General de Bancos y Otros Institutos Financieros, y otras de las leyes mencionadas.

Las filiales, como lo dice la etimología de la voz, no pueden ser sino hijos de las controlantes, si son sociedades fundadas directa o indirectamente por los controlantes, con el objeto que crean conveniente, y que pueden obrar en un momento dado como personas interpuestas, pudiendo ser los administradores los mismos que los de los controlantes, u otras personas que reciben ordenes o instrucciones de aquellos, ya que son quienes los nombran, en vista, de que –si son sociedades de capitales- son los principales dueños del capital social.

Muchas de estas sociedades o empresas creadas por la ‘casa o dirección matriz’ o principal, además se presentan públicamente como filiales o miembros de un grupo o unidad económica, bien por declaraciones que hace el grupo en ese sentido, sin que nadie los desmienta, o porque en sus actos una compañía o empresa se declara filial de otra, o utiliza símbolos, signos, lemas u otras expresiones que son compartidas con el principal, quien así también se identifica y lo permite.”

3. En el número IV, el fallo del que se discrepa afirma, de un modo genérico, que “*el ordenamiento jurídico ha señalado deberes y obligaciones solidarias a la actividad concertada entre personas jurídicas y para ello ha reconocido a los grupos...*” y agrega, inmediatamente después, que, “*Como unidades que son, existe la posibilidad de que ellos asuman también obligaciones indivisibles, bien porque la ley así lo señale expresamente, o bien porque la ley –al reconocer la existencia del grupo y su responsabilidad como tal- acepta que se está frente a una unidad que, al obligarse, asume obligaciones que no pueden dividirse en partes, ya que corresponde a la unidad como un todo, por lo que tampoco puede ejecutarse en partes, si se exige a la unidad (grupo) la ejecución, así la exigencia sea a uno de sus componentes*”.

Es el caso que ninguna norma del ordenamiento jurídico venezolano establece que las compañías integrantes de los grupos de sociedades respondan de manera indivisible de las que puedan ser consideradas como obligaciones del grupo; ninguna norma del ordenamiento jurídico venezolano establece una responsabilidad a cargo del grupo como unidad, con un patrimonio ejecutable y con una responsabilidad jurídica diferenciada; y ninguna norma o conjunto de normas acepta –como dice la mayoría sentenciadora– que se está frente a una unidad que, al obligarse, asume obligaciones que no pueden dividirse en partes, ya que corresponde a la unidad como un todo, por lo que tampoco puede ejecutarse en partes, si se exige a la unidad (grupo) la ejecución, así la exigencia sea a uno de sus componentes. Se parte de un falso supuesto de derecho cuando se presume la existencia de una construcción jurídica contraria al principio de la individualidad patrimonial de los sujetos de derecho (arts. 1863 y 1864 del Código Civil) principio cardinal del derecho común que tiene, además, en materia de sociedades mercantiles, una expresión particular en el Código de Comercio, cuyo artículo 201, después de la formulación de las reglas conforme a las cuales responden las sociedades de sus obligaciones frente a terceros, agrega: “*Las compañías constituyen personas jurídicas distintas de las de los socios*”.

Cualquier excepción a ese régimen general ha de ser objeto de una formulación legislativa expresa y tal formulación no existe en los términos que fueron expuestos en los párrafos que se citaron.

Así, el fundamento central de la sentencia de la cual se disiente, se resume de la siguiente manera: la existencia de grupos empresariales puede ser desconocida, de forma tal que a las sociedades integrantes de tal grupo se les asignan “*obligaciones indivisibles bien porque la ley así lo señale expresamente, o bien porque la ley- al reconocer la existencia del grupo y su responsabilidad como tal- acepta que se está frente a una unidad que, al obligarse, asume obligaciones que no pueden dividirse en partes, ya que corresponde a la unidad como un todo*”. Con ello, agrega la decisión, se “*persigue legalmente evitar el abuso del derecho de asociaciones, que produce una conducta ilícita*”. Como sostén de tales consideraciones se alude a distintas leyes que reconocen que a las compañías que conforman el grupo empresarial se les puede exigir “responsabilidades” respecto de obligaciones que hubiere asumido cualquiera de los otros miembros del grupo.

El fallo que antecede hace directa referencia, de esa manera, a la llamada teoría del levantamiento del velo, cuyo concepto ha sido perfilado en distintas decisiones de esta Sala Constitucional. Sin embargo, se pretende la ampliación de esa teoría –claramente excepcional- y propugna su aplicación general, con lo cual admite que determinada sociedad mercantil, que no ha sido citada a juicio ni participado en éste, sea condenada por la sentencia estimatoria de la demanda que hubiere sido incoada contra otra compañía de comercio perteneciente al mismo grupo que aquélla.

Una aplicación indiscriminada, como la que se preceptúa, de la teoría del levantamiento del velo, supone un atentado directo contra el derecho fundamental a la libertad de empresa que reconoce el artículo 112 de la Constitución, e introduce elementos que afectan, sin base legal alguna, la estabilidad jurídica que ha de informar a todas las relaciones comerciales.

En efecto, no puede abordarse el análisis de la teoría del levantamiento del velo sin la previa ponderación de que esta teoría se erige en fundamento para la restricción del ejercicio de la libertad de empresa, circunstancia de la que dimanarían dos concretas conclusiones: la teoría del levantamiento del velo **debe estar recogida en una norma legal que, expresamente, establezca tal limitación**. Además, como toda restricción a la libertad de empresa, **la aplicación de esa teoría debe hacerse de manera restrictiva**, en procura de la menor lesión a la libertad económica.

Como se reconoce en la sentencia de la que se aparta el salvante, esta teoría del levantamiento del velo responde a una ordenación particular de la libertad de asociación que reconoce el artículo 52 de la Constitución. Pero lo cierto es que, principalmente, la mencionada teoría da cobertura a la adopción de restricciones a la libertad de empresa, derecho fundamental que abarca, dentro de sus atributos, la libertad de organización empresarial.

El derecho constitucional que permite a todos los particulares la dedicación a la actividad económica de su preferencia, también da cobertura al derecho a la adopción de la organización empresarial más acorde con la actividad que se explote. La doctrina admite que la libertad económica puede ser afectada a través de los elementos subjetivos de la empresa, lo que a su vez supondrá una limitación del derecho de asociación, tal y como reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero, número 23/1987. (Sebastián Martín Retortillo Baquer, *Derecho administrativo económico, La Ley*, Madrid, 1991, p. 194). No obstante, y en tanto restricción a la libertad de empresa, la aplicación de la teoría del levantamiento del velo debe responder –se insiste– a una expresa habilitación legal que, en adición, deberá ser interpretada restrictivamente. Ya esta Sala Constitucional ha recalado que toda restricción al ejercicio de la libertad económica, además de su necesario fundamento legal, debe ser interpretada en forma restrictiva, en acatamiento a los principios de adecuación, de proporcionalidad y racionalidad (sentencia n° 1140/2003, caso: C.A. Cervecería Nacional).

La decisión de la cual se disiente desvirtúa estos principios cardinales y, de esa manera, deriva de la dispersa regulación legal que existe en la materia, como un postulado general, la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, teoría que, en definitiva, permite afectar la esfera jurídica de determinada sociedad mercantil, por hechos imputables a otra sociedad, perteneciente al mismo grupo que aquélla. No se niega la vigencia de esas concretas regulaciones legales. Sin embargo, la existencia de esas Leyes que regulan tal teoría desde variadas perspectivas sectoriales, corrobora, precisamente, la conclusión central que antes se indicó: el levantamiento del velo requiere expresa cobertura legal y sólo dentro de la respectiva Ley, de interpretación restrictiva, podrán aplicarse las consecuencias jurídicas derivadas de esta teoría. El planteamiento del cual se difiere admite, entonces, la aplicación analógica de esas regulaciones legales sectoriales, para derivar de ahí una limitación de general e indiscriminada aplicación. Bajo este razonamiento, bien podría llegarse a la absurda conclusión de que ciertas restricciones, que están generalmente recogidas en distintas Leyes (por ejemplo, la autorización necesaria para la explotación de determinada industria o comercio), podrían extenderse a otras actividades respecto de las cuales el Legislador no ha previsto tal restricción.

El planteamiento de fondo de la sentencia de la cual se discrepa es, entonces, la generalización de la aplicación de una restricción o limitación que, como tal, es de interpretación restrictiva. La Constitución de 1999 claramente dispone, en su artículo 112, que la libertad de empresa sólo podrá ser limitada de conformidad con lo que establece la Ley. Luego, si la Ley no ha establecido, para el caso concreto, determinada limitación, ésta no puede aplicarse sobre la base del razonamiento según el cual, se trata de una limitación “usual” dentro del ordenamiento jurídico. Tal afirmación ha sido reiterada insistentemente, cuando se ha sostenido, por ejemplo, la exégesis restrictiva de cualquier limitación de la libre actividad empresarial y de las condiciones de su ejercicio (sentencia del Tribunal Supremo Español de 28 de mayo de 1991).

Las restricciones a la libertad de empresa, como es el caso de aquellas que derivan de la teoría del levantamiento del velo, no pierden su carácter excepcional por más reiteradas que se encuentren en las distintas Leyes que concurren en la ordenación de la economía. Aun cuando esa teoría aparezca en las diversas Leyes a las cuales se alude, siempre será una excepción al principio general de libertad económica –en lo que respecta a la organización de la empresa– y, como tal, su aplicación tendrá que ser excepcional y restrictiva, sólo ante texto expreso.

4. Cuando hace referencia al domicilio de un grupo económico, la Sala incurrió, de nuevo, en un exceso puesto que, de una norma de la Ley Aprobatoria del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados Nacionales y otros Estados, que claramente alude a personas jurídicas para la determinación de la nacionalidad de los contratantes, deriva que la nacionalidad de los controlantes, a quienes, en líneas anteriores, calificó como personas naturales “*cabeza del grupo*”, determina la del grupo, la cual, “*se ata a la nacionalidad de los controlantes, que no son otros que aquellos que dirigen la unidad económica, o de decisión o de gestión*”.

5. En el número VI la mayoría sentenciadora afirma que “*...quien pretende obtener una decisión que declare la existencia del grupo, tendría la carga de **alegar y probar su existencia** y quién lo dirige conforme lo pautado en las leyes, según el área de que se trate*”. (Resaltado añadido)

Dicha idea se reitera cuando se señala que “*(d)eterminar quién es la cabeza o controlante de un grupo, lo que permitirá identificarlo de tal, así como quiénes son sus componentes, es una **cuestión de hecho que debe ser alegada y probada cuando se afirma...***”. (Resaltado añadido)

En otros pasajes del fallo se vuelve sobre el punto y se destaca que:

“...la decisión judicial o administrativa (...) que declara la existencia del grupo, **tiene que estar precedida de pruebas sobre los hechos** que, según las leyes especiales, tipifican a estos entes, o en términos generales, sobre la existencia de sociedades controlantes y controladas y su vinculación en este sentido”. (Resaltado añadido)

“...quien pretende obtener un fallo contra un grupo económico y obtener la ejecución contra cualquiera de sus componentes, haciéndole perder a éstos su condición de persona jurídica distinta (individualidad), debe **alegar y probar la existencia del grupo**, el incumplimiento de las obligaciones por uno de sus miembros, quien debido a su insolvencia o actitud perjudicial pretende burlar al demandante, a fin de que la decisión abarque a todos los que lo componen”. (Resaltado añadido)

En el detallado análisis que se hace del aspecto probatorio del tema que ocupó a la Sala -el cual se estima excesivo por ser inútil para la solución del caso concreto e impertinente por su generalidad, a falta, justamente, del marco fáctico de un caso concreto- parecen quedar excluidas las sociedades irregulares del ámbito del Derecho Societario, cuya existencia puede probarse por cualquier medio de prueba ante la inexistencia del documento *ad substantiam actus* que recoja su constitución, que es, precisamente, el señalado por la mayoría como necesario para la prueba de la constitución de las distintas sociedades que conformarían un grupo económico o “conjunto societario”.

6. Cuando se inicia el razonamiento que se recoge en el capítulo VII se alude a los grupos económicos como sujetos de derechos, deberes y obligaciones, en errada interpretación de las leyes a que el fallo hace referencia en puntos anteriores, ninguna de las cuales les otorga tal carácter de sujetos de derecho, sino que permiten, de una u otra forma, según el caso, la fiscalización y regulación de la actividad de distintas sociedades, ellas sí sujetos de derecho en tanto que dotadas de personalidad jurídica individual, en su conjunto, lo cual en modo alguno convierte al conjunto en una persona -sujeto de derecho- distinta de sus componentes.

En efecto, llama la atención la insistencia con la cual la decisión objeto de este voto salvado atribuye con carácter general al grupo financiero, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, circunstancia que se vincula, necesariamente, al reconocimiento de ese grupo como sujeto de derecho. Insistentemente el fallo se apoya, como fundamento, en las disposiciones del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. Es preciso, por ello, hacer referencia a algunas imprecisiones en las que se incurre en el análisis de la esa Ley.

En criterio de quien disiente, se hizo un análisis errado del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, pues se tomaron disposiciones de esa Ley para extrapolarlas a situaciones que ninguna relación guardan con los fundamentos de la regulación bancaria, en una ilegal inferencia. Debe recordarse, así, que, en la actualidad, se admite que la regulación bancaria se fundamenta en la teoría de los ordenamientos jurídicos sectoriales, que esbozó Giannini, conforme a la cual determinadas empresas se someten, exclusiva y excluyentemente, a determinadas normas jurídicas, cuya supervisión se encomienda a una *Administración sectorial*. (*Diritto pubblico dell'economia*, Editorial Il Mulino, Bolonia, 1999, pp. 198-202). En adición, ese ordenamiento jurídico sectorial tiene su fundamento en la necesidad de salvaguarda de la estabilidad y solidez del sistema financiero.

La sentencia de la cual se disiente omite esa consideración y, de manera bastante simple, explana una supuesta teoría general de la doctrina del levantamiento del velo, aplicable a todos los casos, con independencia de la existencia de una Ley que dé cobertura a tal teoría. Sucede que, en el contexto del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, la figura del grupo financiero (artículos 161 y 162) es desarrollada como justificación de las potestades de supervisión de la Administración, y es así como la Ley alude a la supervisión consolidada (artículo 216). Téngase en cuenta, sin embargo, que tales previsiones no se ha instituido para desconocer la personalidad jurídica de las distintas sociedades mercantiles que integran el *grupo financiero*, sino como permisión para que la Administración despliegue su potestad de supervisión sobre otras compañías distintas a las instituciones financieras que, sin embargo, conformen con éstas un grupo financiero. Incluso, puede sostenerse que la regulación bancaria reconoce la existencia de esa personalidad jurídica individualizada, pues el artículo 216 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, claramente, alude a la supervisión consolidada de las personas jurídicas que integran ese grupo, y no al grupo en sí. Tan es así, que el *grupo financiero* es definido como la sumatoria de distintas personas jurídicas (artículo 161). Se observa, además, que ninguna disposición del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, se aplica como tal a los *grupos financieros*, ni asigna a éstos derechos y obligaciones: tales derechos y obligaciones son imputados, por la Ley, a las personas jurídicas que se integran en tal grupo.

Es preciso destacar, de lo anterior, que las normas del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras no recogen la doctrina del levantamiento del velo, en el sentido de que la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras no está facultada para el desconocimiento de la personalidad jurídica de ciertas sociedades. Lo único que el Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras aborda, es: (i) el concepto de grupo financiero, cuya calificación puede ser hecha por la Administración; y (ii) la posibilidad del ejercicio de la potestad de supervisión de manera consolidada, respecto de todas las compañías que integran el grupo.

Por otra parte, lo cierto es que las disposiciones de esa Ley que admiten restricciones sobre el ejercicio de la libertad de empresa a partir del concepto de grupo financiero, no pueden ser aplicadas, analógicamente, a supuestos distintos a los que allí están preceptuados, no sólo por el carácter restrictivo de toda limitación a la libertad económica, sino, además, por cuanto las disposiciones del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras únicamente se aplican a los sujetos que, expresamente, están incluidos en ella, en virtud de la ya comentada teoría del ordenamiento jurídico sectorial.

7. De seguidas, el fallo hace un enrevesado razonamiento según el cual, para que se condene a un grupo económico, es necesaria la alegación y prueba de su existencia, pero no la citación de cada uno de sus miembros, ni siquiera la de aquél a quien se atribuya el incumplimiento de sus obligaciones, sino sólo la del “componente controlante” –quien, según líneas

anteriores del fallo podría ser incluso una persona natural-, sin perjuicio de que cualquiera de las partes del grupo participe como tercero en la causa, ya que esa será su cualidad en el proceso “*hasta que no se declare judicialmente la existencia del grupo*”, y se pregunta el disidente cómo se pondrían en conocimiento de la demanda esos otros miembros del grupo para participar como partes o como terceros si no es necesaria su citación. De esta inconsistencia parece, sin embargo, percatarse la Sala más adelante, cuando destaca la importancia de que las pruebas de la existencia del grupo económico sean contemporáneas con la demanda -¿documento fundamental que debe acompañarse a la demanda so pena de extemporaneidad?- y declara que “*algunas empresas podrían ya no ser parte del grupo para esa fecha, y si no se les emplaza, no podrían alegar tal situación, ya que al no comparecer al juicio no la podrían exponer*”, lo cual, por obvio, hace inexplicable la afirmación anterior –emplazamiento innecesario- más allá de la evidente contradicción entre una afirmación y la otra; la primera de las cuales se retoma luego cuando se sostiene la posibilidad de condenatoria de un miembro del grupo, o del grupo “como unidad”, que no hubiere mantenido una relación jurídica con el demandante si se hubiere alegado y probado la existencia del conjunto, al cual se “levantaría el velo” de su personalidad jurídica. En este punto debe insistir el disidente en que los grupos económicos carecen de personalidad jurídica propia. Por último, llama la atención que la sentencia, posteriormente, cuando concluye el capítulo VII, incurre en una nueva –y afortunada- contradicción cuando afirma que, para la condena de miembros del grupo que no hubieren participado en determinado juicio, se debe haber citado al controlante “*y al miembro a quien se atribuya el incumplimiento*”

En todo caso, insiste el disidente en que no es cierto que el levantamiento del velo corporativo permite la condenatoria de una sociedad mercantil que no ha sido parte en juicio, por la sola circunstancia de pertenecer al mismo grupo empresarial que la sociedad mercantil que sí había sido demandada.

Por el contrario, el levantamiento del velo permite desconocer las formas jurídicas adoptadas **cuando se haya hecho uso abusivo de éstas, para obviar la aplicación de determinada disposición de orden público**. Hay en este aspecto una importante contradicción, pues la mayoría sentenciadora afirma, inicialmente, que esa teoría “*proviene del abuso del derecho de asociarse, o de un fraude a la Ley*”, y de allí que las Leyes que las regulan parten del supuesto en el cual la ficción de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles se realiza para la evasión de la “*responsabilidad grupal*”. No obstante, en las consideraciones generales que son efectuadas más adelante, tal requisito de ilicitud es obviado como sostén de la afirmación que se comentó.

La ilicitud que sirve de soporte y fundamento de la doctrina en cuestión es aspecto definido dentro del Derecho venezolano en el sentido de que la aplicación de esta teoría se supedita a la ilicitud del uso de la personalidad jurídica de la sociedad mercantil y, por ende, guarda relación con las acciones de simulación, el hecho ilícito y el abuso de derecho (“Levantamiento del Velo de la Persona Jurídica: alcance, bondades y peligros”, en *XXIX Jornadas J.M. Domínguez Escovar. Derecho Mercantil*, Barquisimeto, 2004, pp. 236 y 237).

Sobre esta nota determinante, esta Sala, en su sentencia nº 152/2000, caso: Firmeca 123 C.A., ha señalado lo siguiente:

“En casos como el presente, y ello lógicamente no fue alegado por los actores, cuando los administradores de las sociedades son los imputados del delito que se comete, utilizando instrumentalmente a las personas jurídicas, el velo corporativo se levanta con el fin de evitar el fraude a la ley que se hace presente cuando las compañías, como personas distintas a sus administradores, reclamen derechos que facilitan los efectos del delito. En estas situaciones la personalidad jurídica de las sociedades se confunde con la de sus administradores, motivo por el cual, al los administradores defenderse, lo hacen también por sus representados. Esto es tan cierto, que según la Ley de Ventas de Parcelas (artículo 22) se

pena tanto a los administradores como a las personas jurídicas en los casos de los hechos tipificados como delitos por dicha ley; por lo tanto, ni siquiera la condición de terceros de las personas jurídicas con respecto a los administradores, era oponible en esta materia...".

La sentencia de la cual se disiente abandona, en forma inexplicable, esta nota de ilicitud inherente a la propia teoría del levantamiento del velo y afirma que bastará, así, el alegato y prueba de la existencia del grupo, su conformación y cuál de sus componentes ha incumplido. Se omite cualquier análisis, sin embargo, de la **necesaria ilicitud que debe mediar para levantar el velo y omitir, así, las consecuencias derivadas de la ficción de la personalidad jurídica**. Toda la teoría del levantamiento del velo se sostiene en el concepto de simulación: se simula la existencia de sociedades mercantiles distintas, con personalidad propia, pero pertenecientes a un mismo grupo empresarial, con la intención de burlar la aplicación de determinada disposición de orden público. Por ello, la prueba necesaria para la aplicación de la teoría del levantamiento del velo —cuando así haya sido dispuesto en la Ley— debe también versar sobre la simulación. Tal y como se ha señalado, la “...simulación *negocial* existe cuando se oculta bajo la apariencia de un negocio jurídico normal otro propósito *negocial*...”. En especial, la prueba ha de recaer sobre la causa *simulandi*, o sea, “*el interés que lleva a las partes a hacer un contrato simulado o el motivo que induce a dar apariencia a un negocio jurídico que no existe o a presentarlo en forma distinta a la que corresponde...*” (Sabaté, Luis Muñoz, *La prueba de la simulación*, Bogotá, 1980, pp. 114 y 222).

Bastará sin embargo, según la decisión en cuestión, que una sociedad mercantil pertenezca al mismo grupo empresarial que otra, para que, en su contra, puedan ejecutarse sentencias condenatorias que hubieren sido dictadas respecto de ésta última, ello aun cuando en la constitución de esas compañías comerciales no se haya incurrido en ninguna actuación ilícita, esto es, aun cuando ello no responda a un acto de simulación. Se ha desvirtuado, de esa manera, la teoría del levantamiento del velo corporativo, al obviarse, sin ninguna motivación, cualquier consideración sobre la causa que motivó la creación de tales sociedades, que debe ser, necesariamente, una causa de simulación, ante la intención de burlar, fraudulentamente, la aplicación de prohibiciones de orden público.

8. Manifiesta su preocupación el disidente respecto de otras afirmaciones que se hacen en el fallo que guardan relación con la participación en juicio de los distintos miembros de un grupo y que tampoco tienen cabida lógica, legal ni constitucional; tales son:

“De ser incluida en el grupo y sentenciada como tal, una persona no citada y que no pertenece a él, la vía de la invalidación la tiene abierta, en base al ordinal 1° del artículo 328 del Código de Procedimiento Civil, ya que fraudulentamente fue citada en otra persona, como lo sería el o los representantes del grupo.

Igualmente la invalidación fundada en el ordinal 3° del artículo 328 del Código de Procedimiento Civil, procedería si los instrumentos que se usaron para probar la inclusión del condenado como parte del grupo, eran falsos o fueron manejados falsamente”.

De los párrafos que fueron transcritos cabe pensar que cualquier juicio -y no sólo los atañedores a grupos económicos- puede llevarse sin citación, porque el justiciable dispone de la invalidación, lo cual se reduce a un absurdo. Además, la conclusión que aparece en el último de ellos implica la prueba, en el juicio de invalidación, de que el agraviado no es conformante del grupo, lo cual no es materia a dilucidarse en ese juicio, sino en aquél en el que se afirma la existencia del grupo. Asimismo, qué sentido tiene la imposición del tortuoso camino de la invalidación si se reconoce el derecho a cuestionar la pertenencia al grupo. Lo adecuado es que se permita hacerlo en el juicio en el que se haga tal aseveración. Por último, no se comprende que el justiciable alegue y pruebe que no pertenece al grupo económico (por lo cual no debió ser demandado o “mencionado” ni condenado) y que se reponga la causa que motivó la invalidación para que alegue y pruebe lo que ya adujo y demostró ante los mismos sujetos, porque las partes del juicio originario son los demandados por invalidación.

9. Pero la Sala fue todavía más allá respecto a la posibilidad de que quien no ha sido parte en un juicio determinado pueda ser, sin embargo, condenado, al establecer una llamada “excepción” a los conceptos que venía desarrollando y que se han comentado *supra*, “en materia de orden público” que operaría “*cuando la ley señala una obligación –o una actividad- que debe corresponder en conjunto al grupo*”, aunque no mencionó la mayoría cuál o cuáles serían esas leyes.

En este caso, no sería necesaria siquiera la mención de una persona en la demanda para que pueda ser condenada en un juicio que le es ajeno, “*si de autos quedan identificados quiénes conforman el grupo y sus características*”.

Ahora bien, afirma la sentencia objeto de discrepancia que en aquellas materias de orden público como la laboral, el principio anterior sufre una excepción “*...cuando la ley [no se especifica cuál] señala una obligación –o una actividad- que debe corresponder en conjunto al grupo. En la materia exclusiva donde esa obligación o actividad en conjunto existe, así la demanda no se incoe contra el grupo como tal, sino contra uno de sus componentes, debido a que por la ley [tampoco se especifica] todos los miembros tienen una responsabilidad o deben contribuir a resolver una situación, por lo que conocen de la demanda así no sea contra ellos, si de autos quedan identificados quiénes conforman al grupo y sus características, la sentencia podrá abarcar a los miembros de éste no mencionados en el libelo*”.

Lo anterior significa que, en relación con este integrante grupal que no se mencionó (tercero ajeno al juicio), no se hizo la alegación que impone la carga; que ante tal falta de alegación toda prueba es inadmisibles por impertinente y que, ante el incumplimiento de ambas cargas, alegación y prueba, quien incumplió deberá cargar con la secuela adversa de su inobservancia. Sin embargo, la excepción en cuestión se refiere a la condena de alguien que no se mencionó en el escrito continente de la demanda, sin que se explique cómo, jurídicamente hablando, puede llegarse al conocimiento de tal conformante grupal que ni siquiera se mencionó, como sucedió en el caso de autos, tal como se comentará *infra*.

Si la existencia del grupo es una cuestión de hecho cuya alegación y prueba son indispensables para su establecimiento en juicio, ello forma parte del *thema decidendum* y, por tanto, debe dársele la oportunidad a aquéllos que supuestamente conforman el grupo para que hagan sus alegaciones y la correspondiente promoción y evacuación de las pruebas que tengan a bien, así como la posibilidad de control y contradicción de las que haya aportado su contrario; de allí que, a juicio de quien disiente, la excepción de la que habla la mayoría no tiene justificación jurídica válida; además, es de suma gravedad ya que significa la aprobación o asentimiento por parte de esta Sala, (máximo garante y último intérprete de la Constitución), de una condena sin fórmula de juicio, lo cual es inaceptable, tal como lo declaró la Corte Suprema de Justicia en Pleno cuando anuló, precisamente por ese motivo, el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Tampoco se explica cómo llegará el juez al convencimiento de la existencia de un grupo económico –en los términos del fallo que antecede- y de quiénes lo conforman, si no es necesario que ello sea objeto de alegación y prueba, como sucedió en el caso de autos, en el que no hay ni alegato ni prueba de la existencia de una compañía distinta a la que fue demandada y, sin embargo, el juez de la causa condenó a un tercero que no había sido parte en el juicio, sin que se sepa cómo arribó a la conclusión de que era ese tercero quien debía ser condenado.

A juicio de quien suscribe, el ordenamiento jurídico venezolano no permite la excepción de la que habla la mayoría, ni siquiera en materia laboral u otras de orden público, ya que su aplicación comporta un desequilibrio procesal intolerable en cualquier Estado de Derecho, porque es contraria al principio de la tutela judicial eficaz que preceptúa el artículo 26 de la Constitución vigente, así como al debido proceso y al derecho fundamental a la

defensa que reconoce nuestra Carta Magna a toda persona (natural o jurídica), y que implica el derecho a ser oído con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable, así como la posibilidad de alegación y prueba (ex artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), como lo ha declarado esta Sala Constitucional en innumerables decisiones.

Desde otro punto de vista, las consideraciones de la sentencia han sido formuladas de manera general, referibles a todos los supuestos en los cuales se demanda a determinada compañía de comercio que conformen un grupo empresarial, lo que constituye, sin duda, una indebida aplicación de la teoría del levantamiento del velo. Primero, pues ésta, en tanto soporte de restricciones de la libertad de empresa, debe estar expresamente reconocida en la Ley; además, por cuanto el levantamiento del velo sólo queda justificado ante la realización de actos de simulación (*Vid. supra*).

La tesis según la cual el derecho a la defensa “del grupo” se garantiza con la participación de cualquiera de sus componentes o de su controlante, recoge, en realidad, un pálido reflejo del derecho a la defensa que postulan los cardinales 1 y 3 del artículo 49 de la Constitución. Así, lo cierto es –debe insistirse en ello– que la sociedad mercantil contra cuyo patrimonio se ejecuta un fallo que hubiere sido pronunciado en un juicio en el cual no fue parte, no tuvo oportunidad de desvirtuar los elementos de procedencia de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo. Muy especialmente, no pudo desvirtuar que, en cualquier caso, la creación de distintas compañías que estén adscritas a una sociedad matriz no responde a un acto de simulación, lo que es, como se ha dicho, presupuesto esencial para la aplicación de la señalada tesis.

En esta línea de pensamiento se encuentra, entre nosotros, Francisco Hung Valliant (“Doctrina del levantamiento del velo por abuso de la personalidad jurídica”, en *El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudios Homenaje a Allan R. Brewer-Carías*, Tomo II, Civitas, Madrid, 2003), quien sostiene que esa teoría es de aplicación restrictiva, que no extensiva. Así, el prenombrado autor afirma que ha de partirse, siempre, del hermetismo de la personalidad jurídica, y reseña, así, que la posición mayoritaria de la doctrina apunta al “*carácter restrictivo y subsidiario de aplicación de la técnica del levantamiento del velo*” (p. 2038). Como nota determinante de esa doctrina, se hace alusión al necesario fraude que legitima la enervación de la personalidad jurídica, pues “*cuando un grupo de personas actuando de buena fe constituyen una sociedad mercantil y cumplen al respecto todas las disposiciones legales del caso, el reconocimiento de la diferencia, autonomía e independencia de las personas jurídicas es invulnerable y como consecuencia, también lo es la diferenciación de personalidades jurídicas y la existencia de patrimonios diversos. La razón de ello es sencilla: la ley permite a los ciudadanos, y éstos tienen la expectativa legítima plausible de ello, que en un Estado de Derecho los órganos encargados de la aplicación de la ley (administrativos y jurisdiccionales) observen y respeten los efectos que la constitución de tales sociedades aparece conforme a lo estipulado en un sistema jurídico*” (Destacado añadido, p. 2039).

Por su parte, James Otis Rodner, “Comentario. Grupos societarios (convalidación de la falta de notificación”, en *Jurisprudencia Clave del Tribunal Supremo de Justicia*, Tomo III, Enero-Junio 2001, Editorial La Semana, Caracas, 2001, p. 149), reconoce como marcadamente excepcional, la posibilidad de reconocimiento, a un grupo societario, de capacidad para que actúe en juicio.

Coinciden estos autores con el planteamiento central del criterio del disidente, en el sentido de que la doctrina del levantamiento del velo no puede aplicarse de manera laxa y extensiva. Por el contrario, ante las importantes consecuencias que de esa teoría se desprenden, y ante las restricciones que a la libertad de empresa (especialmente en lo que atañe a la

libertad de organización de la empresa privada) supone, la teoría del levantamiento del velo sólo puede ser aplicada ante texto legal expreso que permita enervar la ficción de la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles, Ley que tendrá que ser interpretada restrictivamente, en el sentido más favorable al derecho de libre organización de la empresa. Además, el desconocimiento de esa personalidad únicamente procederá cuando quede plenamente comprobada la realización de un acto de simulación, esto es, cuando la constitución de varias sociedades mercantiles respondan a un ejercicio abusivo del derecho de libertad económica. Todo ello corrobora que la aplicación de esa teoría, para la ejecución de sentencias condenatorias contra determinada sociedad, sólo es posible en el marco de un debido proceso que, conforme a las garantías del artículo 49 de la Constitución, asegure el derecho a la defensa de la compañía que resulte afectada.

10. Por otra parte, se declara que la responsabilidad de la totalidad de los miembros de un grupo respecto de las obligaciones que hubieren asumido o incumplido cada uno de sus miembros, devendría, no de la solidaridad entre estos últimos, *“sino de una obligación indivisible que nace por la existencia de los grupos”* *“en materia de orden público e interés social, donde es necesario proteger al débil o a la sociedad, en aras a una justicia eficaz, contraria a la multiplicidad de juicios, para dar cumplimiento a los artículos 2 y 26 constitucionales”*.

Al respecto, observa quien disiente, en primer lugar, que la Sala no fundamentó, en forma alguna, la vinculación de una norma genérica, declarativa de principios, como el artículo 2 constitucional, con el caso muy concreto que se analiza.

Además, se pretende que con la errada tesis que se maneja se evitaría la multiplicidad de juicios, cuando, en realidad, es fácil colegir que, por el contrario, la sentencia de la que se discrepa multiplicará las causas que competen a la jurisdicción constitucional ya que generará, junto con la interposición de numerosos recursos de invalidación –como la propia mayoría lo sugiere-, amparos constitucionales por violación a los derechos a la defensa y al debido proceso por la condenatoria de personas ajenas a los procesos en que hubieren sido condenados, medio éste idóneo para tal fin, de conformidad con lo que ha declarado reiteradamente esta misma Sala (*Cfr.* ss.S.C. n° 403 de 02-04-01, caso: Simpe C.A. n° 1787 de 25.09.01, caso: Inversiones Hermisant C.A. y 137 de 23-05-03, caso: Freddy Alberto Pérez Pérez, entre otras).

Por último, en criterio del disidente las apreciaciones aludidas son innecesarias porque la eventual multiplicidad de causas encuentra solución en el ordenamiento jurídico a través de la figura del litis consorcio que respeta los derechos constitucionales de todas las partes del proceso.

En cuanto al carácter “indivisible” de las obligaciones de los distintos miembros de un grupo, éste no derivaría ni de la naturaleza misma de la obligación –que si es dineraria, como en el caso de autos, es, por el contrario, esencialmente divisible- ni de la ley –si cupiera la distinción- sino, por vez primera, del criterio de la sentencia que antecede.

Quien discrepa estima, con Ángel Cristóbal Montes, que las obligaciones indivisibles lo son, todas, *natura rerum*:

“Desde el punto de vista de los sujetos el cuadro obligacional queda cerrado por las categorías de las obligaciones mancomunadas, solidarias y, en su caso, conjuntas; ahora, en cambio, al igual que ocurre con las obligaciones alternativas y genéricas, nos encontramos en presencia de una relación obligatoria cuyo matiz determinante y su impronta caracterizadora vienen dados por las circunstancias de que su objeto es indivisible, sin perjuicio de que semejante factor pueda venir coordinado con el hecho de que el vínculo plural se presente como mancomunado o solidario.”

(...)

El olvido de la referencia obligada al objeto y la postergación del hecho de que la indivisibilidad es algo que debe contemplarse bajo el prisma primario de la naturaleza y las circunstancias de la prestación debida han contribuido sobremedida a enturbiar la especie que nos ocupa, a primar en exceso el juego de los sujetos y, en definitiva, a trasladar progresivamente la materia desde el campo del objeto de la relación al de los titulares de la misma.” (Destacado añadido. *Cfr.* Montes, Ángel Cristóbal, *Las Obligaciones Indivisibles*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991, pp. 33 y ss).

11. Tampoco comparte el salvante un gran número de afirmaciones que se hacen en el fallo del que disiente, bien sea por que son falsas, contienen imprecisiones de orden técnico, excesos expresivos, contradicciones, o por las graves consecuencias sociales y económicas que de ellas pudieran derivarse, entre las cuales se destacan:

“...al existir una **obligación indivisible, cada uno de los miembros del grupo contrae y está obligado por la totalidad** (artículo 1254 del Código Civil) por lo que **el pago y el cumplimiento efectuado por uno de los miembros del grupo libera a los otros**”.

“La identificación del controlante es de vital importancia, ya que la persona natural o jurídica que ocupa esa posición va a tener la mayor responsabilidad derivada de los actos del grupo, y a su vez obliga a los controlados como miembros de él”.

“El reconocimiento por diversas leyes de los grupos económicos como **sujetos de derecho**...”. (Resaltado añadido)

“...**los grupos económicos adquieren como tal responsabilidades y obligaciones**, sin importar cuál sector del grupo (cuál compañía) las asume, por lo que la personalidad jurídica de las sociedades responsables en concreto se desestima, y se hace extensiva a otras, cuya individualidad como personas jurídicas no las protege”. (Resaltado añadido)

“...en la sentencia definitiva se levanta el velo de la **personalidad jurídica al grupo**...”. (Resaltado añadido)

“...quienes conforman al grupo, no adquieren necesariamente una responsabilidad solidaria, ya que entre el grupo -que es una unidad- no pueden existir acciones de regreso, como las contempladas entre los solidarios por el artículo 1238 del Código Civil, cuando el grupo se ha constituido en base al criterio de unidad económica, ya que el **patrimonio efectivo es uno solo** y mal pueden existir acreencias y deudas entre sus miembros, que se extinguen por confusión”. (Resaltado añadido)

“...cuando la unidad económica es la razón de ser del grupo ya no puede existir una responsabilidad solidaria entre sus miembros, ya que la acción de regreso no existe, sino que **el grupo queda obligado por una obligación indivisible**”. (Resaltado añadido)

“Se está ante una **unidad patrimonial** que no puede ser eludida por la creación de diversas personas jurídicas”. (Resaltado añadido)

“(é)ste [se refiere al grupo] **tiene un patrimonio o dirección consolidada** y responde con él por medio de todos sus componentes, si es que dentro del grupo la persona jurídica que asume las obligaciones las incumple”. (Resaltado añadido)

“La **unidad patrimonial y la responsabilidad común** se patentiza en la Ley Orgánica del Trabajo, en su artículo 177, que también parte del concepto de grupo, para la determinación de los beneficios de una empresa. Como uno de los criterios para distinguir la realidad de un conjunto es la unidad económica, para verificarla no importa que ésta unidad aparezca dividida en diferentes explotaciones con personerías jurídicas distintas. Es más, ni siquiera el que lleven contabilidades separadas rompe la noción de unidad económica del referido artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo (y el artículo 21 de su respectivo reglamento). Si para el cálculo de los beneficios a que tienen derecho los trabajadores, se toman en cuenta los beneficios del grupo, **debe considerarse, una vez más, que todo su patrimonio es una unidad**. Siendo esto así, el traslado de patrimonios de un elemento del grupo a otro es lícito, y a veces necesario, ya que **la responsabilidad de uno de los miembros puede afectar al resto**, y una empresa que marche mal, puede proyectar esa responsabilidad sobre otros componentes y hasta sobre el todo. Luego, el traslado de fon-

dos de una sociedad a otra es lícito y común, ya que **si se va a responder como un todo**, lo justo y equitativo es que se trate que ese todo no falle, pues el evitar cualquier falta es también de la responsabilidad de los controlantes. Tampoco estos traslados de fondos, o retención de fondos en un momento dado, en operaciones intergrupos, pueden considerarse ilícitas o ilegales, ya que ellos no son sino distribuciones de capital con miras a sus intereses, el cual –como lo ha señalado este fallo- **responde como una unidad**. Es más, así se contabilicen como créditos entre miembros, ellos –técnicamente no lo son-, ya que **constituyen un solo patrimonio**. (Resaltado añadido)

“Cada vez que puede calificarse como tal uno de estos conjuntos sociales, se está ante un **capital compacto para responder a los acreedores**, y por ello el reparto del capital entre las instrumentalidades es intrascendente para quien actúa contra el grupo”. (Resaltado añadido)

En todos los asertos que anteceden se parte del mismo error, se considera al grupo como un ente con personalidad jurídica y con patrimonio propio, sujeto de derecho con obligaciones, deberes y responsabilidad, cuando ello es completamente falso ya que, como se indicó en este escrito, **el grupo carece de personalidad jurídica y, por ende, no es sujeto de derecho, no cuenta con un patrimonio propio, no adquiere obligaciones ni es responsable como tal**.

A juicio del salvante, afirmaciones como las que fueron transcritas atentan contra el desarrollo de nuestra economía y podrían aparejar consecuencias nefastas para la sociedad, ya que la inseguridad jurídica que de las mismas dimana desfavorece la situación de hecho que representa el fenómeno de los agrupamientos económicos, los cuales han sido determinantes para el desarrollo de la actividad económica moderna y contemporánea a nivel mundial.

12. En cuanto a la materia laboral –marco del caso concreto que se decidió- se cita el artículo 177 de la Ley Orgánica del Trabajo para la afirmación del reconocimiento de grupos económicos a pesar de que tal reconocimiento no se desprende de la norma, en la que ni siquiera se habla de grupos.

En el caso concreto de la Ley del Trabajo, el artículo 177 establece únicamente que la determinación definitiva de los beneficios de una empresa se hará con atención al concepto de unidad económica de la misma, aún en los casos en que ésta aparezca dividida en diferentes explotaciones o con personerías jurídicas distintas u organizada en diferentes departamentos, agencias o sucursales, para los cuales se lleve contabilidad separada. La única obligación para la empresa es la del cálculo de los beneficios en función de unidad económica (la palabra grupo ni siquiera es mencionada). Ahora bien, el artículo 21 del Reglamento de la Ley establece una responsabilidad solidaria de los patronos que integran un grupo de empresas –ajena a la naturaleza de la obligación (divisible)- con respecto a las obligaciones laborales contraídas con sus trabajadores, a pesar del rango legal que debe tener la solidaridad a falta de convenio entre las partes, a tenor de lo que dispone el artículo 1.223 Código Civil

Esta norma excede el marco reglamentario, en cuanto que no se ajusta al espíritu, propósito y razón de ley que desarrolla, ya que le agrega una cualidad –el principio de solidaridad- a la responsabilidad de los patronos que no está en la ley reglamentada. Esta norma reglamentaria, que no debería recibir aplicación por su evidente inconstitucionalidad, es objeto de una cuestionable interpretación por la mayoría sentenciadora cuando afirma que *“no se trata de una responsabilidad solidaria, sino de una obligación indivisible del grupo, que actúa como una unidad económica y que se ejerce repartida entre varias personas, y que en materia de orden público e interés social como lo es la laboral, persigue proteger los derechos de los trabajadores. Se está ante una unidad patrimonial que no puede ser eludida por la creación de diversas personas jurídicas”*. En otras palabras, el reglamento excede a la ley y la sentencia va más allá del reglamento ya que, en todo caso, la solidaridad que impone debe ser, en nuestro ordenamiento jurídico, materia de *lege ferenda*.

La evidente inconstitucionalidad del artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, en cuanto que excede a esa Ley, ha debido ser declarada por la Sala –y ser objeto del planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad- en lugar de su utilización como fundamento de un razonamiento que, como se explicó, es insostenible en el marco del ordenamiento jurídico vigente en el que la solidaridad no existe ni se presume, salvo norma de rango legal o pacto expreso en contrario, tal como lo establece el artículo 1.223 del Código Civil que reza, según el cual: “*No hay solidaridad entre acreedores ni deudores, sino en virtud de pacto expreso o disposición de la Ley*”.

13. Afirma la sentencia en el capítulo VIII:

“Quien estructura un grupo económico para actuar en el mundo jurídico, no puede eludir las responsabilidades mediante lo formal de la instrumentalidad, en perjuicio de contratantes, terceros, Fisco, etcétera. Ante esta realidad, si en el curso de una causa donde está involucrado el orden público y el interés social, surge la certeza de que hay otros miembros del grupo formado por la unidad económica, diferentes a los demandados, la sentencia puede abarcar a éstos, así no hayan sido mencionados como accionados, ni citados. Al fin y al cabo, como miembros de la unidad, conocen la obligación del grupo y uno de sus miembros ha defendido los derechos grupales en la causa.

Se perdería el efecto del levantamiento o suspensión del velo, si el acreedor tuviere que dividir su acreencia, e ir contra cada uno de los partícipes del conjunto, y ello no es lo previsto en las leyes especiales que regulan la responsabilidad grupal.

Para evitar tal efecto, se contempla expresamente en muchas leyes la solidaridad, pero ello no tendría técnicamente razón de ser cuando no es posible en teoría la acción de regreso, como ocurre en los grupos que nacen bajo el criterio de la unidad económica, por lo que o se está ante una obligación legal, lo que no resuelve el problema del emplazamiento de uno solo de los miembros, o se está ante una obligación indivisible, que sí posibilita la solución del emplazamiento de uno de sus miembros, tal como se declara”.

El criterio que fue establecido en los anteriores párrafos es contrario al principio constitucional del debido proceso (art. 49 de la Constitución), al principio constitucional de acceso a la justicia (art. 26 *eiusdem*) y al principio de la relatividad de la cosa juzgada (art. 273 del Código de Procedimiento Civil).

La imputación directa de responsabilidad para los integrantes del grupo que pretende la sentencia que origina este voto no tiene sustento legal tampoco en el derecho comparado. Nuestra doctrina se ha hecho eco de esta situación en estos términos:

“En el ámbito comunitario europeo no ha tenido acogida la propuesta de modular la responsabilidad de la controlante por las deudas de la controlada según la técnica de la desestimación de la personalidad jurídica, que ya había sido adoptada en el Código Civil italiano en el artículo 2362 y estaba contenida en el modelo de sociedad europea. Tal como lo explica Galgano, el artículo 239 del estatuto de la sociedad europea formulaba la regla según la cual la empresa dominante era, en caso de insolvencia de la dominada, solidariamente responsable de las obligaciones asumidas por ésta. En el proyecto de Séptima directiva se prefirió acoger el modelo de la ley alemana, el cual excluye la imputabilidad directa a la controlante de las obligaciones asumidas por la controlada, pero admite la responsabilidad extracontractual de la primera bien frente a la segunda o bien frente a los accionistas de ésta, y regula la acción subrogatoria de los acreedores y de los accionistas de la controlada frente a la controlante.” (Morles Hernández, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*, Tomo II, 5ª edición; Universidad Católica Andrés Bello, Caracas 2002, pp. 1639).

Cosa distinta es el abuso de la personalidad jurídica o el recurso al fraude, cuestiones que deben ser objeto de alegato y prueba en el proceso respectivo. Sobre estos particulares nuestra doctrina ha sido bien precisa:

“El grupo carece de personalidad jurídica. Tanto la sociedad matriz como las sociedades filiales tienen, cada una, su propia personalidad jurídica. La situación del grupo es una situación de hecho, deliberadamente querida por los miembros del grupo. Si no existieran personalidades jurídicas diferenciadas, los organizadores del grupo acudirían a establecer agencias, sucursales u otras formas de dispersión de lo que sería una unidad.

Por otra parte, los grupos son, generalmente, organizaciones dinámicas y expansivas a las cuales se incorporan nuevos miembros o de las cuales se desprenden algunos. Por lo tanto, el grupo no tiene patrimonio propio, no puede ser ejecutado ni puede quebrar.

Cada una de las sociedades del grupo tiene una personalidad jurídica completa, tan completa como si fuera económicamente autónoma (Gunyon) y no existiera la relación de dependencia o dirección unitaria propia del grupo. Las excepciones a este principio provienen de la ley o de la aplicación de principios generales. En consecuencia, las empresas integrantes del grupo pueden contratar entre sí; los administradores de cada sociedad tienen una responsabilidad específica, circunscrita a la gestión de ésta; los acreedores de cada empresa sólo pueden ejecutar sus créditos contra su deudor individual; los accionistas de cada sociedad sólo son accionistas de ésta; la quiebra de un miembro del grupo no afecta al resto de sus integrantes; las utilidades y las pérdidas son utilidades y pérdidas de las sociedades y no del grupo. Todo esto significa que el control que mantiene la cohesión del grupo es lícito y no crea obligaciones ni para la controlante ni para la controlada, a menos que se cause un daño a otro.

Para poder desestimar la personalidad jurídica de la sociedad se tiene que estar frente a un cúmulo de circunstancias por medio de las cuales se compruebe que se ha producido una confusión de patrimonio y una indiferenciación de los órganos de administración; que se ha renunciado de manera expresa, virtual o tácita a la personalidad jurídica; o que existe un propósito de fraude.” (Morles Hernández, Alfredo, *Idem*, p. 1646 a 1647).

14. Por último, no puede dejar de resaltarse que la mayoría, después de las largas disquisiciones a que se ha hecho referencia, dedicó sólo unos pocos párrafos al caso concreto, a través de los cuales respaldó la condenatoria en juicio de una persona jurídica distinta de la que se demandó, que ni siquiera fue mencionada en el curso de la causa –mucho menos fue citada o tuvo participación alguna en el proceso- sin fórmula de juicio alguno, y sin que se hubiere alegado ni probado la existencia de un grupo económico, incongruencia ésta de tal entidad que no sólo vicia de nulidad al fallo por ilegalidad (ex artículo 243.5 del Código de Procedimiento Civil), sino que también lo inficiona de inconstitucionalidad ya que vació de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva de la quejosa (artículo 26 de la constitución), así como sus derechos a ser oída y a la defensa, componentes esenciales del debido proceso que reconoce el artículo 49 *eiusdem*.

En efecto, de la revisión del expediente correspondiente, se observa que se demandó a Transporte Saet La Guaria C.A., cuyo emplazamiento se acordó en el auto de admisión y que se identificó por el demandante a través de sus datos de registro en el Registro Mercantil de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal, con inscripción, el 25 de septiembre de 1996, bajo el n° 06, Tomo 256-A Pro. El entonces demandante solicitó la práctica de la citación en las personas del Representante Legal de la compañía, Juan José Lucas Riestra Delgado o del Administrador, Ramón Gil, en la sede de ésta: Parroquia Catia La Mar, Estado Vargas, detrás del Centro Comercial Victoria. Sin embargo, en la sentencia de primera instancia laboral se identificó a la parte demandada como “*Transporte Saet C.A. inscrita en el Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, en fecha 15 de marzo de 1956, bajo el n° 53, tomo 3-A*”, sin justificación alguna.

La sentencia en cuestión narra que no fue posible la citación, según dio cuenta el alguacil de ese tribunal, en diligencia del 18 de octubre de 2000 que consta en autos y reza: “...: *consigo en este acto boleta de citación sin firmar, con su correspondiente compulsas y orden de comparecencia de la demandada (...) Transporte Saet La Guaira, C.A., ya que el día, 10/10/00 (...) me presenté en las oficinas de la empresa anteriormente señalada, detrás del*

Centro Comercial Victoria, entrada Playa Grande, Catia La Mar, Estado Vargas y allí me fue imposible localizar a los ciudadanos Juan José Lucas Riestra Delgado y/o Ramón Gil en ese lugar.” (Destacado añadido). A falta de citación, se nombró un defensor *ad litem*.

Sólo fue en la audiencia oral de este amparo cuando se alegó la existencia de solidaridad entre Transporte Saet C.A. y Transporte Saet La Guaira C.A., con fundamento en el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, porque formarían un grupo económico, lo cual fue rebatido por la primera con el argumento de que tal alegato correspondía haberlo hecho en el escrito de demanda y que si se consideraba que Transporte Saet C.A. debía responder ha debido ser demandada. Así lo observó el *a quo* constitucional, el cual declaró con lugar el amparo por cuanto la solidaridad entre ambas compañías no había sido invocada, de modo que se condenó a una persona jurídica que no había sido demandada ni citada y que, por consiguiente, no pudo alegar nada acerca de la existencia o no de tal solidaridad.

Dicho lo anterior, concluye el salvante que, en el caso que se examina, se imponía la confirmación del fallo objeto de consulta que dictó el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Trabajo y Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del Estado Vargas y que declaró con lugar la demanda de amparo que interpuso Transporte Saet, S.A. contra la sentencia definitiva que pronunció el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo de esa misma Circunscripción Judicial el 11 de julio de 2001, en lugar de su revocatoria.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado disidente.

4. *Derechos Políticos: Derecho a la participación política*

TSJ-SC (442)

23-3-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Revisión de sentencia (Ismael García)

Por otra parte, también se advierte que la Sala Electoral Accidental otorgó la tutela cautelar solicitada con fundamento en que la presunta aplicación retroactiva de criterios de validación instaurados en los actos impugnados, “*podría impedir alcanzar el número de firmas necesarias para convocar el referéndum revocatorio presidencial*”, lo cual, constituiría una presunción grave de amenaza de violación del derecho a la participación política, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Al respecto, la Sala juzga que las circunstancias derivada de la insatisfacción de los requisitos de validación establecidos por el Entre Rector del Poder Electoral, en ningún caso, puede constituir amenaza de violación del derecho a la participación política positivizado en el artículo 62 del Texto Fundamental, ya que el ejercicio del mismo depende del cumplimiento de los extremos previstos en el ordenamiento jurídico para cada caso, por lo que respecto al referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, la mera solicitud de su convocatoria no genera expectativas plausibles de su efectiva realización, ya que la misma dependerá de la debida observancia de las condiciones y requisitos previstos en la Constitución y en la ley.

Igualmente, con respecto a la presunta aplicación retroactiva de criterios de validación instaurados en el Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la Misma Persona dictado por el Consejo Nacional, el 24 de febrero de 2004, advierte la Sala que el referido instructivo no consagra un nuevo criterio de validación de las solicitudes de convocatoria del referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, ya que tal criterio motivador del acto de validación de las firmas no proviene de dicho instrumento jurídico, sino de

las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular dictadas por el Ente Rector del Poder Electoral, el 25 de septiembre de 2003, conforme a las cuales se validaron un millón ochocientas treinta y dos cuatrocientas noventa y tres (1.832.493) solicitudes, se invalidaron treinta y nueve mil sesenta (39.060) peticiones y a los efectos similares de un auto para mejor proveer, se ordenó someter a reparo las firmas colocadas “bajo observación” que alcanzan el número de ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017), según lo decidido por el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución nº 040302-131 del 2 de marzo de 2004.

III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. Régimen del ejercicio del Poder Público

A. Régimen de la Administración Pública

a. Potestad Sancionadora: Principio de legalidad

TSJ-SC (488)

30-3-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 11 y 91 numeral 29 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

La Sala Constitucional, al analizar el principio de legalidad sancionatorio, señaló que los tipos sancionadores administrativos no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pre-tipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o la prohibición del pre-tipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento.

El artículo 91 de la normativa impugnada, en su numeral 29, dispone:

“Artículo 91.

Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, y de los que dispongan otras Leyes, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa los actos, hechos u omisiones que se mencionan a continuación:

(omissis)

29. (C)ualquier otro acto, hecho u omisión contrario a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno”.

Con respecto a esta norma, alegó el recurrente que contrariaba el artículo 7 de la Constitución que establecía la supremacía constitucional, e infringía el principio de la legalidad de las infracciones y penas contemplado en el numeral 6 del artículo 49 *eiusdem*.

Previamente, la Sala considera necesario traer a colación que en el texto de la derogada Ley de la Contraloría General de la República, publicada en *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela n° 5017 Extraordinario del 13 de diciembre de 2001, en su artículo 114, se establecía igualmente la facultad de la Contraloría para aplicar sanciones a los funcionarios, aunque no estuvieran previstas en el artículo correspondiente a éstas, es decir, en el artículo 113 *eiusdem*.

El referido artículo 114 de la Ley Contraloría General de la República derogada establecía que:

“En los casos de actos, hechos u omisiones contrarios a una norma legal o reglamentaria, pero distintos a los mencionados en el artículo anterior, la Contraloría podrá iniciar el procedimiento tendiente a imponer la sanción de multa establecida en el artículo 127 de esta Ley o proceder a la formulación del correspondiente reparo si es que existiesen perjuicios pecuniarios”.

Atendiendo a lo expresado por la parte actora, la Sala considera que sobre el principio de la legalidad, doctrinariamente se ha venido admitiendo que el mismo comporta un doble significado, a saber: la sumisión de los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; además, el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad pública, a las normas generales y abstractas, previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de esa misma autoridad. De acuerdo a lo indicado, la legalidad representa la conformidad con el derecho, en otros términos, la regularidad jurídica de las actuaciones de todos los órganos del Estado.

Al analizarse detenidamente el contenido del principio de la legalidad, se evidencia la existencia de dos intereses considerados como contrapuestos en el desarrollo de la actividad administrativa: por una parte, la necesidad de salvaguardar los derechos de los administrados contra los eventuales abusos de la Administración; y por la otra, la exigencia de dotar a ésta de un margen de libertad de acción.

En este sentido, si bien es cierto que se debe evitar la posibilidad que se produzcan actuaciones arbitrarias por parte de la autoridad administrativa, siendo para ello preciso que ésta se encuentre supeditada a una serie de reglas jurídicas, no es menos cierto que tal sujeción no debe ser excesiva, al punto que se impida un normal desenvolvimiento de la actividad administrativa, lo que de igual forma causaría perjuicios a los administrados. De manera que se entiende que la oportunidad de adoptar determinadas medidas no siempre puede precisarse por vía general anticipadamente, sino en el momento específico en que cada caso concreto se presente.

En cuanto al principio de la supremacía constitucional, observa la Sala que no se violentó tal principio, ya que la Contraloría General de la República posee un sistema de control interno donde cada organismo o entidad está constituido por un universo de entidades, una multiplicidad de sujetos y un cúmulo de operaciones que justifican la existencia de una diversidad de normas, métodos y procedimientos instaurados a los fines de su regulación y del cumplimiento de sus objetivos.

Asimismo alegó el recurrente en cuanto a la infracción, que debía estar tipificada y al respecto señaló: *“(l)a tipificación es suficiente cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra (...)”.*

Al respecto observa la Sala, que la cita que realizó el recurrente fue incompleta, ya que del mismo texto se consultó y se constató que la culminación de la idea es la siguiente: *“La descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a la nulidad de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar...”.* (NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, Editorial Tecnos, p. 293).

En lo que se refiere al campo sancionador administrativo propiamente dicho, el principio de legalidad admite una descripción básica, producto de caracteres atribuidos en primera instancia, a la legalidad punitiva pero que resulten extensibles a la legalidad sancionadora en general. Así, este principio implica la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior (*lex previa*) y que la ley describa un supuesto de hecho determinado (*lex certa*), lo cual tiene cierta correspondencia con el dispositivo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, no hay delito ni pena, sin ley penal previa. Entonces, la potestad sancionatoria requiere de una normativa que faculte a la Administración para actuar y aplicar determinada sanción administrativa.

En cuanto al punto de vista administrativo de las potestades sancionadoras del Estado, tanto la doctrina como la jurisprudencia han reconocido que el objeto y estudio del Derecho Administrativo Sancionador se configura en el ejercicio de la potestad punitiva realizada por los órganos del Poder Público actuando en función administrativa, requerida a los fines de hacer ejecutables sus competencias de índole administrativa, que le han sido conferidas para garantizar el objeto de utilidad general de la actividad pública.

Esto se debe a la necesidad de la Administración de contar con los mecanismos coercitivos para cumplir sus fines, ya que de lo contrario la actividad administrativa quedaría vacía de contenido, ante la imposibilidad de ejercer el *ius puniendi* del Estado frente a la inobservancia de los particulares en el cumplimiento de las obligaciones que les han sido impuestas por ley, de contribuir a las cargas públicas y a las necesidades de la colectividad.

Vistas las argumentaciones precedentemente expuestas, debe la Sala recordar que la actividad administrativa, por su propia naturaleza, se encuentra en un constante movimiento y evolución, suscitándose con frecuencia nuevas situaciones y necesidades que no pueden ser en su totalidad previstas por el legislador, estimándose por tanto que el sujetar la actuación de las autoridades administrativas, a lo que prescriba exclusivamente un texto de carácter legal, conllevaría indefectiblemente a que la gestión pública se torne ineficiente e incapaz de darle respuesta a las nuevas necesidades del colectivo.

Por ello se ha venido aceptando que es viable que el legislador, en la misma ley, faculte a la Administración para que dicte reglas y normas reguladoras de la función administrativa, que le permita tener cierta libertad de acción en el cumplimiento de sus funciones propias, lo cual de modo alguno puede estimarse como una trasgresión de los principios de legalidad y de reserva legal.

Asimismo, el legislador delega en la Administración, la posibilidad de dictar normas para su eficaz funcionamiento, de manera de evitar que las autoridades públicas se constituyan en ejecutores mecánicos de decisiones dictadas previamente por él, lo que perjudicaría el cumplimiento de la gestión.

Además, la Sala considera que por razones de técnica legislativa, ante la multiplicidad de normativas dictadas en esta materia y el dinamismo que pudieran revestir los mecanismos utilizados por los organismos o entidades para regular su sistema de control interno, el artículo 91 de la Ley no puede enumerar todas y cada una de dichas normas, bajo el riesgo de excluir alguna de ellas o de que pierda su vigencia en el tiempo cuando se modifique, o elimine alguna de ellas. Por lo cual el numeral 29 del referido artículo 91, no resulta ambiguo, ya que de la redacción del legislador se desprende que no está referido a un número ilimitado de actos hechos u omisiones, sino que se circunscribe o limita a aquellas actuaciones que resulten contrarias a una norma legal o sublegal al plan de organización, las políticas normativas internas, los manuales de sistemas y procedimientos dictados dentro del ámbito del control interno con el propósito de salvaguardar el patrimonio público y procurar la eficacia y legalidad de los procesos y operaciones institucionales.

Así las cosas, estima la Sala que el numeral 29 del artículo 91 de la normativa impugnada, se ajusta a las tendencias más recientes que ha asumido la doctrina respecto al principio de la legalidad de las penas y las infracciones, por cuanto el ilícito administrativo que da lugar a la responsabilidad ha sido especificado por el legislador de manera clara y cierta, con lo que se logra que el administrado conozca anticipadamente el hecho prohibido y las consecuencias de sus actos, a los fines de evitar aquellas conductas que pudieran ser objeto de sanción, y por la otra que no quede a la discrecionalidad de la autoridad contralora de que se trate la determinación arbitraria de la correspondiente figura delictual y la potestad irrestricta para imponer sanciones. En realidad lo que se sanciona es la violación de normas, así como de formas de proceder establecidos, como son las que recogen los manuales de sistemas y procedimientos.

De igual manera alegó el recurrente, que se irrumpía contra el precepto constitucional que establecía el requisito de tipicidad inherente al principio de legalidad de las infracciones y penas - y con respecto a ello, la Sala observa que en cuanto a las peculiaridades de la tipificación de las infracciones administrativas, en el repertorio de delitos en materia penal es cuantitativamente limitado, de tal manera que los catálogos del Código Penal y demás leyes penales, por muy amplios que parezcan son fácilmente cognoscibles, mientras que el repertorio de infracciones administrativas es literalmente indominable y si se pretendiera ser exhaustivo, comprendería bibliotecas enteras. Lo cual obedece a una razón más profunda de naturaleza cualitativa: la enumeración de los delitos es autónoma en cuanto a que no remite a otras normas. Por ello no puede haber, como regla, más delitos que los tipificados. Los tipos sancionadores administrativos por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción.

Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pre-tipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o la prohibición del pre-tipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento.

Por lo que la Sala desestima el alegato esgrimido por el recurrente respecto a la inconstitucionalidad del numeral 29 del artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y en consecuencia se declara sin lugar el recurso ejercido. Así se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, discrepa de la mayoría que suscribió la decisión que antecede; en consecuencia, salva su voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

La sentencia que precede declaró sin lugar la demanda de nulidad que se intentó contra los artículos 11 y 91, cardinal 29, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

La decisión de la mayoría sentenciadora concluyó que el último de dichos artículos no viola los principios de legalidad ni de tipicidad de las infracciones y sanciones en materia sancionadora administrativa y, en consecuencia, no se verifican las denuncias de inconstitucionalidad que contra esa norma se realizaron. En este sentido, el fallo señala que *“por razones de técnica legislativa, ante la multiplicidad de normativas dictadas en esta materia y el dinamismo que pudieran revestir los mecanismos utilizados por los organismos o entidades para regular su sistema de control interno el artículo 91 de la Ley no puede enumerar todas y cada una de dichas normas, bajo el riesgo de excluir alguna de ellas o de que pierda su vigencia en el tiempo cuando se modifique, o elimine alguna de ellas”*.

Ahora bien, conviene transcribir el artículo 91, cardinal 29, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal:

“Sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal, y de lo que dispongan otras Leyes, constituyen supuestos generadores de responsabilidad administrativa los actos, hechos u omisiones que se mencionan a continuación:

(...)

29. Cualquier otro acto, hecho u omisión contrario a una norma legal o sublegal, al plan de organización, las políticas, normativa interna, los manuales de sistemas y procedimientos que comprenden el control interno”.

Quien disiente considera que la Sala ha debido estimar la denuncia de inconstitucionalidad de esa norma, pues esta última es violatoria del principio de legalidad en materia sancionadora y, en concreto, del principio de tipicidad de las infracciones y sanciones administrativas, por las siguientes razones:

El principio de tipicidad consiste en *la exigencia de descripción específica y precisa, por la norma creadora de las infracciones y sanciones, de las conductas concretas que pueden ser sancionadas, y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras* (cfr. Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de Derecho Administrativo*, Tomo II, Madrid, 2001, p. 385).

Este principio, que consigue su origen en el Derecho Penal, se aplica ciertamente, y como se afirma en la decisión, con ciertas matizaciones en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, pero siempre debe respetar el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, uno de cuyos atributos es precisamente la garantía de tipificación legal de las faltas y sanciones, que consigue fundamento en el artículo 49, cardinal 6, de la Constitución de 1999 de la siguiente manera: “*Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes*”.

Así, la matización que se acepta respecto de la aplicación de este principio, para que mantenga el respeto de ese núcleo esencial, lo que permite es que la Ley acuda a descripciones genéricas de las conductas censurables, dejando a la Administración la determinación de ciertos aspectos de las mismas; descripción genérica de conductas que exige, evidentemente, que se establezca en la Ley cuál es esa conducta, es decir, que se tipifique, pues de lo contrario se incurriría en violación del principio de tipicidad. En consecuencia, las normas sublegales lo que pueden es complementar o precisar el supuesto de hecho que debe, siempre, derivar suficientemente de la Ley.

En el caso de autos, la norma que se impugnó no describe, ni siquiera de manera genérica, cuáles son los ilícitos administrativos que pueden dar lugar a sanciones administrativas, ni cuáles son, concretamente, las normas cuya violación comporta una infracción, y deja al arbitrio de la Administración la absoluta determinación del contenido de esa conducta como hecho generador de responsabilidad administrativa. Con ello, es evidente que se trata de una norma en blanco que no se respeta el núcleo esencial de la garantía fundamental de la tipicidad de las infracciones y sanciones administrativas que preceptúa la norma constitucional y, por tanto, ha debido declararse su nulidad.

En abundancia, este voto salvante advierte que, en este caso, la Sala se apartó de su propia jurisprudencia en relación con el principio de legalidad y de tipicidad de las sanciones administrativas. Así, en sentencia de 11-6-02 (caso la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia) la Sala anuló el artículo 52 de esa Ley porque no se adecuaba al principio constitucional de tipicidad de las sanciones administrativas e implicaba una norma en blanco. En esa oportunidad esta Sala estableció:

“si bien el Derecho Sancionatorio se nutre de los principios básicos del Derecho Penal que regula el *ius puniendi* del Estado contra las infracciones al orden jurídico cuyo ejercicio implica la imposición de penas corporales y que se efectúa a través de la jurisdicción penal; sin embargo, tales principios no tienen la misma rigidez que presentan en su fuente originaria, por cuanto están adaptados a las actividades de la Administración. Así, **el principio de tipicidad de los delitos y las penas que se consustancia con el principio general de la legalidad, admite en el Derecho Sancionatorio la delegación que haga el legislador en normas de rango sublegal, de algunos de los elementos que configuran el ilícito administrativo y, asimismo, éste, puede configurarse con contornos menos rígidos que los que rigen en el campo del Derecho Penal.** Sin embargo, existe una gran dificultad para delimitar las diferencias sustentadas por gran parte de la doctrina, entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador.

(...)

Considera esta Sala que poco provecho se obtendría al pretender generar la discusión con base al órgano que ejecuta el *ius puniendi* (judicial o administrativo), ya que **las diferencias existentes entre el derecho penal y el derecho sancionador son sólo relevantes en cuanto se refieren a su ámbito de aplicación**, siendo en consecuencia necesario entrar a analizar la finalidad de las mismas, pues las diferencias que pudiesen existir en ese orden, serán las que permitan establecer los parámetros de interpretación de tales ramas del derecho.

(...)

En este orden de ideas, **la discrecionalidad de la Administración sólo es admitida en la esfera del ejercicio de la potestad sancionatoria para determinar la gravedad de los hechos a los fines de la sanción, y siempre sometido a las reglas de la racionalidad y proporcionalidad. No abarca la discrecionalidad, en consecuencia, la posibilidad de tipificar el hecho ilícito, ni de desprender de una circunstancia determinados efectos en relación con los sujetos sometidos a un ordenamiento en el cual no exista una relación fija de supremacía especial.** En consecuencia, importa destacar que **la facultad genérica otorgada a la administración mediante una norma que la autoriza a establecer caso por caso los elementos constitutivos de un ilícito sancionable, configura lo que se denomina norma en blanco, situación ésta, que ha sido objeto del total rechazo por parte de la jurisprudencia**”. (Destacado añadido).

Con fundamento en esas consideraciones, la Sala anuló el artículo 52 de la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, norma esta que disponía, de manera similar a la que se impugnó en esta oportunidad, lo siguiente: *Artículo 52: Toda infracción a esta ley y a sus reglamentos no castigado expresamente será castigado con multa de hasta tres millones de bolívares según la gravedad de la falta a juicio de la Superintendencia*”. En relación con el alcance de esa norma la Sala agregó:

“La modalidad de remisión adoptada por el legislador en el artículo 52 de la Ley Para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, el cual ha sido impugnado en autos, excede de los métodos de técnica legislativa mencionadas *supra*, pues la identificación de los supuestos de hecho sancionables no se hacen mencionando a ninguno de los artículos, secciones o capítulos en los que están contenidos, sino utilizando una fórmula residual.

(...)

Analizado lo anterior, observa esta Sala que **el sistema de remisión residual otorga una potestad sancionatoria tan amplia que el administrado podría quedar sometido a la multa contemplada en el artículo por cualquier conducta que se juzgue como “infracción” a la Ley, esto es, como violatoria de una exigencia contenida en la Ley.**

A las consideraciones que anteceden ha de agregarse la relativa a **la amplitud de la facultad que el artículo le otorga a la Administración, al incluir como sancionables no sólo a las infracciones de la ley, sino a las infracciones del reglamento, lo cual permite una apertura indefinida de los supuestos ilícitos administrativos, ya que cualquier conducta exigida por vía reglamentaria que es incumplida por el administrado daría lugar a la sanción que la norma prevé.**

Analizada la situación en la forma que antecede, **no puede menos que estimarse que el artículo 52 contempla una norma en blanco, esto es, facultativa en forma total y completa a la Superintendencia para crear el supuesto de hecho constitutivo del acto ilícito y por ello violatoria del principio de tipicidad, lo cual implica su nulidad por inconstitucionalidad.** Así se declara". (Destacado añadido).

En consecuencia, quien disiente considera que la Sala, en aras del mantenimiento de la uniformidad y constancia de su jurisprudencia, y en atención a la importancia de los valores constitucionales que se lesionaron en este caso, ha debido reiterar su postura en relación con el alcance del principio de legalidad y tipicidad de las sanciones administrativas y, en consecuencia, declarar la nulidad, por inconstitucionalidad, del artículo 91, cardinal 29, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, porque la misma lo que contempla es una norma en blanco que no respeta el núcleo esencial de dichas garantías constitucionales y, en consecuencia, del derecho al debido proceso.

En los términos que anteceden, queda expuesto el criterio de este disidente.

b. *Poder Discrecional*

TSJ-SC (825)

6-5-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Banco del Caribe C.A. Banco Universal vs Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras...

La norma contenida en el artículo 244, numeral 3, del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, atribuye una potestad discrecional al ente supervisor o regulador del sector bancario y financiero privado no para dictar un acto-medida sino para determinar, en cada caso concreto, el lapso que tendrá el sujeto obligado por lo dispuesto en el artículo 251 del mismo texto legal para cumplir con su deber de remitir la información o documentación que, en ejercicio de sus potestades, le ha exigido la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, de acuerdo a la urgencia que se tenga en que se remita la información o la documentación especificada y a la complejidad que razonablemente pueda comportar para la persona vinculada por la obligación señalada el recabar, clasificar y organizar dicha información o documentación.

4. Pasa la Sala a examinar la otra denuncia de inconstitucionalidad del referido artículo 422, numeral 1, que planteó la representación judicial de Banco del Caribe, C.A. Banco Universal, referida a la supuesta vulneración del principio de igualdad de las personas ante la ley, del derecho a la defensa y al debido procedimiento administrativo, protegidos por los artículos 21.1 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, derivada de la falta de previsión en dicha norma de un plazo o lapso general y común a todos los sujetos que realizan actividades de intermediación financiera para cumplir con la obligación de información que establece el artículo 251 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y de la discrecionalidad o arbitrio que la misma norma atribuye a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones para fijar en cada caso particular y mediante actos unilaterales el lapso en que cada sujeto deberá remitir la información, los informes o la documentación requerida por dicho ente administrativo para el ejercicio de sus competencias y atribuciones.

Respecto de ello, esta Sala juzga que la norma contenida en el actual artículo 244, numeral 3, del mencionado Decreto con Fuerza de Ley, atribuye una potestad discrecional al ente supervisor o regulador del sector bancario y financiero privado no para dictar un acto-medida sino para determinar, en cada caso concreto, el lapso que tendrá el sujeto obligado por lo dispuesto en el artículo 251 del mismo texto legal para cumplir con su deber de remitir la información o documentación que, en ejercicio de sus potestades, le ha exigido la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, de acuerdo a la urgencia que se tenga en que se remita la información o la documentación especificada y a la complejidad que razonablemente pueda comportar para la persona vinculada por la obligación señalada el recabar, clasificar y organizar dicha información o documentación; en tal sentido, dicha discrecionalidad no implica una licencia o posibilidad de actuar arbitrariamente para la Administración, la cual está obligada, de conformidad con lo establecido en los artículos 141 de la Constitución vigente, 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establecen como límites de la discrecionalidad administrativa los principios de racionalidad, proporcionalidad e igualdad en la decisión o medida adoptada, a adecuar la conducta que despliegue a los objetivos que le impone el marco normativo que da cobertura a su actuación.

En efecto, los órganos y entes de la Administración Pública así como los órganos que integran el Poder Judicial, entre los que se encuentra este Tribunal Supremo de Justicia, en tanto aplicadores del Derecho, ostentan de ordinario un margen de arbitrio en la interpretación e integración de los principios y normas que integran el ordenamiento jurídico, que les permite, al tiempo que les obliga, a adoptar medidas y decisiones que apunten a la “máxima aceptabilidad racional”, en la medida que el principio regulativo del discurso jurídico es el consenso o aceptabilidad (por la comunidad jurídica en general y por la comunidad dogmática a la que pertenece en particular el aplicador del Derecho) de los argumentos en que se funda la decisión o el proveimiento, y no los criterios empleados por la actividad científica en sentido estricto, dado que la interpretación y argumentación del derecho es heurística, y, en ese sentido, amerita de la persuasión y de las buenas razones para poder imponerse legítimamente sobre sus destinatarios (Cfr. Manuel Atienza, “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa”, en *REDA* n° 85, Civitas, Enero-Marzo de 1995, Madrid, p. 5).

Ahora bien, ¿por qué el legislador concede discrecionalidad a una autoridad?; porque puede suceder, y de hecho ocurre con frecuencia, que al sancionar una ley, el estado de cosas regulado no llegue a ser previsto en todas las particularidades relevantes para su decisión, dado que la riqueza y multiformidad de la vida impiden que las normas generales puedan regular, en forma completa y justa, todos los casos que se planteen. Por ello, el legislador confía a las autoridades administrativas la facultad de encontrar la decisión concreta, mediante la consideración de las circunstancias del caso especial, potestad esta que se atribuye para determinados casos, conforme al establecimiento de un fin de regulación definido y de acuerdo a límites generales de discrecionalidad administrativa, los cuales suelen estar fijados en la misma norma que habilita para actuar discrecionalmente.

La dogmática administrativa ha señalado (Cfr. Gabriel Ruan Santos, *El principio de la legalidad, la discrecionalidad y las medidas administrativas*, FUNEDA, Caracas, 1998, pp. 41 y ss.) que la discrecionalidad presupone la libertad de acción para la Administración, es decir, una libertad de escogencia entre varias opciones posibles, mas dicha libertad no es absoluta, como ya se apuntó, sino que está limitada por los principios señalados con anterioridad, que derivan de la propia normativa que atribuye a la autoridad administrativa la potestad discrecional, y a partir de los cuales es posible determinar razonablemente si la medida o decisión adoptada por la Administración Pública se adecua o no a la necesidad de realizar el interés público tutelado por el ordenamiento jurídico y de cuya satisfacción ella es garante; en ese sentido, la valoración de las hipótesis de hecho, esto es, la libertad de escogencia o dis-

crecionalidad se halla condicionada por la finalidad de la norma atributiva de competencia, de manera tal que la racionalidad, proporcionalidad e igualdad del acto administrativo producido derivará de la maximización que su contenido y efectos comporten para la tutela o efectiva satisfacción del interés general involucrado.

En el caso examinado, advierte la Sala que los artículos 251 y 422, numeral 1, del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras atribuye a la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras la competencia para establecer de manera discrecional, mas no arbitraria como ya se sentó, el lapso en que las instituciones bancarias o financieras sujetas a su control deberán responder a los requerimientos que dicho ente administrativo les efectúe, al objeto de que entre las múltiples opciones posibles, la mencionada Superintendencia, atendiendo a los principios de racionalidad, proporcionalidad e igualdad que le impone la finalidad de maximizar el interés general cuya tutela tiene encomendada –que en el caso de una solicitud basada en el artículo 214 de la Ley Orgánica de Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas, no es otro que la prevención de hechos punibles y el castigo de actuaciones ilícitas contrarias a la transparencia y legalidad que debe prevalecer en el sector- fije el tiempo -contado a partir de su efectiva notificación- en que el ente privado compelido deberá cumplir con su obligación de remitir la información o documentación requerida al ente administrativo solicitante, so pena de quedar sujeto a la aplicación de sanciones administrativas en caso de incumplimiento de la señalada obligación legal.

En criterio de la Sala, la norma impugnada no es, en abstracto, contraria al principio de igualdad de las personas ante la ley protegido por el artículo 21.1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dado que, como señaló la representación judicial de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, el margen de libertad razonable que la misma confiere al referido ente administrativo permite no sólo la maximización del interés general tutelado mediante la adecuación del plazo necesario para cumplir con la obligación legal en cada caso concreto, sino también limitar la arbitrariedad que un lapso fijo puede implicar en algunos casos para el cumplimiento efectivo de la obligación de informar establecida en forma genérica en el artículo 251 del Decreto con Fuerza de Ley examinado, en la medida que dicha potestad discrecionalidad comprende en forma implícita, a juicio de esta Sala, la posibilidad para la indicada Superintendencia de prorrogar el lapso conferido inicialmente al particular obligado, cuando éste la solicite oportuna y razonadamente dentro de dicho lapso, y ello no imposibilite o haga nugatorio la satisfacción o tutela del interés general vinculado con el cumplimiento oportuno y adecuado de la obligación de informar, lo cual no podría admitirse si estuviera contemplado un lapso determinado en la ley, que mal podría ser extendido por la Administración.

En todo caso, la discriminación, desigualdad o arbitrariedad contraria a algún derecho subjetivo de rango constitucional podría derivar de la aplicación concreta de la norma impugnada, manifestada en uno o varios actos administrativos que, por ejemplo, impusiera distintas condiciones a dos o más sujetos del ordenamiento jurídico obligados por el Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, no obstante que se les exija el cumplimiento de una misma conducta, si en la motivación del acto o de los actos respectivos no se ofrecen razones suficientes, aceptables, de acuerdo a los principios previstos en los artículos 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 5 de la Ley Orgánica de la Administración Pública y 12 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que expliquen el porqué de dicho tratamiento, mas la revisión judicial de tal circunstancia corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y no al que ejerce la jurisdicción constitucional (salvo la excepción advertida en el presente caso).

En virtud de las consideraciones previas, se declara sin lugar la denuncia de inconstitucionalidad formulada por la representación judicial del Banco del Caribe, C.A. Banco Universal respecto de la norma contenida en el artículo 422, numeral 1, del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por no ser la potestad discrecional en ella contenida contraria al principio de igualdad de las personas ante la ley protegido por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; del mismo modo, al haber sido declaradas sin lugar las denuncias de inconstitucionalidad planteadas contra la mencionada norma legal, se declara igualmente sin lugar el recurso contencioso-administrativo de nulidad interpuesto contra la Resolución n° 215, del 10.06.97, dictada por la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, al no estar afectado dicho acto por el vicio de ausencia de base legal. Así igualmente se declara.

c. *Competencia: Potestades Implícita e inherentes*

TSJ-SPA (87)

11-2-2004

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Instituto Universitario Politécnico “Santiago Mariño” (IUPSM) vs. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

En nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando se parte de un principio de legalidad formalmente estricto, la doctrina se inclina a aceptar la tesis de las potestades implícitas. Sin embargo, se ha insistido que al constituir una excepción a la regla de competencia, su aplicación debe ser muy restrictiva, no admitiendo una interpretación extensiva, ni siquiera analógica de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración, ya que justamente, esta es excepcional por cuanto supone restricciones a la libertad individual.

Pasa esta Sala a pronunciarse sobre el recurso de nulidad planteado contra el artículo 3 de las Resoluciones n° 255 y 256 de fecha 30 de noviembre de 1999, dictadas por el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, publicadas en *Gaceta Oficial* n° 36.844 del 6 de diciembre de 1999 y en tal sentido, se observa:

Denuncia la parte recurrente que el Ministro al dictar las Resoluciones impugnadas, incurrió en el vicio de extralimitación de funciones, ya que las normas en que se fundamentan los actos recurridos, no le autorizaban para imponer costos matriculares, de transporte, estadía y cualquier otro que se genere por cada uno de los alumnos transferidos; y adicionalmente, señala que existe falta de motivación y fundamentación legal en el artículo 3 de las Resoluciones impugnadas.

En relación al primer vicio denunciado por la parte recurrente, la representación de la República, señala que aunque la Ley de Educación y la Ley Orgánica de la Administración Central, “no establecen en forma concreta la actividad de transferencia y sus consecuencias, es muy cierto que además de las funciones ínsitas que complementan cualquier decisión en el orden educativo, existe un Acuerdo... que explica por sí, la facultad de la Administración para actuar en este caso, frente a la emergencia planteada al alumnado que cursaba las carreras ofrecidas por el Instituto infractor, que impartía las disciplinas de educación superior no autorizadas; todo ello se evidencia en los “Considerandos” de las Resoluciones impugnadas”.

De lo antes expuesto, la Sala observa que cuando la representación de la República se refiere a las potestades ínsitas, quiere expresar que la Administración actuó con base en potestades inherentes a su función, lo que plantea el tema de las llamadas “potestades implícitas”. En

este sentido, estima esta Sala necesario referirse, en primer lugar, a esta figura que ha tenido su desarrollo a nivel doctrinal, para posteriormente, revisar si en el presente caso, realmente la Administración actuó basada en estas potestades, al imponerle al Instituto Universitario "Santiago Mariño", los costos de matrícula, mantenimiento y otros, de cada alumno trasladado.

Como sostiene la Doctrina, en materia de actuación de las personas naturales o jurídicas, en el derecho público la competencia es la excepción y la incompetencia es la regla, en contraposición al principio de derecho privado que postula que *"la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción"*. Esto implica que la competencia debe estar prevista en una norma expresa del ordenamiento jurídico, ya que su falta de consagración equivale a su inexistencia.

Todo ello, constituye una manifestación del principio de legalidad que en nuestro ordenamiento está previsto en el artículo 137 de la Constitución de 1999, en los siguientes términos: *"La Constitución y la Ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuáles deben sujetarse las actividades que realicen"*.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley Orgánica de Administración Pública, desarrolla la norma constitucional antes transcrita, al establecer que: *"La Administración Pública se organiza y actúa de conformidad con el principio de legalidad, por el cual la asignación, distribución y ejercicio de sus competencias se sujeta a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, a las leyes y a los actos administrativos de carácter normativo, dictados formal y previamente conforme a la ley, en garantía y protección de las libertades públicas que consagra el régimen democrático a los particulares"*.

En este sentido, a través de la atribución de una competencia como expresión de una potestad pública, se manifiesta el principio constitucional de legalidad, por lo que la competencia es de estricto derecho. Este criterio restrictivo de la legalidad, goza de cierta preponderancia en la doctrina administrativa nacional y es el sostenido por importantes representantes de la Doctrina Española, al señalar que: *"El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo previo: la legalidad atribuye potestades a la Administración, precisamente. La legalidad otorga facultades de actuación, definiendo cuidadosamente sus límites, apodera, habilita a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración no puede actuar, simplemente."*(García de Enterría y Fernández, T, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 441.)

Cabe señalar que las potestades atribuidas al Estado y demás entes públicos, le son otorgadas en función de ser los entes encargados de tutelar los intereses públicos, lo cual le confiere la posibilidad de afectar a los terceros, mediante la constitución, modificación, o extinción de relaciones jurídicas o mediante la modificación de las cosas existentes. De allí, la importancia de que estas potestades estén atribuidas por Ley, como garantía para los administrados.

Ahora bien, para un gran sector de la Doctrina, esta regla de la competencia, admite excepciones, y es allí donde surge la tesis de las *"potestades implícitas o inherentes"*. Esta tesis consiste en que aun cuando la competencia no esté expresamente contenida en una norma, es posible deducirla acudiendo a una interpretación finalista o sistemática de la norma. En este sentido, se explica que si la competencia no surge en forma concreta de la norma, debe establecerse si la actuación administrativa puede derivarse como consecuencia lógica del texto de la norma.

Se señala como ejemplo, el caso de una norma que atribuye a la Administración Pública la potestad de vigilar la calidad de los vertidos industriales a los cauces públicos, de la que se puede inferir la atribución, -aun cuando la norma no señala nada al respecto-, de instalar instrumentos de medida y desagüe de las respectivas fábricas.

En nuestro ordenamiento jurídico, aun cuando se parte de un principio de legalidad formalmente estricto, la Doctrina se inclina a aceptar esta tesis de las potestades implícitas. Sin embargo, se ha insistido que al constituir una excepción a la regla de competencia, su aplicación debe ser muy restrictiva, no admitiendo una interpretación extensiva, ni siquiera analógica de la legalidad como atributiva de poderes a la Administración, ya que justamente, esta es excepcional por cuanto supone restricciones a la libertad individual. En efecto, lo contrario daría origen a que se crearan facultades que afecten derechos subjetivos de particulares, violándose así, el principio de legalidad de la competencia. Como consecuencia de ello, debe señalarse que en el ejercicio de las potestades implícitas, la Administración no podría desplegar actuaciones que afecten los derechos subjetivos de los particulares, por cuanto ello podría suceder sólo mediante norma atributiva de competencia. No obstante, lo antes señalado es matizado por otra parte de la Doctrina, que ha aceptado que en algunos casos, a falta de ley, la integración general del ordenamiento sobre la base de sus principios generales podría justificar al menos determinadas medidas administrativas. (De la Cuetara, Juan Miguel, *Las potestades administrativas*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. 101)

Determinado lo anterior, la Sala observa que en el presente caso, las normas, con base a las cuáles actuó el Ministro de Educación, Cultura y Deportes para dictar las Resoluciones impugnadas y la normativa que rige la materia concretamente, son las previstas en la Ley Orgánica de Educación; el Acuerdo de fecha 14 de septiembre de 1999, de la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, Deportes y Recreación de la Asamblea Nacional Constituyente que declaró la emergencia del sector educación superior impartida por los Colegios e Institutos Universitarios Públicos y Privados y la Resolución Ministerial n° 180 de fecha 17 de septiembre de 1999 que declaró en proceso de reestructuración el servicio público de educación superior impartido por los Institutos y Colegios Universitarios Privados del país.

Se observa que la Ley Orgánica de Educación, establece lo siguiente:

Artículo 107: "...El Ministerio de Educación es el órgano competente del Ejecutivo Nacional para todo cuanto se refiere al sistema educativo, salvo excepciones establecidas en esta ley o en leyes especiales.

En tal virtud, le corresponde planificar, orientar, dirigir, ejecutar, coordinar, supervisar y evaluar el sistema educativo. Asimismo planificar, crear y autorizar los servicios educativos de acuerdo a las necesidades nacionales, fomentar y realizar investigaciones en el campo de la educación, crear, autorizar y reglamentar institutos de experimentación docente en todos los niveles y las demás funciones que para el cumplimiento de los fines y objetivos del sistema educacional le confiere la ley y los reglamentos..." (Subrayado de la Sala)

Artículo 68. "El Ministro de Educación, acordará a los alumnos que hayan realizado estudios en Venezuela, las transferencias y equivalencias a que hubiere lugar, salvo lo previsto en leyes especiales".

En este mismo sentido, el Reglamento de los Institutos y Colegios Universitarios, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 4.995, de fecha 31 de octubre de 1995, establece en su artículo 4°, que las funciones de supervisión, control, evaluación y coordinación de los Institutos y Colegios Universitarios, las ejercerá el Ministerio de Educación.

Por otra parte, el artículo 9° *eiusdem*, consagra:

“...El Ministerio de Educación establecerá las normas a objeto de asegurar la coherencia y complementariedad de los planes y programas de estudios desarrollados para cada uno de los institutos o colegios universitarios, tendentes al establecimiento de un sistema de relación y coordinación permanente entre ellos. Para éste propósito el Ministerio de Educación podrá crear Comisiones de Coordinación Nacional y Regional, las cuales tendrán la competencia que se determinará en el acto de su creación...”

Finalmente el artículo 70 del mismo instrumento jurídico establece que el Ministro de Educación supervisará periódicamente la planificación, organización y funcionamiento de los institutos y colegios universitarios y será el encargado de evaluarlos a fin de garantizar la excelencia académica de su gestión institucional.

De las normas antes transcritas, se desprende que al Ministro de Educación, Cultura y Deportes, le corresponde ejercer las funciones de supervisión, organización, evaluación y funcionamiento de los Institutos y Colegios Universitarios, y concretamente, conforme a lo previsto en el artículo 68 antes transcrito, ese Despacho puede acordar transferencias de alumnos que hayan realizado estudios en Venezuela, por lo que implementando pruebas especiales de acreditación de conocimientos por parte de la Institución de Educación Superior, podrían admitirse los estudiantes que venían cursando las carreras no autorizadas ofrecidas por el Instituto Universitario Politécnico “Santiago Mariño”, a objeto de ubicarlos en el nivel de estudios correspondiente, tal como se hizo.

Por su parte, en el Acuerdo de fecha 14 de septiembre de 1999, de la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, Deportes y Recreación de la Asamblea Nacional Constituyente que declaró la emergencia del sector educación superior impartida por los Colegios e Institutos Universitarios Públicos y Privados, y la Resolución Ministerial n° 180 de fecha 17 de septiembre de 1999 que declaró en proceso de Reestructuración el servicio público de educación superior impartido por los Institutos y Colegios Universitarios Privados del país, tampoco aparece norma atributiva alguna en la que se establezca la sanción de imponerles a los Institutos o Colegios Profesionales Privados, los costos matriculares, de transporte, estadía y cualquier otro, de los alumnos transferidos a otras universidades, al ofrecer carreras no autorizadas.

Lo que establece la Resolución Ministerial n° 180, frente a las irregularidades en que pudieren incurrir los Institutos y Colegios Profesionales Privados, son medidas de suspensión temporal o de revocatoria de la autorización o funcionamiento, en caso de incurrir en los supuestos determinados en la norma (artículo 5). Por otra parte, establece en su artículo 7, que se impondrán las sanciones correspondientes, por retención de documentos originales o títulos profesionales; y en el artículo 8, se dispone que cuando no se pudiere ejecutar el proceso de reestructuración por causa imputable a los propietarios o Directores de los Institutos o Colegios Profesionales, o que las Instituciones presenten una situación que no garantice debidamente la prosecución del derecho al estudio, o por no responder a las disposiciones legales que rigen la actividad educativa dentro de las directrices de reorganización establecidas por el Ministerio, el Ministro de Educación, Cultura y Deportes, procederá conforme a lo establecido en el artículo 110 de la Ley Orgánica de Educación.

De lo antes expuesto, no se evidencia norma alguna que le confiera al Ministro de Educación, Cultura y Deportes, la competencia expresa para responsabilizar al ente accionante por los gastos que implica la transferencia de alumnos a otras universidades.

Asimismo, se observa que si bien la actuación del referido Ministro se relaciona con las competencias atribuidas en el ordenamiento jurídico, referidas al cumplimiento de los objetivos del sistema educacional, tal actuación incide de manera negativa en la esfera patrimonial de la parte recurrente.

Planteado lo anterior, esta Sala no deja de advertir que en este caso, la institución recurrente incurrió en una grave irregularidad, lo que generó la violación del principio de buena fe de los estudiantes que venían cursando las carreras no autorizadas, originándoles consecuencias perjudiciales y vista dicha situación violatoria de un derecho constitucional, como lo es el de la *educación*, la Administración quiso salvaguardar el derecho al estudio del alumno afectado tomando las medidas pertinentes.

En efecto, en el presente caso, el Instituto Universitario Politécnico “Santiago Mariño” vulneró el *principio de la buena fe*, también conocido como principio de la confianza legítima de los alumnos afectados por la actuación irregular del Instituto Universitario, quienes iniciaron sus estudios basados en la creencia de una conducta leal o correcta del mismo en el cumplimiento de sus obligaciones.

Como ha precisado la Doctrina, la buena fe, como las buenas costumbres, constituye una vía de comunicación del Derecho con la Moral. El legislador en su labor de creación de normas jurídicas no puede prever todas las exigencias éticas de comportamiento, lo que puede generar que alguna conducta jurídicamente correcta, moralmente sea recusable. Es por ello que la buena fe, aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen instrumento decisivo de integración de la labor hermenéutica en el Derecho. Asimismo, debe destacarse que este principio es aplicable a todas las relaciones jurídico administrativas, limitando el comportamiento de los sujetos que forman parte de ella, esto es, tanto para la Administración como para el administrado, quien debe actuar dentro de los límites de sus derechos y libertades.

La buena fe, significa confianza, seguridad y honorabilidad, se refiere a que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiado en que ésta no lo engañará.

La buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. (*Vid.* Gonzalez Perez, Jesús, “El Principio General de la Buena Fe” en el *Derecho Administrativo*, 2° Edición, Editorial Civitas, Madrid 1989.)

Debe indicarse que la noción de buena fe en el ámbito jurídico no hace referencia a toda confianza psicológicamente cierta, sino sólo a aquella que además de existir en sentido psicológico, es válida en sentido jurídico por no encontrar en los usos sociales o en Derecho un límite.

En el presente caso, aprecia la Sala que el Instituto Universitario vulneró la buena fe de los alumnos, al ofrecer carreras distintas a las autorizadas, con el riesgo que dichos estudios no tuvieran el reconocimiento legal por parte del Ministerio de Educación, ni de ninguna Institución Superior y no podría ser objeto de equivalencias, quedando en juego el derecho al estudio de los estudiantes cursantes de dichas carreras.

Por otra parte, si bien es cierto que los alumnos afectados por la actuación del Instituto Universitario, pueden ejercer las acciones pertinentes contra el Instituto Universitario por los daños y perjuicios que pudieron ocasionarse por la conducta ilegal del Instituto al impartir carreras para las cuales no estaba autorizado, de tal forma que puedan obtener una indemnización por los gastos ocasionados por los costos matriculares, de transporte y estadía y cualquier otro que se hubiese generado con motivo de la transferencia de cada alumno afectado, ello implica una carga muy onerosa y de tiempo para los afectados, quienes se inscribieron en dicho Instituto Universitario, confiando que las carreras a cursar contaban con las respectivas autorizaciones.

En consecuencia, los costos ocasionados a los alumnos afectados estaban implícitos en el hecho mismo del ofrecimiento ilegal de los estudios, por lo que lo correcto, en este caso, es que el pago de los gastos deba ser asumido por la Institución que indujo los mismos. Es por ello que considera la Sala que el Instituto Universitario Politécnico “Santiago Mariño” debe asumir los gastos que se generen por el traslado de los alumnos afectados a otras Instituciones Universitarias, ya que los mismos fueron ocasionados por su actuación irregular, toda vez que lo contrario, constituiría una situación injusta para los alumnos afectados. Así se decide.

d. *Privilegios Procesales*

TSJ-SC (172)

18-2-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Interpretación de los artículos 21, numerales 1 y 2, y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Constitucional interpreta que cuando la República o los entes que gozan del privilegio de no ser condenados en costas, obtienen sentencia favorable, no puede condenarse en costas a su contraparte, así ellos hayan dado pie a las demandas en su contra.

El artículo 21 constitucional, establece la igualdad de las personas ante la ley, lo que quiere decir que a todas las personas, sean naturales o jurídicas, se les aplica la ley conforme a lo que ella dispone, por lo que en principio, la ley como conjunto normativo que ordena conductas, puede crear situaciones disímiles para las personas y por tanto otorgar derechos privativos a determinadas personas y no a otras que se encuentran en desigual condición.

Pero dentro de esa situación, la vigente Constitución prohíbe la discriminación a las personas, fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social, o que, en general, tengan por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Estas condiciones de igualdad para que se ejerzan los derechos, se encuentra reconocida en el proceso en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, aunque allí se acepta la existencia de derechos privativos a cada parte debido a su posición en el proceso, siendo ello una forma de igualdad, al reconocer que debido a la diversa posición que por su naturaleza tiene cada parte, pueda distribuirse entre ellas las cargas, deberes y obligaciones procesales, señalando a las partes cuáles le son específicas.

Esta situación que nace del proceso y que atiende a la posición procesal, que es diferente según el puesto que ocupan en él, permite privilegios procesales a favor de algunos litigantes, los cuales pueden no nacer necesariamente de su condición procesal, sino de razones extra-procesales, tal como sucede con los privilegios fiscales que tiene la República, acordados por distintas leyes. Esos privilegios, indudablemente, no corresponden a raza, sexo o credo y, en principio, no menoscaban los derechos y libertades de las personas.

¿Son tales privilegios discriminaciones provenientes de la condición social? Ni la República, ni los entes públicos son personas jurídicas con condición social. Éste es un concepto derivado del puesto que ocupan las personas en la sociedad, pero ni a la República ni a los demás entes jurídico-públicos puede reconocérsele una posición social, ya que ellos están por encima de la sociedad, resultando más bien –en cierta forma- rectores de la sociedad.

La condición social está referida a los seres humanos, y al puesto que ocupan en la sociedad, pero no a las personas jurídicas o a los entes morales. Por ello la Sala concluye que los privilegios de la República o de los entes públicos, en principio, no están prohibidos por el artículo 21 citado, a menos que, injustificadamente, anulen derechos de las personas que, en un mismo plano previsto por la ley y que presupone igualdad, se relacionen con ella.

Ahora bien, a pesar de lo expuesto la Sala apunta, que los privilegios procesales deben responder a la necesidad de protección de quien goza de ellos, ya que debido a la importancia de la función que cumplen, requieren no ser disminuidos o debilitados; por ello existen privilegios –por ejemplo- a favor de los diplomáticos, de algunos funcionarios públicos a quienes se les preserva en el cumplimiento de la función, así como a algunos entes públicos a fin que no se debiliten y puedan adelantar sus actividades sin cortapisas.

Esto último –por ejemplo- justifica la inembargabilidad de algunos bienes, tanto públicos como privados, o la protección que se presta a ciertas personas o sectores sociales que son considerados por la ley como partes de una relación desigual, a fin de equipararseles.

La necesidad de protección, la finalidad de evitar el debilitamiento o el menoscabo de aquellas personas (físicas o jurídicas) que prestan servicios al país o al colectivo, o que se encuentran en posición de débiles jurídicos, justifica el privilegio, pero resulta odioso y es una forma de fomentar la desigualdad, el que en materias donde no hay perjuicio para la República o los entes que la conforman y, por lo tanto, no es necesario protegerlos, se otorguen privilegios y se desequilibren a las personas en sus relaciones con el Estado o sus entes.

Por ello, se hace necesario analizar lo referente a la situación de las costas procesales.

Las normas sobre la condena en costas, se encuentran en el Código de Procedimiento Civil, cuando el artículo 287 *eiusdem* reza: “*Las costas proceden contra las Municipalidades, contra los Institutos Autónomos, empresas del Estado y demás establecimientos públicos, pero no proceden contra la Nación*”.

El principio es que los entes públicos pueden ser condenados en costas, y así mismo la contraparte de estos entes también puede ser condenada, ya que el artículo 774 del Código de Procedimiento Civil, dispone que “[a] la parte que fuere vencida totalmente en un proceso o en una incidencia, se le condenará al pago de las costas”.

Sólo la Nación, la cual se equipara a la República o al Estado, en la terminología legal, no será condenada en costas.

Ello es así, porque tal posibilidad limitaría la defensa de la Nación (República o Estado) al tener que estar pendiente del potencial vencimiento en las demandas que incoare, y con el fin de evitar tal limitación, se exoneró de costas a la nación, a fin de que ejerza las acciones necesarias para la protección de sus bienes y derechos.

En sintonía con el referido artículo 287, disposiciones similares aparecen en las siguientes leyes:

a) Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (G.O. n° 1.660 del 21 de junio de 1974):

No condenatoria en costas de la nación

“Artículo 10.- En ninguna instancia podrá ser condenada la Nación en costas, aun cuando se declaren confirmadas las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se declaren sin lugar, se dejen perecer o se desista de ellos”.

b) Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (G.O. n° 5.554 Extraordinario, del 13 de noviembre de 2001):

“Artículo 74. La República no puede ser condenada en costas, aun cuando sean declaradas sin lugar las sentencias apeladas, se nieguen los recursos interpuestos, se dejen perecer o se desista de ellos”.

(Omissis)

“Artículo 88. En los juicios en que haya recaído sentencia definitiva a favor de la República, el Procurador o Procuradora General de la República, o quien actúe en su nombre, debe estimar el valor de las respectivas actuaciones, de conformidad con lo establecido en la Ley de Abogados, a los efectos de la respectiva condenatoria en costas”.

c) Ley Orgánica de la Administración Pública (G.O. 37.305 del 17 de octubre de 2001)

Extensión de privilegios a los Institutos Autónomos

“Artículo 97. Los institutos autónomos gozarán de los privilegios y prerrogativas que la ley nacional acuerde a la República, los estados, los distritos metropolitanos o los municipios”.

d) Derogada Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (Gaceta Oficial n° 4.649 Extraordinario del 19 de noviembre de 1993):

“Artículo 202. El Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, creado por Decreto n° 540 de fecha 20 de marzo de 1985, es un instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional. Dicho Fondo está adscrito al Ministerio de Hacienda a los solos efectos de la tutela administrativa y se registrará por las disposiciones contenidas en este Título.

(Omissis)

Artículo 244. El Fondo estará adscrito al Ministerio de Hacienda a los solos efectos de la tutela administrativa y gozará de autonomía funcional, administrativa y financiera, de conformidad con esta Ley. Igualmente, gozará de los privilegios, franquicias, prerrogativas y exenciones de orden fiscal, tributario y procesal que la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional otorga la Fisco Nacional”.

e) Decreto-Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras (G.O. n° 5.555 del 13 de noviembre de 2001):

Naturaleza jurídica de Fogade

“Artículo 280. El Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria, es un instituto autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente de la Hacienda Pública Nacional. Dicho Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria está adscrito al Ministerio de Finanzas a los solos efectos de la tutela administrativa y se registrará por las disposiciones contenidas en este Título”.

Extensión de privilegios de la República a FOGADE

“Artículo 330. El Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria estará adscrito al Ministerio de Finanzas a los solos efectos de la tutela administrativa y gozará de autonomía funcional, administrativa y financiera, de conformidad con este Decreto Ley. Igualmente gozará de los privilegios, franquicias, prerrogativas y exenciones de orden fiscal, tributario y procesal que la ley otorga a la República”.

Las leyes cuyas normas se transcriben, niegan la procedencia de condenatoria en costas a la República o a la Nación, y a algunos entes públicos, y como lo apuntó la Sala, con ello se pretende que dichas personas morales puedan ejercer las acciones que les competen sin restricciones.

Esta situación, sin embargo, la propia ley puede distenderla, en beneficio de los administrados, al considerar la posible responsabilidad de los entes públicos en relación con perjuicios a los administrados.

Por ello, el Código Orgánico Tributario (G.O. n° 37.305 del 17 de octubre de 2001), incluso desde su aparición en 1982, atenúa los comentados privilegios fiscales, al disponer, en su artículo 327, lo siguiente:

Artículo 327. Declarado totalmente sin lugar el recurso contencioso, o en los casos en que la Administración Tributaria intente el juicio ejecutivo, el Tribunal procederá en la respectiva sentencia a condenar en costas al contribuyente o responsable, en un monto que no excederá del diez por ciento (10%) de la cuantía del recurso o de la acción que de lugar al juicio ejecutivo, según corresponda. Cuando el asunto no tenga una cuantía determinada, el tribunal fijará prudencialmente las costas.

Cuando, a su vez la Administración Tributaria resultare totalmente vencida por sentencia definitivamente firme, será condenada en costas en los términos previstos en este artículo. Asimismo, dichas sentencias indicarán la reparación por los daños que sufran los interesados, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Tributaria.

Los intereses son independientes de las costas pero ellos no correrán durante el tiempo en el que el juicio esté paralizado.

Parágrafo Único: El Tribunal podrá eximir del pago de costas, cuando a su juicio la parte perdedora haya tenido motivos racionales para litigar, en cuyo caso se hará declaración expresa de estos motivos en la sentencia”.

Con esta norma, se derogó un privilegio de vieja data del Fisco Nacional, y ello demuestra que la noción de condena en costas obedece a circunstancias coyunturales que tomó en cuenta el legislador y a las cuales ya se refirió este fallo.

Siendo ello así, a juicio de esta Sala, es una desigualdad injustificable, que la República, y los entes que gozan de tal privilegio, no puedan ser condenados en costas y, en cambio, sí puedan serlo los particulares que litigan contra ella y resulten totalmente vencidos.

Al contrario de lo señalado, tal posibilidad de condena en costas de los particulares, viene a constituir una traba al ejercicio de su derecho contra la República o los entes públicos con tal privilegio, y esa posibilidad obra como una fórmula disuasiva, en perjuicio del derecho de defensa de las partes (artículo 49 constitucional) e indirectamente en el ejercicio del derecho de acceso a la justicia (artículo 26 constitucional).

Respecto de la referida desigualdad que se deriva del mencionado privilegio, la doctrina -tanto patria como foránea- ha recogido su percepción así:

Canova González, Antonio, *Reflexiones para la reforma del sistema contencioso administrativo venezolano*, Colección Contencioso-Administrativo n° 1, Ed. Sherwood, 1998, pp. 247-248.

“(...) Hay que recordar que el proceso, para cumplir totalmente su cometido de justicia, no puede perjudicar a quien tiene la razón; y el privilegio a la República de no ser condenada en costas atenta, en forma frontal, contra ese principio, ya que los particulares, además de encontrarse menoscabados en sus derechos por un ente público que ha incumplido la ley, no obtienen de la Administración Pública una respuesta favorable para solucionar extrajudicialmente la disputa y verse obligados de acudir entonces a un tribunal como demandantes para exigir el respeto de sus derechos, tendrían a fin de cuentas, por más que resulten victoriosos, que haber sufragado los gastos que ese proceso, al cual fueron impulsados, les acarreo.

Poca justicia se hace, claramente, cuando el proceso que es el instrumento arbitrado por el Estado para obligar a los miembros de la sociedad a que respeten las reglas jurídicas, ocasiona daños para el que tiene razón y no para la parte que, por violar precisamente tales reglas y menoscabar en consecuencia los derechos de aquél, resultó perdedora, al fin y al cabo (...).”.

Rondón de Sansó, Hildegard, “El Régimen Contencioso-Administrativo Municipal”, en *Ley Orgánica de Régimen Municipal*, Colección Textos Legislativos n° 10, EJV, pp. 186-187.

“(…) (A)bierta como ha sido la excepción al principio de la no condenatoria en costas de los entes públicos, principio irracional por cuanto es de lógica y de justicia que el actor victorioso, que ha debido defender su derecho a través del proceso, por falta de aquiescencia de la otra parte, incurriendo en ingentes gastos como son los costos y costas del proceso, no se vea compensado con la devolución de las sumas que fueron destinadas a obtener la satisfacción de tal derecho (…)”.

González Pérez, Jesús, en *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Ed. Temis, Bogotá, 1985, pp. 417.

“(…) En algunos ordenamientos, no se admite la condenatoria en costas de los entes públicos. Así, en Colombia, según el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, aplicable supletoriamente al proceso administrativo. Precepto que rígidamente aplicado supondría que el particular que litiga frente a un ente público nunca tendría oportunidad de resarcirse de la costas por él pagadas, aunque venciera en el proceso, mientras que sería condenado al pago de las originadas por el ente público, en caso contrario. Ante tan grave atentado al principio de igualdad, se ha dicho que en el proceso administrativo no cabe tal privilegio, ‘que agrava la situación del actor, quien debe sumar al perjuicio sufrido con la violación de la ley, el valor del gasto que la gestión profesional y la producción de pruebas, como el dictamen pericial, representan’, por lo que ‘hay base jurisprudencial y doctrinal suficiente para que los tribunales administrativos hagan una justa rectificación sobre el particular’ (…)” (las comillas refieren los comentarios emitidos, sobre este particular, por profesor E. Sarría, en *Derecho Procesal Administrativo*, Bogotá, 1963, p. 203).

Por estos motivos, la Sala interpreta que cuando la República o los entes que gozan del privilegio de no ser condenados en costas, obtienen sentencia favorable, no puede condenarse en costas a su contraparte, así ellos hayan dado pie a las demandas en su contra. Esta declaración, la hace la Sala con efectos *ex nunc*, es decir, a partir de la fecha del presente fallo, el cual debe a su vez ser publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela. Así, finalmente, se decide.

Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, discrepa de la mayoría que suscribió la decisión que antecede; en consecuencia, salva su voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

I. La sentencia de la cual se disiente declaró, con motivo de una solicitud de interpretación de los artículos 21, cardinales 1 y 2, y 26 de la Constitución de 1999, que “cuando la República o los entes que gozan del privilegio de no ser condenado en costas, obtienen sentencia favorable, no puede condenarse en costas a su contraparte, así ellos hayan dado pie a las demandas en su contra”, declaración de la Sala a la que, además, se otorgaron efectos *ex nunc* y se ordenó la publicación del fallo en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela.

II. Quien disiente no puede menos que observar, en primer lugar, que la decisión y los pronunciamientos que se recogen en la sentencia de la mayoría no son propios de una solicitud de interpretación constitucional.

En efecto, según el criterio de la Sala, el cual se ha mantenido pacífica y reiteradamente a partir de su decisión de 22-9-00 (Caso: Servio Tulio León) y que, por lo demás, se mantiene en la propia sentencia de la que se disiente, el medio procesal de interpretación constitucional solo procede cuando existan dudas sobre el alcance de determinada norma de la Constitución en relación con un caso concreto. Por ende, la solicitud será inadmisibile, entre otros supuestos (i) cuando no exista duda razonable en cuanto al contenido y alcance de la norma constitucional en cuestión y (ii) cuando se utilice la vía “para sustituir algún medio procesal ordinario a tra-

vés del cual, el juez competente para conocerlo, pueda aclarar la duda planteada. Esto es, cuando mediante su ejercicio se pretenda desbordar el fin esclarecedor de esta acción mero declarativa” (cita textual de la sentencia de la que se disiente).

Considera este voto salvante que el caso de autos ha debido declararse inadmisibile porque se verifican ambas causales de inadmisibilidad. En primer lugar, porque no se planteó *ninguna duda* acerca del contenido y alcance de las normas constitucionales a las que se hace referencia –artículos 21, cardinales 1 y 2, y 26 de la Constitución–; antes por el contrario, se reconoce expresamente la claridad de las mismas y se admite también que lo que pretende el solicitante –y, en definitiva, lo que concedió la Sala– es que se analice si determinadas *normas legales* se adaptan o no a dichas normas constitucionales y, si fuera el caso, cuál ha de ser la “interpretación constitucionalizante” de esas normas de Ley. Bastaba tal comprobación, pues, para que sea declarada la inadmisibilidad de la solicitud.

Pero, además, y en segundo lugar, se evidencia que la demanda estaba incurso en la segunda de las causales de inadmisibilidad que antes fueron mencionadas, pues, en definitiva, se empleó la vía de la solicitud de interpretación constitucional para la sustitución de un medio procesal ordinario: el recurso de inconstitucionalidad de Leyes, a través del cual debió plantearse la pretensión objeto de este caso, a saber, que se analizara si algunos de los preceptos de determinadas Leyes, como la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, el Código de Procedimiento Civil, la Ley Orgánica de la Administración Pública, el Decreto-Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, entre otras, se adaptan o no a los artículos 21 y 26 de la Constitución de 1999.

De allí que, para quien disiente, es harto evidente que, en el caso concreto, se desbordó el fin esclarecedor de esta acción mero declarativa, pues la Sala se pronunció sobre la constitucionalidad de preceptos legales, aun cuando no los anulara. Así, los pronunciamientos del fallo con relación a que “*es una desigualdad injustificable, que la República, y los entes que gozan de tal privilegio, no puedan ser condenados en costas y, en cambio, sí puedan serlo los particulares que litigan contra ella y resulten totalmente vencidos*”, son propios de un juicio de inconstitucionalidad de normas legales, concretamente de las que otorgan dichos privilegios procesales a determinados entes públicos, y no es, en modo alguno, un pronunciamiento mero declarativo acerca del alcance y contenido de normas constitucionales.

En abundancia, la Sala procedió, mediante “su criterio interpretativo”, a dejar implícitamente sin efecto normas legales vigentes, pues al declarar que no puede condenarse en costas a la contraparte de la República y demás entes que gozan de los mismos privilegios procesales, se desaplicó, respecto de ese universo de procesos judiciales, el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil, según la cual “*a la parte que fuere vencida totalmente en un proceso o en una incidencia se la condenará al pago de las costas*”. Se trata, se insiste, de un pronunciamiento propio de una demanda de nulidad y no de una solicitud de interpretación de normas constitucionales.

Con tal pronunciamiento se contradujo el propio criterio de la Sala, la cual ha declarado inadmisibile aquellas solicitudes de interpretación que buscan sustituir el medio procesal ordinario del recurso de inconstitucionalidad de normas legales (entre otras, ss. de 22-9-00, caso Servio Tulio León; de 19-7-01, caso Clodosbaldo Russian Uzcátegui; de 2-8-01 caso Germán Mundaraín Hernández; y de 16-6-03, caso Freddy Alfonso Vielma).

III. En todo caso, el razonamiento que se sigue en la sentencia de la mayoría sentenciadora es, si se quiere, contrario al sentido común y a elementales principios de Derecho Procesal. Luego de realzar la importancia de la igualdad de partes procesales, derecho a la defensa y al acceso a la justicia, la Sala no concluyó señalando que la República y demás entes públicos deben someterse a la condena en costas –lo cual habría requerido de la previa declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes que preceptúan tal prerrogativa– sino que, por el contrario, decidió “extender” ese privilegio procesal respecto de los particulares que sean sus contrapartes en juicio.

Con tal criterio se olvida la importancia y el fin que la institución de la condena en costas tiene en el Derecho Procesal, la cual busca que quien obtenga la razón en juicio vea económicamente resarcidos los perjuicios que le causó el sostenimiento del proceso. Así lo explica la doctrina procesalista, cuando enseña que la concepción objetiva de la condenatoria en costas, que es la que rige en el ordenamiento procesal venezolano vigente, implica lo siguiente:

“El principio ‘objetivo’ se funda hoy en la consideración de que el derecho debe ser reconocido como si lo fuese al momento de la proposición de la demanda: **Todo aquello que fue necesario para su reconocimiento ha concurrido a su disminución y debe ser reintegrado al sujeto de derecho, de modo que éste no sufra detrimento por el juicio.** Tiene así la condena en costas, la naturaleza de un ‘resarcimiento’ que tiene lugar cada vez que debe actuarse jurisdiccionalmente un derecho contra alguno; naturaleza que es esencialmente procesal, porque la condena en costas es la consecuencia de la necesidad del proceso y se explica con el principio fundamental de que la sentencia debe actuar la ley como si esto ocurriese al momento mismo de la demanda judicial” (Rengel Romberg, Aristides, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*, Volumen II, Editorial Arte, tercera edición, Caracas, 1992).

De allí, precisamente, que la mayoría sentenciadora considerara que la ausencia de condenatoria en costas implica, para los particulares que litiguen en contra de la República y demás entes públicos privilegiados, una merma al derecho a la tutela judicial efectiva y al derecho de acceso a la justicia, pues aún cuando obtengan la razón en juicio, la parte victoriosa cargará injustificadamente con los perjuicios patrimoniales que le causó el seguimiento del proceso; y una merma, también, del derecho a la igualdad, pues si es la parte contraria –el ente público– quien eventualmente obtiene la razón en ese proceso, sí vería satisfecho su derecho al resarcimiento patrimonial con el pago de las costas.

Ahora bien, lo que no tiene sentido es que, para evitar la discriminación que se plantea como consecuencia de dicho privilegio procesal de determinadas personas jurídico-públicas, esta Sala declare que ninguna de las partes tendrá la obligación de pago de las costas procesales y, en consecuencia, al verse ambas perjudicadas en su derecho al resarcimiento patrimonial, se “extingue” la actual discriminación procesal.

De manera que, con la conclusión a la que se llega en este fallo, el perjuicio que se causa al derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares que sean contraparte en juicio de la República y demás entes públicos privilegiados, porque no pueden ver satisfecha su pretensión de condena en costas en contra de éstas, es un perjuicio que, ahora, se causará también a los entes públicos privilegiados cuando sean éstos quienes obtengan la razón en juicio. En definitiva, una situación que el propio fallo considera inconstitucional –la imposibilidad de condena en costas– porque viola los derechos fundamentales que antes se señalaron, se extiende ahora ambas partes procesales, “evitando” así una desigualdad de trato.

Ante tal situación, lo procedente sería, siempre que ello se dilucide a través de los medios procesales ordinarios, que la Sala realizara ese mismo análisis de la constitucionalidad de las normas que disponen tal privilegio procesal y, si fuera el caso, anularlas para que ninguna de las partes se vea discriminada ni lesionada en su derecho al resarcimiento económico cuando resulte totalmente vencedora al final del juicio.

Por último, resta apuntar que resulta paradójico cómo la sentencia de la mayoría se ampara, para llegar a las conclusiones de las que se discrepan, en criterios de la más autorizada doctrina procesal administrativista venezolana y extranjera, cuando el criterio de tales autores y, en general, el de toda la doctrina, es el contrario al de la Sala: que ante la existencia de un injustificado y discriminatorio privilegio procesal, que, en consecuencia, resulta inconstitucional, debería eliminarse y permitirse, por derivación la condenatoria en costas de todo ente público, con el fin de acabar con ese reducto de inmunidad administrativa frente al pleno control judicial de la Administración Pública.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado Disidente

TSJ-SC (902)

14-5-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: C.V.G. Bauxilum C.A. vs. (Revisión de sentencia)

La consulta obligatoria prevista en el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, no puede ser asimilada a la consulta obligatoria prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, ya que la misma, así como las prerrogativas a que alude el artículo 63 *eiusdem*, persiguen resguardar los intereses patrimoniales de la República y de todos aquellos entes públicos sobre los que aquella tenga derechos, no con el objetivo de evitar la responsabilidad del Estado, sino de impedir afectaciones en el cumplimiento de sus fines fundamentales establecidos en el ordenamiento jurídico, mediante el equilibrio entre los derechos de las personas y las potestades y obligaciones de la República.

Adicionalmente, no puede la Sala dejar de pronunciarse respecto de la interpretación hecha por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, en su sentencia del 29 de febrero de 2003, en cuanto a la improcedencia de la consulta obligatoria del fallo prevista en los artículos 63 y 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en aquellos casos en los que la representación judicial de la República haya interpuesto recurso de apelación y, posteriormente, haya desistido en forma tácita o expresa de continuar con dicho medio de impugnación, no obstante haber sido condenada o vencida la República en sus derechos e intereses en el primer grado de jurisdicción, por estimar que, al igual que ocurre con la consulta obligatoria del fallo en materia de amparo constitucional, la del artículo 70 del referido Decreto con Fuerza de Ley sólo tiene lugar cuando la parte afectada (la República) no apela del fallo que le fue desfavorable, quedando descartada cuando aquella apela tempestivamente del fallo, independientemente de que sea tramitada o no en su totalidad la apelación.

Al respecto debe advertirse que la consulta obligatoria prevista en el artículo 70 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, hasta tanto sea derogada por el legislador nacional o sea declarada por la jurisdicción constitucional su nulidad por motivos de inconstitucionalidad, no puede ser asimilada a la consulta obligatoria prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que se refiere a la tutela de situaciones jurídicas subjetivas particulares, y debe ser efectuada sin excepción por los Tribunales Superiores que sean competentes en cada caso (sin perjuicio de la potestad de todos los jueces de la República de velar por la integridad de la Constitución, de acuerdo al artículo 334 de la Carta Magna, cuando la aplicación de la norma legal en el caso concreto pueda, por ejemplo, ocasionar la violación de derechos o garantías constitucionales), ya que la misma, así como las prerrogativas a que alude el artículo 63 *eiusdem*, persiguen resguardar los intereses patrimoniales de la República y de todos aquellos entes públicos sobre los que aquella tenga derechos, no con el objetivo de evitar la responsabilidad del Estado, sino de impedir afectaciones en el cumplimiento de sus fines fundamentales establecidos en el ordenamiento jurídico, mediante el equilibrio entre los derechos de las personas y las potestades y obligaciones de la República

2. El Poder Nacional

A. Competencias: Legislación en materia de loterías, hipódromos y apuestas en general

TSJ-SC (886)

13-5-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas dictada por el Municipio Iribarren del Estado Lara, publicada el 19-10-1994.

Es al Poder Nacional (a través de la Asamblea Nacional) a quien corresponde originariamente ese mandato para legislar en materia de loterías, hipódromos y apuestas en general, por lo que no pueden otros entes político-territoriales legislar sobre tal materia.

En el presente caso, el instrumento legal impugnado es la Ordenanza sobre Juegos y Apuestas del Municipio Iribarren del Estado Lara, la cual tiene por objeto, regular e imponer los gravámenes sobre los juegos y apuestas, que se pacten en el referido Municipio.

Para decidir, la Sala estima oportuno revisar en primer lugar, el alcance de la autonomía normativa y financiera de los municipios, la cual ha sido descrita por la jurisprudencia de la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia (Caso: Heberto Contreras Cuenca, de fecha 13 de noviembre de 1989), en los siguientes términos:

“La Constitución confiere autonomía normativa limitada a las Municipalidades, entendida ella no como el poder soberano de darse su propia ley y disponer de su existencia, que sólo le corresponde a la República de Venezuela, sino como el poder derivado de las disposiciones constitucionales de dictar normas destinadas a integrar el ordenamiento jurídico general, en las materias de su competencia local, incluso con respecto a aquellas que son de la reserva legal; circunstancia ésta que ha dado lugar a que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal haya otorgado carácter de ‘leyes locales’ a las ordenanzas municipales. En cuanto al valor normativo de esas fuentes de derecho emanadas de los Municipios, en algunos casos se equiparan a la Ley Nacional, supuestos en los cuales se da una relación de competencia, mientras que en otros deben subordinarse a las leyes nacionales y estatales, supuestos en los cuales se da una relación de jerarquía normativa, todo ello según lo predispuesto en el texto constitucional.

La Constitución atribuye autonomía financiera y tributaria a los Municipios dentro de los parámetros estrictamente señalados en su artículo 31, con las limitaciones y prohibiciones prescritas en los artículos 18, 34 y 136 del mismo texto constitucional, derivadas de las competencias del Poder Nacional, a fin de garantizar la autosuficiencia económica de las entidades locales. No obstante, la Constitución sujeta a la Ley nacional y a las leyes estatales, el aporte que reciben las Municipalidades, por intermedio de los Estados, del Poder Nacional, al cual se denomina Situado Constitucional. Por lo que respecta a los límites de la autonomía tributaria municipal, su ejercicio debe supeditarse a los principios de la legislación reglamentaria de las garantías constitucionales, que corresponden al Poder Nacional, ya que la legalidad tributaria es una garantía ligada al surgimiento mismo del Estado de Derecho.”

Con los cambios sufridos en la Constitución de 1999, se mantienen en vigencia los límites de la autonomía tributaria municipal a que se refiere la sentencia. Por otra parte, la situación está igualmente reflejada en los artículos 136 y 137 *eiusdem*, por lo que podemos afirmar, que además de exigir la competencia del órgano y del funcionario que dicte el acto, la

Constitución y las leyes establecen que el mismo se produzca conforme a unas normas determinadas, porque la función pública no puede ser ejercida de manera arbitraria, sino dentro del marco de actuación que ellas señalan, de lo contrario, se ocasiona la nulidad del acto que se dicte contraviniendo las disposiciones constitucionales y legales.

En cuanto al recurso en estudio, manifiesta el Fiscal, que la inconstitucionalidad e ilegalidad de la Ordenanza impugnada, deviene porque la misma adolece de vicio en el objeto y de vicio por incompetencia, al incurrir el Concejo en referencia en usurpación de funciones.

Conforme se conoce el principio de reserva legal en materia de tributos a las apuestas lícitas se encontraba contenido en la Constitución de 1961, vigente para la época en que se incoa el presente recurso, en el artículo 136, numerales 8 y 24 y actualmente se reproducen en la Constitución de 1999, en el artículo 156, numerales 12 y 32, cuyo texto dice:

“Artículo 156.

Es de la competencia del Poder Público Nacional:

...12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especias alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas de tabaco, y los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución y la ley.

...32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciario, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y población; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; **la de loterías, hipódromos y apuestas en general**; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.(negritas de la Sala)...”.

La reserva legal allí establecida no permite que, válidamente, ningún otro poder que no sea el Nacional, dicte leyes que regulen la materia señalada en dicho artículo, así como las citadas en los numerales transcritos, en el cual, en el último, se encuentra especialmente citada la reserva legal con respecto a las loterías, hipódromo y apuestas en general, las cuales sólo son competencias del Poder Público Nacional. Por otra parte, el artículo 113 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, establece la competencia de los Municipios en la siguiente forma:

“Artículo 113.

El Municipio, además de los ingresos que señala el artículo 31 de la Constitución de la República, tendrá los siguientes:

1° El gravamen sobre los juegos y apuestas lícitas que pacten en su jurisdicción. Dicho impuesto no excederá del cinco por ciento (5%) de lo monto de lo apostado, cuando se origine en sistemas de juegos establecidos nacionalmente por algún Instituto Oficial. En este caso, el monto del impuesto se adicionará a los apostadores y el Municipio podrá recaudarlo directamente o por medio de los selladores de formularios de juego o expendedores de boletos o billetes, quienes en tal caso actuarán como agentes de recaudación del impuesto, todo de conformidad con lo previsto en la Ordenanza respectiva. Las ganancias derivadas de apuestas sólo quedaran sujetas al pago de impuestos nacionales.

Único: El Municipio no podrá dictar normas sobre la creación y funcionamiento de loterías, hipódromos y apuestas en general...”.

La Ley Orgánica de Régimen Municipal, en dicho artículo se refiere al artículo 31 de la Constitución de 1961, que corresponde al artículo 179 de la Constitución vigente, en el cual se consagran los ingresos que corresponden a los entes locales. Conforme a tales disposiciones, si bien los Municipios, tienen competencia para **gravar** los juegos y apuestas lícitas en su jurisdicción, no están facultados para **regular** ni **crear** juegos, como se expresa en el artículo 18 de la Ordenanza impugnada, donde se dice que *“El permiso para el funcionamiento de los juegos y apuesta (sic) a que se refieren los ordinales 2, 3, 4, y 6 del artículo 2 de la presente ordenanza serán reglamentados por el Alcalde y otorgados por él mediante resolución motivada”*.

Debemos señalar que, el Alcalde del Municipio Iribarren del Estado Lara sancionó el Reglamento n° 1 de la Ordenanza de Impuestos sobre creación y funcionamiento de loterías el 4 de enero de 1995, con fundamento en el artículo 74, numeral 3 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y en el artículo 2 del reglamento en referencia, define lo que considera como juegos y apuestas.

No obstante dicho basamento legal no puede invadir esferas de competencia, que conforme a la Constitución están reservadas para el Poder Nacional, como es la prevista en el numeral 24 del artículo 136 de la Constitución, relativa a la legislación de loterías, hipódromos y apuestas en general y que en un sentido amplio, esta referida al establecimiento de normas que regulen su creación y funcionamiento.

La Ordenanza del 19 de octubre de 1994, publicada en la Gaceta Municipal n° 797 del Municipio Iribarren impugnada, según manifiesta el Fiscal en su escrito, tomó en cuenta lo establecido en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, pero sólo en lo relativo al establecimiento por parte del numeral 1 del artículo 113 de la referida Ley, de situar entre los ingresos municipales, el gravamen sobre los juegos y apuestas que se pacten en dicho Municipio, pero no en lo que se refiere a que tal gravamen debe imponerse sobre los juegos y apuestas lícitas.

Tal criterio se desprende de la exposición de motivos de la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas, en la cual se reseña la importancia de la regulación normativa por parte del Estado sobre los juegos de envite y azar lucrativos, fundamentándose en que es una realidad, la presencia de estos juegos en toda sociedad, pero olvidándose que, es la finalidad de lucro, justamente la que determina su ilicitud, conforme a lo establecido en el artículo 535 del Código Penal.

Sobre este punto la Sala observa que, efectivamente en el instrumento impugnado, se hace referencia a los juegos y apuestas que se pacten en la jurisdicción del Municipio Iribarren, sin hacer referencia, ni distinción sobre los fines perseguidos por tales juegos y apuestas, incluyendo los que tienen fines de lucro y son por lo tanto ilícitos, como los que no tienen, y, es el gravamen sobre éstos últimos, lo que constituyen una de las fuentes de los ingresos del Municipio, de conformidad con lo establecido en el numeral 1 del artículo 113 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En consecuencia estima ajustado a derecho la solicitud que hace el Fiscal sobre la Ordenanza en referencia, basado en el vicio de inconstitucionalidad, porque efectivamente se está violando la disposición constitucional que regula la materia (artículo 136, numeral 24 de la Constitución de 1961 vigente para la época en que se presentó el recurso, hoy recogida en el artículo 156, numeral 32 de la Constitución vigente).

Igualmente del examen de los artículos transcritos del texto de la Constitución del Estado Lara, en el escrito presentado por el Fiscal General de la República, encuentra la Sala que, del contenido de los artículos números 1, 9, 10, 17, literal h, 89 y 90, que determinan la naturaleza jurídica del Estado Lara, como entidad federal, su sujeción a la Constitución y a

las leyes nacionales, se puede concluir que al regular la materia de juegos y apuesta, ha contravenido las disposiciones legales vigentes, así como la reserva legal que la Constitución señala para el Poder Nacional, de manera exclusiva sobre las loterías, hipódromos y apuestas en general.

Con lo cual, a criterio de esa Sala, efectivamente la Ordenanza en examen adolece del vicio de inconstitucionalidad denunciado por el Fiscal General de la República y así se declara.

La Sala pasa a examinar lo relativo al vicio de usurpación de funciones, que también le atribuye el Fiscal en su recurso a la citada Ordenanza, en cuanto a que:

a) Un órgano de una de las ramas del Poder Público Territorialmente considerado, el Poder Municipal, ejerció funciones del Poder Nacional y

b) Un órgano de la rama ejecutiva del Poder Público Local, funcionalmente considerado, ejerció funciones de otro órgano del Poder Público, el Poder Legislativo Nacional (Congreso de la República, hoy Asamblea Nacional).

Del examen, de la disposición constitucional vigente para la fecha en que se presenta el recurso que era la Constitución de 1961 y del artículo 156, numeral 32 de la Constitución de 1999, encuentra la Sala que ambas son del mismo tenor, por lo que se ha mantenido actualmente, la reserva legal sobre la legislación relativa a los juegos y apuestas, atribución que le está atribuida al Poder Nacional.

Debe la Sala dejar claro, que es al Poder Nacional (a través de la Asamblea Nacional) a quien corresponde originariamente ese mandato para legislar en materia de loterías, hipódromos y apuestas en general, por lo que no pueden otros entes político-territoriales legislar sobre tal materia.

Los artículos 1, 2 y 18 de la Ordenanza impugnada establecen:

“Artículo 1.

La presente Ordenanza tiene por objeto establecer los gravámenes sobre los juegos y apuestas que se pacten dentro de la jurisdicción del Municipio Iribarren, conforme a lo previsto en la Ley Orgánica de Régimen Municipal”.

“Artículo 2.

A los efectos de esta ordenanza se entenderán por juegos y apuestas los siguientes:

- 1.- Los triples, terminales y quinielas.
- 2.- Los remates de caballos.
- 3.- Las carreras de galgos y riñas de gallos.
- 4.- Los casinos.
- 5.- Los juegos de diversión efectuados por aparatos o maquinas accionadas con monedas o fichas.
- 6.- Los juegos realizados mediante tablas, tales como Bingo en forma tradicional o computarizada”.

“Artículo 18.

El permiso para el otorgamiento de los juegos y apuestas a que se refieren los ordinales 2,3,4 y 6 del artículo 2 de la presente Ordenanza serán reglamentados por el Alcalde y otorgados por él mediante resolución motivada ...”.

En el Reglamento nº 1 de la Ordenanza, artículo 2 se dice:

“Artículo 2.

A los fines de definir los juegos a que se contraen los ordinales 2º, 4º, y 5º del artículo 2 de la Ordenanza de Impuestos sobre Juegos y Apuestas, se entiende lo siguiente:

- a) Casino: Son todas aquellas Salas de Diversión donde se encuentran instaladas mesas de juegos tales como: Black Jack, Pocker, Ruletas, Craps, Baccarat, etc.
- b) Remates de Caballos: Son aquellos juegos mediante el cual se subasta al mejor postor el derecho a elegir el ejemplar ganador en cada una de las carreras objeto de remate.
- c) Bingo: Son los juegos efectuados mediante tablas o cartones cuya ganancia o acierto depende de la concordancia de todos o algunos de sus números con los favorecidos en el sorteo.

El Municipio Iribarren del Estado Lara, en su Ordenanza no se limitó a determinar los gravámenes que le correspondieran sobre los juegos y apuestas lícitas que se establecieran en su jurisdicción como se lo permite la Ley Orgánica de Régimen Municipal, sino que al regular no determina específicamente sólo a las apuestas lícitas, que son sobre las cuales pueden recabar sus impuestos los Municipios, va mas allá, al establecer normas sobre creación y regulación de funcionamiento, cuya competencia no le está atribuida.

Tal como se expuso en sentencia de la Corte en Pleno del 24 de noviembre de 1998 (Caso Fiscal General de la República vs. Ordenanza sobre Apuestas Lícitas del Municipio Zamora del Estado Miranda), en relación al artículo 113 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal:

“...se deduce claramente que el Congreso ha legislado sobre la materia de juegos y apuestas lícitas cuando éstas se pacten en los municipios, otorgándole a estos entes locales parte de esa competencia genérica. Siendo ésta una norma que está vigente ya que la misma no ha sido sustituida por ninguna otra, las Ordenanzas municipales que se dicten en ejecución de dicha disposición deben tenerse como válidas y conformes con la Ley y la Constitución. Ahora bien, habría que determinar cuál es el alcance de esta competencia que la Ley le da a los municipios en esta materia.

Al respecto, se excluyen de forma expresa una facultad de regulación de la actividad. Así, en el aparte único del artículo 113, se establece que el Municipio no podrá dictar normas sobre la creación y funcionamiento de loterías, hipódromos y apuestas en general. La facultad de estos entes locales se reduce, por tanto, a establecer gravámenes sobre los juegos y apuestas lícitas que se pacten en su jurisdicción. Dicha facultad, en todo caso, tiene una limitación en cuanto a la alícuota que se debe cobrar cuando se trate de juegos y apuestas que se originen en sistemas de juegos establecidos nacionalmente por algún Instituto Oficial, en cuyo caso, el impuesto no excederá del cinco por ciento (5%) del monto de lo apostado. Se convierte así el Municipio en un agente recaudador del impuesto, por sí o por intermedio de los selladores de formularios de juego o expendedores de boletos o billetes; y, para el cumplimiento de esa función (recaudadora) la Ley deja a las Cámaras Municipales -a través de Ordenanzas- la posibilidad de dictar las normas a tal efecto.

(...)

En suma, los Concejos Municipales pueden:

- 1.- Establecer gravámenes sobre todos los juegos y apuestas que se pacten en su jurisdicción, los cuales no podrán exceder del cinco por ciento (5%) cuando los mismos se originen en sistemas de juegos establecidos por algún Instituto Oficial.*
- 2.- Dictar las Ordenanzas para regular la actividad del Municipio como agente recaudador -por sí o por intermedio de los selladores de formularios de juegos o expendedores de boletos o billetes- del impuesto generado por los juegos que se pacten en su jurisdicción que se originen en sistemas de juegos establecidos por algún Instituto Oficial.*

Las anteriores consideraciones establecidas por esta Corte sobre la competencia de los Municipios en materia de regulación de apuestas en general, constituye una matización del criterio sentado por este Alto Tribunal en anteriores oportunidades (entre otras, sentencias del 1° de abril de 1998, Expedientes 905 y 906), en el sentido de que si bien la regla es la existencia de una reserva legal nacional en esta materia, sin embargo, los entes municipales tienen atribuida por Ley ciertas competencias, como fuera declarado precedentemente.”

Se evidencia en consecuencia, que si bien los Municipios gozan de una potestad tributaria, ésta se encuentra limitada y debe ejercerla conforme a lo previsto en la Constitución.

Siendo ello así, es evidente que el Municipio ha asumido funciones que no le corresponden, ya que:

a.- En la exposición de motivos se dice que *“En toda sociedad se presenta la realidad de los juegos lucrativos. De allí la importancia, por parte del Estado de establecer la normas que regulen el desarrollo de estos juegos de invite (sic) y azar”*.

Así mismo, a lo largo de toda la Ordenanza, no se hace referencia a la regulación de dichos juegos y a los fines de los mismos, no haciendo distinción entre los juegos lucrativos, olvidando que es precisamente la finalidad de lucro del juego lo que hace su licitud o ilícitud, tal como lo establece el artículo 535 del Código Penal, donde se dice:

“Artículo 535.

Para determinar las consecuencias de la ley penal, se consideran como juegos de envite o de azar, aquellos en que la ganancia o la pérdida, con un fin de lucro dependa entera o casi enteramente de la suerte.

En lo que concierne a las faltas previstas en los artículos precedentes serán considerados, lugares públicos o abiertos al público, no sólo los propiamente tales, sino también los lugares destinados a reuniones privadas en que se paga algo por jugar, y aquellos en que, aún sin pagar, tiene entrada toda persona que quiera jugar”.

Como puede observarse, de la lectura del texto de la Ordenanza impugnada, así como del Reglamento n° 1, en ningún momento se hace distinción de los fines que se persiguen con dichos juegos, incluyendo los que tienen fines de lucro, y son en consecuencia, ilícitos, como a los que no lo tienen, y no toman en cuenta que es sólo el gravamen de los que no tienen fines de lucro, los que constituirían una de las fuentes de ingreso del Municipio.

b.- El vicio de usurpación igualmente se encuentra en el artículo 18 de la Ordenanza, donde se define, a los efectos de esa Ordenanza, que se entiende por juegos o apuestas, sin indicar que se trata de apuestas y juegos lícitas, y se dice igualmente que el otorgamiento de dichos permisos será reglamentado por el Alcalde y otorgados por él mediante resolución motivada.

La facultad que tiene el Alcalde para dictar reglamentos, decretos, resoluciones y demás actos administrativos, no le permite en el ejercicio de tal función, invadir la esfera de competencia que le corresponde a otros entes, y mucho menos las que conforme a la Constitución, le están reservadas al Poder Nacional. Por otra parte, el Reglamento n° 1 que en ocasión de tal Ordenanza, sancionó el Alcalde, al determinar las disposiciones que regirán para el otorgamiento de los permisos correspondientes, establece toda una serie de normas que regulan el funcionamiento de los casinos, la superficie mínima, condiciones ambientales, número de mesas, máquinas y demás tipos de juego, para el otorgamiento de permisos para la instalación y funcionamiento de remate de caballos, carreras de galgo, riñas de gallos y juegos realizados mediante tablas, tales como bingo, en forma tradicional y computarizado. También contempla las condiciones que deben reunir las edificaciones e instalaciones, para que puedan funcionar conjuntamente los casinos y bingos.

De acuerdo a lo preceptuado en dicho reglamento que fue sancionado con fundamento en el artículo 18 de la Ordenanza en examen, se desprende que el Estado Lara está ejerciendo una función del Poder Nacional y funcionalmente el Concejo Municipal del Municipio Iribarren está ejerciendo una función legislativa, que constitucionalmente, está reservada al Poder Legislativo Nacional, en virtud del artículo 139 de la Constitución.

En consecuencia, la Sala considera que, efectivamente existe una incompetencia del Concejo Municipal del Municipio Iribarren, al usurpar funciones que corresponden al Poder Nacional, por cuanto se están quebrantando directamente normas constitucionales, ya que la legislación sobre loterías está reservada al Estado, como tantas veces se ha indicado, de conformidad con lo establecido en los artículos 136, numeral 24 y 139 de la Constitución, por lo que ningún órgano distinto del extinto Congreso, hoy Asamblea Nacional está facultado para legislar sobre esta materia.

Conforme a lo expuesto, resulta ajustada a derecho la solicitud planteada por el Fiscal General de la República, de nulidad por ilegalidad e inconstitucionalidad de la Ordenanza de Impuesto sobre Juegos y Apuestas del 19 de octubre de 1994, conforme al contenido de los artículos 1, 2 y 18 de la Ordenanza y a la disposición penal citada, lo que además de la incompetencia del Poder Municipal, hace procedente la nulidad y así se decide.

Ahora bien de acuerdo con lo previsto en los artículos 119 y 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia se deben determinar los efectos en el tiempo de las decisiones anulatorias de las normas.

En tal sentido, la Sala por razones de certeza y seguridad jurídica, fija los efectos de esta decisión a partir de la publicación de este fallo en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela, es decir, le otorga efectos *ex nunc*.

Por lo cual, la Sala considera que efectivamente el Municipio Iribarren del Estado Lara, usurpó las funciones del Poder Nacional al dictar la Ordenanza impugnada por el Fiscal y, en consecuencia, debe declararse con lugar el recurso de nulidad por inconstitucionalidad e ilegalidad incoado por el Fiscal General de la República contra la Ordenanza sobre Juegos y Apuestas sancionada por el Concejo Municipal del Municipio Iribarren del Estado Lara, del 19 de octubre de 1994.

La declaratoria que antecede no prejuzga sobre la responsabilidad en que pudieron incurrir los legisladores municipales al haber dictado una ordenanza en flagrante usurpación de funciones del Poder Legislativo Nacional y violando de esa manera el principio de reserva legal nacional contenido en la Constitución. Así se decide.

B. *El Poder Ejecutivo*

- a. *El Presidente de la República. Las Faltas absolutas: Efectos de la revocatoria popular del mandato.*

TSJ-SC (1173)

15-6-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La revocatoria popular del mandato del Presidente de la República, de conformidad con los artículos 72 y 233 de la Constitución, acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente. En tal caso, señala la Sala Constitucional que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución, según la cual los Diputados a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuere revocado de conformidad con el mecanismo previsto en el artículo 72 *ejusdem*, no podrán optar a cargos de elección popular en el siguiente período, no es aplicable al Presidente de la República.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aun cuando prevé el referendo como medio de participación política en su artículo 70 y regula sus modalidades, esto es, consultivo, revocatorio, aprobatorio y abrogatorio, en los artículos 71 al 74, respectivamente y, además, señala los efectos respecto de la elegibilidad pasiva de los diputados a la Asamblea Nacional cuyo mandato fuere revocado, nada señala sobre los demás funcionarios electos mediante el sufragio, el Presidente de la República entre ellos.

Ahora bien, el artículo 233 del Texto Fundamental prevé que la revocatoria popular del mandato conferido al Presidente de la República constituye una falta absoluta, la cual debe suplirse del modo previsto en dicha disposición, que, a la letra, señala lo siguiente:

“Artículo 233. Serán faltas absolutas del Presidente o Presidenta de la República: su muerte, su renuncia, o su destitución decretada por sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, su incapacidad física o mental permanente certificada por una junta médica designada por el Tribunal Supremo de Justicia y con aprobación de la Asamblea Nacional, el abandono del cargo, declarado como tal por la Asamblea Nacional, así como la revocación popular de su mandato.

Cuando se produzca la falta absoluta del Presidente electo o Presidenta electa antes de tomar posesión, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Presidente o Presidenta de la Asamblea Nacional.

Si la falta absoluta del Presidente o Presidenta de la República se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal, directa y secreta dentro de los treinta días consecutivos siguientes. Mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o la nueva Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República el Vicepresidente Ejecutivo o la Vicepresidenta Ejecutiva.

En los casos anteriores, el nuevo Presidente o Presidenta completará el período constitucional correspondiente. Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva asumirá la Presidencia de la República hasta completar dicho período” (Negrillas de este fallo).

De conformidad con la norma transcrita, la revocatoria del mandato otorgado al Presidente de la República, conforme al mecanismo previsto en el artículo 72 de la Carta Magna, generaría una falta absoluta de dicho funcionario, la cual sería cubierta de los modos siguientes:

a.- Si la revocatoria del mandato opera antes de concluido el cuarto año de su período constitucional (en el caso del corriente, de conformidad con lo señalado por esta Sala en sus sentencias núms. 457/2001 y 759/2001, del 5 de abril y 16 de mayo de 2001, respectivamente, casos: Francisco Encinas Verde y otros, y Willian Lara, en su orden; antes del 19 de agosto de 2004), tal falta sería cubierta por un nuevo Presidente de la República, resultante de una nueva elección universal, directa y secreta a realizarse dentro de los treinta (30) días consecutivos siguientes a la revocatoria, al cual correspondería concluir el período en curso; y

b.- En el caso de que la revocatoria se produzca durante los últimos dos años del período constitucional (en el caso del presente período presidencial, si se produjera con posterioridad al 19 de agosto de 2004), la falta sería cubierta por el Vicepresidente Ejecutivo o Vicepresidenta Ejecutiva, quien asumiría la Presidencia de la República hasta completar dicho período. Visto lo anterior, esta Sala observa que la revocatoria popular del mandato del Presidente de la República, de conformidad con los artículos 72 y 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente.

Ahora bien, de las alegaciones vertidas por el solicitante, se desprende que al Presidente de la República debería aplicársele, igualmente, la disposición contenida en el artículo 198 de la Carta Magna, el cual establece una restricción a los Diputados de la Asamblea Nacional para postularse a cargos de elección popular en el período siguiente a la revocatoria popular de su mandato.

En tal sentido, la Sala juzga que de ser cierta tal afirmación constituiría una limitación al ejercicio de un derecho fundamental, cual es, el derecho a la participación del Presidente de la República (*cf.* sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia del 5 de diciembre de 1996, caso: Ley de División Político-Territorial del Estado Amazonas), en una de sus vertientes, el derecho de postulación, consagrado en el último párrafo del artículo 67 de la Carta Magna, el cual textualmente dispone:

“Artículo 67. (...)

Los ciudadanos y ciudadanas, por iniciativa propia, y las asociaciones con fines políticos, tienen derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas. El financiamiento de la propaganda política y de las campañas electorales será regulado por la ley. Las direcciones de las asociaciones con fines políticos no podrán contratar con entidades del sector público” (negritas de la Sala).

Además de lo antes dicho, dicha restricción no se encuentra en la Constitución ni en ley alguna, y pertinente es señalar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita y ratificada por Venezuela (*Gaceta Oficial* n° 31.256 del 14 de junio de 1977), la cual, de conformidad con el artículo 23 de la Constitución, es de aplicación preferente cuando contenga disposiciones sobre el goce y ejercicio de los derechos humanos más favorables a las establecidas en el ordenamiento interno, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público. Dicha Convención, en su artículo 30, dispone lo siguiente:

“Artículo 30. Alcance de las Restricciones.

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”.

Sobre dicho artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su opinión consultiva n° 6 del 9 de mayo de 1986, precisó:

“La expresión leyes, en el marco de la protección a los derechos humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado”.

En concordancia con lo antes señalado, las restricciones al derecho de participación política, derecho consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser expresas, y figurar en la Carta Magna o en leyes en sentido formal.

Así las cosas, dado que el artículo 124 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política remite, respecto de las condiciones de elegibilidad del Presidente de la República, a lo dispuesto por la Constitución y, puesto que las únicas restricciones existentes en el Texto Fundamental para optar a dicho cargo son las contenidas en sus artículos 65, 227 y 229, y ninguno de ellos señala la revocatoria popular del mandato como causal de inhabilitación para ejercerlo, debe entenderse, por argumento a contrario, que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela no es aplicable respecto del Presidente de la República.

En complemento de lo anterior, la Exposición de Motivos de la Carta Magna, la cual, aun cuando “*constituye simplemente una expresión de la intención subjetiva del Constituyente, y tiene el único fin de complementar al lector de la norma constitucional en la comprensión de la misma*” (cfr. sentencia n° 93 del 6 de febrero de 2001, caso: Corpoturismo), contiene una ilustrativa mención que permite deducir la intención del Constituyente con relación a los efectos del referendo revocatorio aplicado a los Diputados a la Asamblea Nacional y su distinción con los efectos producidos por dicho mecanismo sobre los demás funcionarios electos popularmente. Señala la Exposición de Motivos, a la letra, lo que sigue:

“En cuanto al control sobre los diputados, se busca el ejercicio efectivo y eficiente de la función parlamentaria, al tiempo que obliga a la vinculación con las entidades federales y el pueblo. El Estado requiere un desarrollo legislativo acorde con los cambios del país y un eficiente control sobre la Administración Pública y el Gobierno. De allí que la función parlamentaria sea a dedicación exclusiva, salvo las excepciones establecidas. Los diputados están obligados a mantener vinculación permanente con sus electores, atendiendo sus opiniones y sugerencias, informándolos acerca de su gestión y la de la Asamblea; que rindan cuenta anualmente de la gestión **y que estén sometidos al referendo revocatorio del mandato, con la consecuencia inmediata en caso de producirse, de no poder ejercer cargos de elección popular dentro del período siguiente**” (negritas de este fallo).

Sobre la base de la anterior motivación y en atención al principio constitucional de preeminencia de los derechos fundamentales establecido en el artículo 2 de la Carta Magna, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declara que la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según la cual los Diputados a la Asamblea Nacional, cuyo mandato fuere revocado de conformidad con el mecanismo previsto en el artículo 72 *eiusdem*, no podrán optar a cargos de elección popular en el siguiente período, no es aplicable al Presidente de la República, y así se decide.

Opinión concurrente del Magistrado Antonio J. García García

En virtud de la potestad que confiere el artículo 53 del Reglamento de Reuniones de este Alto Tribunal, quién suscribe, Magistrado ANTONIO J. GARCÍA GARCÍA, consigna su opinión concurrente al contenido decisorio del presente fallo, en los siguientes términos:

Si bien comparto el criterio sostenido por la mayoría sentenciadora, con respecto a que “...la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo mandato fuere revocado de conformidad con el mecanismo previsto en el artículo 72 *eiusdem*, no podrán optar a cargos de elección popular en el siguiente período, no es aplicable al Presidente de la República...” (subrayado propio), por cuanto, según se expresa, “...las restricciones al derecho de participación política, derecho consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser expresas, y figurar en la Carta Magna o en las leyes en sentido formal”, quien suscribe en-

cuenta desacertado, sin embargo, que con la interpretación que de las normas constitucionales se ha efectuado, se pretenda dar solución a las dudas alegadas por el solicitante en el escrito que encabeza los autos.

En efecto, se observa que la mayoría sentenciadora aclara que el Presidente de la República podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período, esto es, que podrá participar como candidato en los comicios presidenciales para un nuevo período de seis años que se iniciaría al concluir el período anterior en el cual se haya cumplido la revocatoria de su mandato y, por ende, la separación definitiva del mismo por dicho período, toda vez que la revocatoria del mandato del Presidente de la República no es óbice para que éste pueda ser candidato a la Presidencia en los términos expresados, salvo que –es menester agregar– la revocatoria se hubiese producido en el segundo período para el cual hubiese sido reeligido o estuviere sometido a condena mediante sentencia definitivamente firme (*vid.* artículos 230 y 227 de la Constitución).

No obstante, en el fallo que antecede, se silencia que la pretensión del solicitante de la interpretación constitucional se concreta fundamentalmente a determinar si, conforme con el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en caso de que eventualmente se revocara el mandato al Presidente de la República, éste podría postularse como candidato en la elección que habría de efectuarse dentro de los treinta (30) días consecutivos siguientes a la revocatoria, para cubrir la falta absoluta del funcionario, según los términos del artículo 233 *eiusdem* o si, por el contrario, quedaría inhabilitado para ello. Reserva ésta que, por cierto, podría conducir, dada la negación a dar una solución definitiva a las incertidumbres planteadas, a la interposición de nuevas solicitudes de interpretación o de aclaratorias de tal sentencia, que evidenciaría la inconclusa labor de esta Sala, pues, la resolución del asunto fue, entonces, inexplicablemente condicionada en decisión anterior, al pronunciamiento que la Sala emitiría en el presente fallo, cuando expresamente dispuso:

“ACLARATORIA

El 28 de agosto de 2003 esta Sala Constitucional, en el expediente 03-0763, pronunció sentencia n° 2404, en la que declaró inadmisibles el recurso de interpretación que interpuso el ciudadano EXSSEL ALÍ BETANCOURT OROZCO, en relación con el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como se observa que en el texto de dicha decisión aparecen expresiones que erróneamente pudieran entenderse como una definitiva interpretación de la norma constitucional que se mencionó (art. 72) en el punto que requirió el solicitante, la Sala de oficio aclara y decide que, por cuanto la pretensión del actor fue declarada inadmisibles, los alcances de dicho fallo n° 2404 quedan estrictamente limitados y sujetos al pronunciamiento de inadmisibilidad, sin que, en consecuencia, puedan extenderse a otros aspectos de cualquier naturaleza que pudieran extraerse de la redacción del mismo, máxime cuando, equivocadamente, se invocan pronunciamientos precedentes que la Sala no ha hecho. Por otra parte, ante esta misma Sala cursa expediente número 02-3215 (solicitud hecha por el ciudadano Estaban Gerbasi), cuyo ponente es el Magistrado Dr. José Manuel Delgado Ocando, en el que corresponderá a la Sala Constitucional la decisión sobre si un funcionario de elección popular, a quien le sea revocado el mandato, podrá participar o no en un inmediato y nuevo comicio. Sépase, pues, que sólo en la oportunidad cuando recaiga sentencia que expresamente decida la interpretación del asunto que se refirió habrá certeza sobre el punto”. (Vid. auto de 1° de septiembre de 2003, caso: Exssel Alí Betancourt Orozco).

Ahora bien, en el caso *sub examine*, el argumento central de la solicitud que motivó la decisión generadora del presente voto concurrente giró en torno a que “al ser invalidado la elección por vía del referendo revocatorio, este funcionario pierde el derecho a ser elegido al mismo cargo del cual le ha sido revocado por votación popular” (*sic*), dado que resulta contrario a toda regla lógica que un funcionario, cuyo mandato ha sido revocado por el pueblo, opte inmediatamente al mismo cargo que ocupaba y que motivó la consulta popular, por

lo que estimó el solicitante que la prohibición de postularse a cargos de elección popular, preceptuada en el artículo 198 de la Constitución para el caso de los Diputados a la Asamblea Nacional, debe entenderse también comprendida dentro del alcance del artículo 72 *eiusdem* para los demás cargos y magistraturas de elección popular.

Al respecto, opina quien consigna el presente voto que si bien tales planteamientos confunden los efectos de la revocatoria de mandato de los Diputados a la Asamblea Nacional y del Presidente de la República, en virtud del error en que se incurrió en la elaboración de una de sus premisas, la Sala, en ejercicio de una interpretación sistemática de la Constitución, debió pronunciarse con claridad sobre cada uno de los supuestos que la solicitud de interpretación encierra.

Particularmente, frente a la actual realidad política y electoral que vive el país, se estima importante la definitiva posición de la Sala respecto a la posibilidad de que el Presidente de la República que sea revocado por vía de referendo, intervenga pasivamente en el proceso electoral convocado tanto para proveer –por el resto del período- la vacante producida por la revocatoria del mandato, como para escoger a un nuevo Presidente por el período constitucional siguiente, pues, si bien expresamente se resolvió, como ya se indicó, el último escenario mencionado, quien suscribe observa que, aun cuando resultara obvia la consecuencia lógica de la revocatoria del mandato, nada se dice sobre el impedimento que tendría dicho funcionario para ser candidato en el otro escenario planteado, esto es, en las elecciones a realizarse dentro de los treinta (30) días consecutivos siguientes a la eventual remoción del Presidente por vía de referendo revocatorio, cuando la mayoría sentenciadora señaló que “*la revocatoria popular del mandato del Presidente de la República, de conformidad con los artículos 72 y 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente*”.

En efecto, de acuerdo con el artículo 233 constitucional, cualquier falta absoluta del Presidente de la República implica la separación categórica del cargo y la consecuente sustitución del mismo, de manera que, la falta absoluta por revocatoria de mandato tiene, a juicio de quien suscribe, la misma consecuencia jurídica que cualquier otra falta absoluta de dicho funcionario, como serían los supuestos de la renuncia, muerte o abandono del cargo.

Siendo, pues, el revocatorio una facultad conferida al pueblo para promover o lograr la remoción de un funcionario cuando éste se conduzca en sus funciones en forma contraria a los intereses populares o del Estado en general, una interpretación armónica de la Constitución y de la institución de la figura del revocatorio, nos permitiría decir que el constituyente exige la elección de un nuevo Presidente, sin la posibilidad de que el funcionario revocado pueda medirse en ese proceso electoral convocado para suplir la falta absoluta, de manera que, lógicamente, debe entenderse que la afirmación que se ha hecho en el fallo que antecede con respecto a que la restricción contenida en el artículo 198 *eiusdem* no es aplicable al Presidente de la República, sólo conduce a concluir que quien haya sido revocado en el cargo de Presidente de la República podrá optar para ser nuevamente elegido por un período constitucional distinto al que no concluyó por la voluntad popular expresada en el referendo revocatorio. Resultaría un contrasentido que un funcionario al que se le revocó el mandato pueda presentarse como candidato en la elección que se convoque para proveer la vacante causada por la sanción que los electores le propinaron, improbando su gestión, dado que la propia Constitución, en su artículo 233, determina que “*el nuevo Presidente*” asumirá sus funciones para completar el período, lo que indica claramente que se trata de otro Presidente, pues cualquier falta absoluta implica la separación categórica del funcionario y la consiguiente sustitución personal del mismo.

Pretender un efecto contrario significaría una amenaza de fraude a la soberanía de la voluntad popular que, expresada por vía de referendo revocatorio, ha interrumpido el desempeño de un cargo de elección popular, bien por motivos de legitimidad, cuando ha dejado de merecerles su confianza, o bien por resultar inconveniente o inoportuna para los intereses del país la gestión que en el ejercicio del mismo realiza su titular.

Siendo ello así, la inhabilitación natural producida por la revocatoria popular que excluye la aspiración del Presidente removido para culminar el período correspondiente, no podría asimilarse a la inhabilitación a que se refiere el artículo 198 de la Constitución, ya que, según dispone el propio texto constitucional, la forma de cubrir la falta absoluta de los Diputados a la Asamblea Nacional cuyo mandato sea revocado es distinta a la que se preceptúa para proveer la vacante al cargo de Presidente de la República, dada la ausencia en este último caso de un suplente que, junto con el principal, haya sido también elegido popularmente. Tal diferencia fue destacada por esta Sala, en sentencia n° 1139 del 5 de junio de 2002 (caso: Sergio Omar Calderón Duque y William Dávila Barrios), cuando expresamente dispuso:

“...observa la Sala que, cuando la falta absoluta es generada por la revocación popular del mandato, obviamente se ha de producir después de la toma de posesión y una vez transcurrida la mitad del período del mandato, esto es, después de los tres años de gobierno. En tal sentido, la vacante sería cubierta en forma inmediata de la manera siguiente:

1.1. Si la falta absoluta se produce durante los primeros cuatro años del período constitucional, se procederá a una nueva elección universal y directa dentro de los treinta días consecutivos siguientes y, mientras se elige y toma posesión el nuevo Presidente o Presidenta, se encargará de la Presidencia de la República, el Vicepresidente Ejecutivo. El Presidente o Presidente electo que tome posesión del cargo, completará el período constitucional faltante.

2.2. Si la falta absoluta se produce durante los últimos dos años del período constitucional, el Vicepresidente Ejecutivo asumirá la Presidencia de la República hasta completar el fin del mandato.

En caso de revocatoria del mandato de los diputados y disputadas a la Asamblea Nacional, la vacante sería llenada por el suplente respectivo por el resto del período, y en caso de revocatoria del mandato de los funcionarios estatales, metropolitanos y municipales se procedería a llenar las vacantes de conformidad con lo dispuesto en las leyes sobre la materia”.

De lo anterior se colige que aunque correctamente la mayoría sentenciadora haya declarado que la Constitución no prohíbe explícitamente la posibilidad de que un funcionario electo popularmente -con excepción de los diputados de la Asamblea Nacional- pueda presentarse a una elección para optar al mismo cargo en el período siguiente, dicho criterio no se aplica, de acuerdo con los argumentos aquí esgrimidos, en el caso de las postulaciones para elegir un nuevo Presidente que concluya el período dentro del cual se produjo la revocación del mandato, dado que la consecuencia lógica de la sanción impuesta por los electores se extiende solamente hasta la expiración de ese período constitucional y no más allá del mismo.

A juicio de quien concurre, una interpretación integrada de las normas constitucionales lleva a concluir que, independientemente de la falta de prohibición expresa que inhabilite al Presidente de la República removido, para optar a cargos de elección popular, el efecto práctico del referendo revocatorio no puede ser otro que una nueva elección para completar el período presidencial, en la cual no puede participar quien ha sido revocado.

Sostener un criterio distinto, bajo el argumento del derecho a ser elegido y el consecuente derecho a postularse que tiene toda persona en cabeza del revocado, dejaría completamente sin efecto la finalidad esencial de todo proceso revocatorio, cual es la sanción política de separarlo del ejercicio del cargo e inhabilitarlo para ello por el período por el cual fue elegido. En definitiva, se irrespetaría con ello la voluntad popular manifestada en el referendo correspondiente.

Con fundamento en lo precedentemente expuesto, quien suscribe concluye que debieron interpretarse en su conjunto las normas constitucionales contenidas en los artículos 2, 5, 72, 198 y 233 del Texto Fundamental, a fin de resolver las incertidumbres planteadas por el solicitante respecto a la posible postulación del Presidente de la República en los comicios que habrán de celebrarse en caso de una eventual revocatoria de su mandato.

Queda así expresado el criterio del Magistrado concurrente respecto del fallo que antecede.

Opinión concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

El Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz concurre con la mayoría sentenciadora respecto del dispositivo de la sentencia que antecede, pero discrepa de la motivación por las razones siguientes:

Asentó la mayoría, que “...*la restricción contenida en el artículo 198 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según la cual los Diputados a la Asamblea Nacional, cuyo mandato fuere revocado de conformidad con el mecanismo previsto en el artículo 72 eiusdem, no podrán optar a cargos de elección popular en el siguiente período, no es aplicable al Presidente de la República...*” (Subrayado añadido) porque “...*las restricciones al derecho de participación política, derecho consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como en el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, deben ser expresas, y figurar en la Carta Magna o en leyes en sentido formal.*”

Sin embargo, la conclusión que antecede no da respuesta a la duda que expresó el solicitante de la interpretación de autos, en cuanto a la posibilidad de participación del Presidente de la República, a quien se le hubiere revocado el mandato, en la elección inmediata a que se refiere el artículo 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela como fórmula para la cobertura de falta absoluta que tal revocatoria produce.

En este sentido, el fallo con cuyo dispositivo se concurre determinó en forma acertada que, después de la revocatoria de su mandato, el Presidente de la República podrá optar a cargos de elección popular en el siguiente período, de modo que podría participar como candidato en los comicios que se celebraren para el período de seis años que iniciará al término de aquel en el cual se hubiere producido la revocatoria de su mandato; toda vez que esa revocatoria no impide que el revocado pueda ser candidato a la Presidencia en los términos que fueron expresados. Ahora bien, tal afirmación implica, por otra parte, la separación definitiva del cargo de aquel funcionario por el resto de dicho período, precisión ésta que la Sala omitió, a pesar de los términos de la solicitud.

En efecto, la duda del solicitante de la interpretación constitucional se planteó respecto a si, de conformidad con el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el supuesto de que se revocara el mandato al Presidente de la República, éste podría postularse como candidato en la elección que habría de efectuarse “inmediatamente”, es decir, dentro de los treinta días consecutivos siguientes a la revocatoria, para cubrir su propia falta absoluta, según los términos del artículo 233 *eiusdem* o si, por el contrario, quedaría inhabilitado para ello. En criterio del concurrente, la omisión de resolución de este planteamiento podría conducir, no cabe duda, a la interposición de ulteriores solicitudes al respecto, con el consecuente dispendio de tiempo para la Sala e incertidumbre para el país. Más allá del error del solicitante respecto a la posibilidad, que la Sala descartó, de extensión de la inhabilitación a que se contrae el artículo 198 de la Constitución a funcionarios distintos a los que éste se refiere, la Sala ha debido agotar la interpretación que se le requirió para la resolución, de una vez y en forma integral, de las dudas interpretativas que han generado las disposiciones constitucionales en cuestión y que se reflejan en un grueso número de solicitudes de interpretación de las mismas que cursan en sus archivos.

En este sentido, concuerda quien rinde esta opinión concurrente con el Magistrado Antonio García García en cuanto a que la Sala no despejó la duda sobre el impedimento que tendría el Presidente de la República para ser candidato en las elecciones a realizarse dentro de los treinta días consecutivos siguientes a su remoción por vía de referendo revocatorio y en que, aunque podría considerarse que tal conclusión, por obvia, se deduce del señalamiento de la mayoría sentenciadora en el sentido de que “*la revocatoria popular del mandato del Presidente de la República, de conformidad con los artículos 72 y 233 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, acarrea su falta absoluta en el cargo y, por ende, su separación definitiva del mismo por el período correspondiente*” convenía que se expresara de la manera más diáfana.

Se concuerda también con el Magistrado García García en que, de acuerdo con el artículo 233 constitucional, cualquier falta absoluta del Presidente de la República implica su separación definitiva de ese cargo y la consecuente sustitución del mismo, por cuanto la falta absoluta por revocatoria de mandato tiene la misma consecuencia jurídica que cualquier otra falta absoluta de dicho funcionario, como serían los supuestos de la renuncia, la muerte o el abandono del cargo, todos insubsanables.

A este respecto, la interpretación armónica del referendo revocatorio, como medio de participación política directa del pueblo –propio de una democracia protagónica y participativa-, en el marco de la Constitución, conduce a la ineludible conclusión de que, cuando la Carta Magna exige la elección de un nuevo Presidente, impide la posibilidad de que el funcionario cuyo mandato hubiere sido revocado pueda participar como candidato en el proceso electoral que se convoque para que supla su propia falta absoluta. Y es que, además de que la simple lógica repudia que un funcionario al que se le hubiere revocado el mandato pudiera presentarse como candidato en la elección que se convocase para la provisión de la vacante que habría causado la improbación de su gestión por el electorado, la propia norma constitucional determina que, en esta oportunidad (elección inmediata) deberá elegirse a un nuevo Presidente que completará el período del Presidente saliente.

Por otra parte, la pretensión de lo contrario, con cualquier fundamento (como podría ser el derecho al sufragio pasivo y a postulación de aquel cuyo mandato hubiere sido revocado), enervaría la finalidad de todo proceso revocatorio, cual es, como apuntó el Magistrado García García, la sanción política al funcionario en cuestión, que comporta, además de la separación del ejercicio del cargo, la inhabilitación para su ejercicio por el período por el cual fue elegido, en abierto fraude a la voluntad popular.

Queda así expresado el criterio del Magistrado que concurre con el fallo que antecede.

C. El Poder Legislativo

a. Competencias de la Asamblea Nacional: Remoción de altos funcionarios públicos

TSJ-SC (1205)

22-6-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Franklin Arrieche Gutiérrez vs. Asamblea Nacional

1.- El accionante solicita en su diligencia del 16 de junio de 2004, se extiendan los efectos del “mandamiento de amparo” que esta Sala dictara en su decisión n° 3168 de 10 de diciembre de 2002, a la decisión que tomó la Asamblea Nacional en aplicación del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, el 15 de junio de 2004.

Dicha prescripción establece lo siguiente:

“Artículo 23. Cuando sea procedente se aplicarán las presentes sanciones:

(...)

4. La Asamblea Nacional, por mayoría simple, podrá anular el acto administrativo mediante el cual se designa a un Magistrado o Magistrada, principal o suplente, cuando éste hubiere suministrado datos falsos con motivo de su postulación a la fecha de la misma, que impida conocer o tergiversarse el cumplimiento de los requisitos exigidos en la presente Ley y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; o cuando la actitud pública de éstos, que atente contra la majestad o prestigio del Tribunal Supremo de Justicia, de cualquiera de sus Salas, de los Magistrados o Magistradas del Poder Judicial; o cuando atente contra el funcionamiento del Tribunal Supremo de Justicia, de alguna de sus Salas o del Poder Judicial. Estos actos administrativos de anulación tienen pleno valor y eficacia, y contra ellos sólo procede el recurso de nulidad”.

2.- Se evidencia que lo que el accionante denomina “mandamiento de amparo”, es, en verdad, una medida cautelar que suspendió, a partir del fallo de la Sala del 10 de diciembre de 2002, los efectos del acto que anuló su designación como Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia.

3.- La medida cautelar mencionada sub 2. tiene efectos suspensivos (suspensión preventiva del acto impugnado) sólo, por supuesto, dentro del proceso de amparo donde la providencia fue acordada.

4.- El accionante pretende extender tal medida, la cual fue dictada como se recordará respecto de un acto de rango legal, a un acto distinto y que, sin entrar a considerar su verdadera naturaleza, puede ser calificado a estos efectos como *sub lege*, es decir, dictado en ejecución o aplicación de una ley. Tal equiparación no es posible, dado que la providencia cautelar fue el resultado de un pronunciamiento de la Sala en relación con la acción de amparo intentada contra el primero de los mencionados, por más que el contenido del nuevo acto sea igual al originariamente impugnado.

5.- Visto que el interés del accionante se ha trasladado al acto *sub lege* dictado el 15 de junio de 2004 por dicha Asamblea Nacional; siendo que los medios recursivos que pudieran hacerse valer contra el mismo tienen carácter contencioso-administrativo, y dado que si el procedimiento de amparo siguiera cumpliéndose, el resultado sólo podría conducir a la anulación del acto primigeniamente impugnado, lo que no afectaría, en modo alguno, la validez del acto de la Asamblea Nacional del 15 de junio de 2004 (que es cualitativamente distinto, como quedó dicho, al del 3 de diciembre de 2002), esta Sala Constitucional estima que tales circunstancias determinan, sobrevenidamente, la inadmisibilidad del amparo, y exigen la aplicabilidad del artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

6.- En consecuencia, son inaccesibles las solicitudes del accionante, y el amparo originario debe ser declarado inadmisibile sobrevenidamente, conforme lo disponen los artículos 6.5 y 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en concordancia con el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Voto Salvado de los Magistrados Rafael Rondón Haaz y Antonio García García

Magistrados Pedro Rafael Rondón Haaz y Antonio García García discrepan de la mayoría sentenciadora respecto del fallo que antecede por las siguientes razones:

1. El accionante de autos solicitó la extensión de la medida cautelar que le había sido otorgada en este proceso, de suspensión del acto de la Asamblea Nacional que declaró la nulidad de su designación como Magistrado de este Tribunal Supremo de Justicia, al que ese cuerpo dictó el 15 de junio de 2004, en el que, de nuevo, declaró la nulidad de su designación como Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia.

Al respecto, la mayoría razonó que: “(e)l accionante pretende extender tal medida, la cual fue dictada como se recordará respecto de un acto de rango legal, a un acto distinto y que, sin entrar a considerar su verdadera naturaleza, puede ser calificado a estos efectos como *sub lege*, es decir, dictado en ejecución o aplicación de una ley.” (Subrayado añadido).

La decisión de la que se disiente se apartó de la doctrina vinculante que, en interpretación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sentó la Sala Constitucional con ocasión de la decisión de admisión de la demanda de nulidad que interpuso el diputado Alejandro Armas y otros contra el mismo acto que el quejoso de autos señaló como lesivo en su demanda (Exp. 02-3049), en la cual afirmó:

“En primer lugar, el artículo 264 de la Constitución le da la potestad a la Asamblea Nacional -una vez cumplido el procedimiento allí pautado- para designar a los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia. El acto que realice tal atribución, al haber sido dictado conforme a una competencia prescrita en la Carta Fundamental y al estar en relación directa con la formación subjetiva de uno de los órganos principales que estructuran el Poder Público, entra en la categoría de actos con rango de ley conforme lo dispone el artículo 336.1. de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y contra ello no conspira el hecho de que el artículo citado autorice a la Asamblea Nacional a dictar una ley que establezca el procedimiento de elección, pues si bien la misma debe hacerse conforme al procedimiento que se diseñe, la potestad de elegir (que no depende de la ley) sigue teniendo su origen en la norma fundamental que la estatuye.

En segundo lugar, y esto no implica adelantar opinión respecto al fondo del asunto planteado, la Sala estima que si el acto de designación fue dictado, como quedó dicho, en ejecución de una competencia atribuida por la Constitución, la nulidad del mismo debe tenerse también como proferido en ejercicio de una atribución del mismo rango. Por lo tanto, y *prima facie*, el acto impugnado en tanto pretende anular la decisión mediante la cual fue designado al ciudadano Franklin Arrieché Gutiérrez como Magistrado de este Tribunal Supremo de Justicia también gozaría del estatus que le reconoce la Sala al acto que persigue anular.” (s. S.C. n° 477 de 06-03-03. Subrayado añadido).

Resulta inexplicable en Derecho que se pretenda que la naturaleza de un acto del Poder Público cambió porque fue recogido en un texto legal; tanto el nombramiento de los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia como la declaratoria de nulidad del mismo - como lo razonó la Sala en forma unánime- tienen el carácter de acto de control político del Poder Legislativo respecto del Poder Judicial, inmanente a nuestro Estado de Derecho, que se rige, entre otros fundamentales, por el principio de separación y control mutuo entre los poderes, y se ejerce en ejecución directa de la Constitución. La afirmación de la sentencia que antecede, en el sentido de que el nuevo acto cuya suspensión pretende el quejoso fue dictado en ejecución o aplicación de una ley, no tiene asidero jurídico, porque es la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la que, en forma directa, otorga competencia a la Asamblea Nacional para la designación de los Magistrados, de modo que sólo puede dimanar de esa misma fuente la potestad para la anulación de dicha designación; de lo contrario, habría que aceptar el absurdo de que un acto de rango inferior (sublegal) dejara sin efectos uno de rango superior (legal); así, pertenecería al control de la jurisdicción constitucional el nombramiento y al de la contencioso-administrativa su nulidad. En efecto, no otra conclusión puede extraerse del razonamiento de la Sala, que, aunque declina “considerar su verdadera naturaleza” califica al acto en cuestión como de rango sub legal; extraño acto éste, que puede hacer nugatorio uno de mayor jerarquía dentro de las fuentes del Derecho, el acto parlamentario sin forma de ley que es el nombramiento que anularía.

El acto declaratorio de nulidad del nombramiento de un Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia tiene el mismo rango de acto parlamentario sin forma de ley que le reconoció la doctrina vinculante de esta Sala antes y después de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, puesto que, se insiste, su naturaleza deviene de

sus características intrínsecas y dimana de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y porque, en todo caso, la Ley debe adaptarse a ésta y no al contrario. El hecho de que el acto a que se ha hecho referencia se recoja en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, igual que se recoge, en detalle, el nombramiento de los Magistrados, no altera un ápice su esencia de acto parlamentario con rango –pero sin forma- de ley porque ella, se insiste, es ajena y previa a la Ley.

A través de la sentencia de que la que se apartan los disidentes, y en cuanto se contradijo en forma frontal con su propia interpretación previa de una misma situación o de un mismo acto del Poder Público (la declaratoria de nulidad del nombramiento de un Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia), la Sala desatendió y se distanció de su deber de ser el máximo garante de la uniformidad de la interpretación de los principios, valores y normas constitucionales, deber que, también, es de origen directamente constitucional (ex artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).

Con fundamento en las consideraciones que anteceden, estiman quienes disienten que la Sala no ha debido declarar “inaccedible” la pretensión del quejoso sino pronunciarse sobre su procedencia o no, en atención a la existencia o inexistencia de los supuestos para la verificación de la reedición del acto que aquél adujo.

2. Por otra parte, la mayoría decidió, sin motivación alguna, que “el interés del accionante se ha trasladado al acto *sub lege* dictado el 15 de junio de 2004 por dicha Asamblea Nacional” con lo cual, en forma arbitraria, cambió el objeto de la pretensión original del quejoso con la finalidad de desestimación de una nueva pretensión que no consta en autos y que no expresó la parte actora.

Concluyen entonces quienes se apartan del criterio mayoritario que, en el caso de autos, por una parte, se imponía la resolución de la procedencia o improcedencia –no la inaccesibilidad- de la petición del actor en cuanto a que se extendieran los efectos de la providencia cautelar que dictó esta Sala el 10 de diciembre de 2002 y, por la otra, no se ha debido declarar la inadmisibilidad de una pretensión distinta a la que formuló el quejoso para, con ello, descartar por vía de consecuencia su verdadera pretensión y despojarlo, sin motivación alguna, de la medida cautelar que se había acordado a su favor.

Queda así expresado el criterio de los Magistrados disidentes.

b. *Delegación legislativa y reserva legal*

TSJ-SC (340)

9-3-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Impugnación de la Ley Orgánica de La Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal y del Reglamento sobre los Concursos para la designación de los titulares de las Contralorías Municipales y Distritales.

Nuestro ordenamiento jurídico admite la delegación y mal puede afirmarse que ella sólo es válida a través de ley habilitante. Al contrario, la delegación es posible a través de una ley ordinaria, siempre que se trate de un poder constitucionalmente disponible y no se haga de manera ilimitada.

El impugnante ha sostenido que se viola la reserva legal, pues sólo por ley pueden ser reguladas ciertas materias, entre las que se hallaría la del caso de autos. En su criterio, sólo mediante ley habilitante podría la Asamblea Nacional delegar su poder.

La Sala es del parecer siguiente:

Tal como lo plantea el demandante, el ordenamiento constitucional venezolano, tanto el vigente como el aún recientemente derogado, prevé la figura de la reserva legal nacional, que impide que ciertas materias puedan ser reguladas por normas que no sean emanadas del órgano deliberante nacional, las cuales estarán contenidas en las denominadas leyes formales.

La determinación de las materias de la reserva legal nacional es sencilla: bastará para ello la lectura del texto constitucional, toda vez que son enumeradas en él. En la Constitución de 1961, la lista de las materias reservadas al legislador nacional se encontraban en el numeral 24 del artículo 136, mientras que en el actual Texto Fundamental están establecidas en el numeral 32 del artículo 156. También es de la reserva nacional toda la legislación sobre las diversas competencias de la República listadas en los diversos numerales de ese artículo 156, así como cualquier caso en que alguna norma constitucional haga mención expresa a la ley nacional.

Aparte de la mencionada, existe otro tipo de reserva legal, pero que se diferencia por no ser exclusiva del poder nacional: aquella consistente en la prohibición de que actos de rango sublegal regulen determinadas materias. No se trata, en este caso, de la atribución exclusiva de competencias al órgano parlamentario nacional –antes Congreso; hoy Asamblea Nacional– sino de la necesidad de que las normas restrictivas estén contenidas en actos emanados de los órganos deliberantes de la entidad territorial de que se trate. Es una reserva legal, pero no nacional.

La determinación de esos supuestos de reserva legal no nacional es también sencilla, si bien no se encuentran agrupados en una sola disposición –como ocurre con la reserva legal a favor del Poder Público Nacional–, sino que están repartidos por todo el texto constitucional. Sucede así en todos los casos en que se remite a la ley, sin especificar que sea nacional, para regular determinado aspecto, normalmente para fijar límites. En tales casos no se requiere de leyes formales, pues este término está reservado para aquéllas que sanciona el parlamento nacional, siguiendo el procedimiento que pauta la propia Carta Magna.

Ahora bien, lo que se debate en esta causa es la posibilidad de que la Asamblea Nacional delegue en otro órgano –uno del Poder Ciudadano– el ejercicio de una función normativa. Para el recurrente es un caso de reserva legal, por lo que sólo la ley puede regular la materia. En el caso de autos, lo que se denuncia es que una materia de la reserva legal –concursos para Contralores– ha sido delegada inconstitucionalmente en el Contralor General de la República, cuando la Asamblea Nacional no podía desprenderse de ella.

Se trata de un asunto delicado, pues afecta al ejercicio de las funciones propias de cada órgano del Poder Público, a la par que entra de lleno en los siempre discutibles límites del principio constitucional de la separación de las ramas que ejercen ese Poder.

Ahora bien, debe recordar la Sala que desde hace ya mucho tiempo la teoría de la reserva legal ha sufrido considerables matizaciones, una vez superado el dogma según el cual sólo el órgano parlamentario –depositario de la voluntad popular– podría válidamente dictar normas dirigidas a la colectividad. El reconocimiento de que también el Poder Ejecutivo, cuyo Jefe es electo por la población, puede ser representante de la voluntad popular, si bien de manera distinta al Parlamento, así como la necesidad de conceder a la creación normativa, en ciertos casos, una celeridad de la que carece el órgano parlamentario, obligaron a aceptar que algunas materias pudieran ser reguladas por actos sub-legales.

Lo mismo es predicable, en nuestro país, de los órganos del Poder Ciudadano o del Electoral, cada uno en las áreas de su especial competencia. No en balde ambos poderes constituyen, fuera del Ejecutivo, organizaciones calificables como Administración Pública.

Ese propósito de celeridad y dinamismo podría lograrse por diferentes medios: en primer lugar, podría eliminarse la reserva legal, total o parcialmente, con lo que la Administración no encontraría obstáculos jurídicos para actuar (lo que en algunos ordenamientos jurídicos incluso ha revestido la forma de una reserva reglamentaria, siendo el Parlamento el que queda excluido del poder regulador en la materia de que se trate). En segundo lugar, podría lograrse manteniendo la reserva legal como principio, con una lista más o menos larga de materias, según las convicciones de los constituyentes, pero admitiendo que el órgano delegado participe en cierta medida en la elaboración de normas, a través de diversas técnicas.

En Venezuela se ha optado por la segunda posibilidad: aceptar la reserva legal, pero permitir a la vez la delegación –siempre que no sea abierta o “en blanco”- en la Administración, sea el Poder Ejecutivo o cualquiera de los órganos de los Poderes Electoral o Ciudadano, así como en el Poder Judicial a cargo del Tribunal Supremo de Justicia, ejerciendo funciones de naturaleza administrativa. La reserva legal sigue siendo así, entre nosotros, aspecto fundamental, sin duda debido a la relevancia que se le ha otorgado al principio de la soberanía del pueblo, ejercido por sus representantes –y no por los gobernantes- electos.

La reserva legal, por tanto, desconoce en nuestro país la inflexibilidad característica de otros tiempos y que persiste en algunos ordenamientos, con lo que se revela la importancia de la delegación, la cual, a su vez, puede revestir variadas formas, dependiendo de la voluntad constitucional: desde las habilitaciones para dictar actos de rango legal, con lo que el delegado se convierte en un auténtico legislador (caso de los órganos de gobierno), o para desarrollar materias reservadas a la ley, por medio de actos de inferior jerarquía, siempre que se sujete a determinados parámetros.

Sólo la lectura atenta de cada Constitución permite conocer la opción elegida para repartir la función de producción normativa, pues es imposible, en el estado actual de los ordenamientos jurídicos, afirmar que dicha función corresponde esencialmente al Poder que aún se denomina Legislativo, pese a que en la mayoría de los países la legislación delegada es, numéricamente, más importante que la originaria.

Como se ha indicado, pues, en el caso venezolano, con sus necesarias variaciones, se ha mantenido la concepción tradicional, según la cual corresponde al Poder Legislativo la función legislativa –como especie de la función normativa-, pero aceptando, de manera creciente, la intervención de la Administración, normalmente del Poder Ejecutivo.

Para ello, el Texto Fundamental ha concebido expresamente la figura de la delegación, así como la posibilidad de que el órgano parlamentario indique a la Administración la manera en que ejercerá su potestad reglamentaria en el caso en que se desarrollen leyes, cuya materia a su vez sea objeto de reserva del legislador nacional, lo que constituye una suerte de instrucción.

De esta manera, la técnica de delegación legislativa no sólo es aceptada, sino que constituye parte fundamental del régimen constitucional venezolano. Por ello, la denuncia que formula el demandante –sin entrar en el fondo del asunto- implica desconocer uno de los avances del Derecho Público de las últimas décadas, cual es la superación del principio de la reserva legal absoluta y la consiguiente aceptación de diversas técnicas de delegación, recordando, claro está, que a través de la delegación no pueden los parlamentos liberarse ilimitadamente de sus poderes legislativos ni entregarlos a la Administración de manera tan abierta que implique un poder sin restricción.

Destaca la Sala que las sociedades modernas, y con ellas sus ordenamientos jurídicos, son incapaces de admitir una reserva legal absoluta, pues ella implicaría, así no se desee, afectar negativamente la elaboración de las normas que se requieran. Es tal la amplitud de materias regulables, la rapidez con que en ocasiones se exige una respuesta normativa, y la necesidad de una especialización de la que sólo la Administración dispone, en virtud de su heterogénea integración en una multitud de dependencias, que sería absurdo, por mejor base que hubiese tenido en su origen, mantener una reserva legal absoluta a favor del parlamento nacional.

En tal sentido, escriben Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández que:

“El fenómeno de la llamada genéricamente legislación delegada es uno de los más importantes en la práctica actual de todos los países. Crecientemente, en efecto, el legislador hace participar de alguna manera a la Administración en la ordenación jurídica de la sociedad actual y de sus problemas. Cada vez se va generalizando más esta forma legislativa que supone una participación entre el legislativo, que adopta ordinariamente la iniciativa, y la Administración, que la continúa y lleva a término y conclusión” (*Curso de Derecho Administrativo*, I, 5º ed., Civitas, 1990, p. 269).

Por supuesto, la superación del dogma de la reserva legal no ha significado ni tiene por qué, la negación de la suprema importancia que tienen los parlamentos nacionales, a los cuales se sigue encomendando la regulación de las más relevantes materias relacionadas con la vida social. Lo que se ha perseguido a través de los diferentes medios de delegación, ha sido permitir un auxilio por parte de los órganos que integran el Poder Ejecutivo (y también del Electoral o del Ciudadano, entre nosotros), con lo que se ha conseguido, además, una mayor participación en la creación normativa.

Lo expuesto revela que nuestro ordenamiento jurídico admite la delegación y mal puede afirmarse –como lo hace el actor– que ella sólo es válida a través de ley habilitante. Al contrario, la delegación es posible a través de una ley ordinaria, siempre que se trate de un poder constitucionalmente disponible y no se haga de manera ilimitada.

Ahora bien, que la delegación legislativa sea en principio válido no implica que lo sea siempre. En el caso concreto, el actor denunció que el poder normativo concedido al Contralor General de la República viola la autonomía municipal, y al respecto se observa que como se ha advertido, en principio es posible jurídicamente la delegación del poder normativo por parte de la Asamblea Nacional, pero en realidad el caso de autos se centra en otro aspecto: que la regulación de los concursos para la designación de Contralores municipales debe corresponder a los propios municipios y no a un órgano nacional.

D. *El Poder Judicial*

a. *Principios de la Administración de Justicia*

TSJ-SPA (AP-19)

1-6-2004

Presidente Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Dahyana Villavicencio vs. Contraloría General de la República

Visto el escrito de fecha 25 de mayo de 2004, presentado por el abogado René Molina Galicia, inscrito en el Instituto de Previsión Social del Abogado bajo el n° 8.495, actuando en su carácter de apoderado judicial de la ciudadana DAHYANA VILLAVICENCIO, identificada en autos, Legisladora del Consejo Legislativo del Estado Carabobo, sancionada por la Contraloría General de la República; mediante el cual ejerce recurso de apelación contra el

auto dictado por este órgano jurisdiccional en virtud del cual, la Presidencia de esta Sala Político-Administrativa declaró inadmisibile la recusación interpuesta por el abogado identificado *supra*, conforme a lo dispuesto en el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, en directa concordancia con la disposición prohibitiva especial contenida en el ordinal 1° del artículo 84 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; este órgano jurisdiccional observa:

El mencionado abogado señaló que el recurso de apelación lo ejerce contra una decisión dictada en fecha 18 de mayo de 2004. Ahora bien, de la revisión de las actas del expediente, se observa que en la fecha señalada por el abogado René Molina Galicia, no se ha dictado decisión alguna en esta causa.

No obstante lo expuesto, en observancia a lo establecido en los artículos 2, 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales disponen que Venezuela se constituye en un Estado Democrático y Social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político; que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses y a la tutela efectiva de los mismos; que el Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles; y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, sin que se sacrifique la justicia por la omisión de formalidades no esenciales; este órgano jurisdiccional entiende que el referido abogado, en virtud de los fundamentos contenidos en su escrito, quiso ejercer el recurso de apelación contra la decisión de fecha 19 de mayo de 2004, de este mismo órgano jurisdiccional.

En tal sentido, y atendiendo a los principios, valores y normas constitucionales y legales, a pesar del evidente error material en que ha incurrido el abogado René Molina Galicia, el cual no ha sido advertido hasta la fecha por él ni por los demás abogados apoderados de la parte actora; este órgano jurisdiccional oye dicha apelación en el solo efecto devolutivo, entendiéndose que dicho recurso obra contra el auto de fecha 19 de mayo de 2004, dictado por la Presidencia de la Sala. La apelación debe ser conocida por los otros Magistrados de esta Sala, en estricto cumplimiento de lo establecido en el tercer aparte del artículo 4 y en el artículo 19, aparte 13, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, los cuales son del tenor siguiente:

“Artículo 4.- (...) El Magistrado o Magistrada de cuya decisión como Juez de Sustanciador, se apele o recurra por ante la Sala de que forma parte, no participará en las decisiones y deliberaciones de ésta sobre la apelación y recurso intentado. En tal caso, la Sala actuará válidamente con sus restantes miembros.”

“Artículo 19.- (...) Contra las decisiones del Juzgado de Sustanciación se oirá apelación en un solo efecto, en el lapso de tres (3) días hábiles a partir de la fecha de su publicación.”

En consecuencia, se ordena abrir cuaderno separado a los fines de la tramitación de la presente apelación, al cual se ordena agregar copias certificadas de los siguientes instrumentos: el escrito de recusación de los Magistrados Yolanda Jaimes Guerrero y Levis Ignacio Zerpa, de fecha 13 de mayo de 2004; del auto recurrido, de fecha 19 de mayo de 2004, mediante el cual se declara inadmisibile la señalada recusación; de la diligencia de apelación, de fecha 25 de mayo de 2004; del presente auto, así como de las demás actuaciones que considere, la parte apelante, necesarias a los fines de la tramitación del recurso erróneamente interpuesto.

Pásese el cuaderno de apelación a los demás Magistrados de esta Sala, a los efectos de la sustanciación y decisión del presente recurso.

b. *Régimen de los Jueces: Recusación*

TSJ-SP

29-4-2004

Magistrado Ponente: Franklin Arriechi Gutiérrez

Caso: Gladis Josefina J. (Recusación Magistrado Tulio Alvarez Ledo)

La Sala Plena dejó sentado que es inadmisibile la recusación propuesta sin expresión razonada del motivo legal que la soporta, como ocurre cuando los alegatos formulados en el inicio del procedimiento carecen de consistencia fáctica y jurídica, lo cual impide la subsunción de tales planteamientos en las causales de recusación que preceptúa la Ley.

En el caso concreto, la recusación fue propuesta con motivo del conflicto de competencia surgido entre la Sala Constitucional y la Sala Político Administrativa, para conocer de un procedimiento seguido contra la República por responsabilidad extrapatrimonial.

De conformidad con lo previsto en el artículo 103 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia “Las causas en que sea parte la República se sustanciarán u decidirán con arreglo a las normas del procedimiento ordinario, salvo lo establecido en esta ley”, lo que resulta acorde con lo previsto en los artículos 81 y 88 *eiusdem*, los cuales disponen:

“Las acciones o recursos de que conozca la Corte, se tramitarán de acuerdo con los procedimientos establecidos en los Códigos y Leyes nacionales, a menos que en la presente Ley o en su Reglamento Interno, se señale un procedimiento especial”.

“Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante la Corte”.

Ahora bien, La Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no prevé norma especial respecto de los presupuestos de admisión de la recusación, en los juicios especiales que cursan ante ella. Por esa razón, son aplicables los artículos 92 y 102 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con los cuales este medio procesal tiene que ser sustentado en alguna de las causales previstas en la ley, y debe ser propuesto dentro de los lapsos de caducidad fijados para ello, so pena de ser declarada inadmisibile.

Sobre este particular, la Sala Plena ha establecido que la recusación constituye una acto de parte, cuyo propósito es separar al funcionario judicial del conocimiento de la causa, por existir hechos o circunstancias específicas, no indirectas, ni reflejas o generales, capaces de comprometen su imparcialidad y objetividad, razón por la cual ha indicado que el recusante debe alegar hechos concretos, los cuales deben estar directamente relacionados con el objeto del proceso principal donde se generó la incidencia, de tal manera que afecte la capacidad del recusado de participar en dicho juicio, siempre que sea señalado el nexo entre los hechos precisos alegados y las causales señaladas, “...pues, en caso contrario, ello impediría en puridad de Derecho, la labor de subsunción del juez, ya que hacerlo bajo tales circunstancias implicaría escudriñar en lo que quiso alegar el recusante, lo cual constituye una suplenencia en la defensa de éste que va en detrimento del derecho a la defensa de la otra...”. (Sentencia de fecha 15 de julio de 2002, recusación propuesta por Efraín Vásquez Velazco)

La Sala Plena dejó sentado que es inadmisibile la recusación propuesta sin expresión razonada del motivo legal que la soporta, como ocurre cuando los alegatos formulados en el inicio del procedimiento carecen de consistencia fáctica y jurídica, lo cual impide la subsunción de tales planteamientos en las causales de recusación que preceptúa la Ley.

Ahora bien, en el caso concreto la recusante invoca el ordinal 4° del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con el cual “Los funcionarios judiciales, sean ordinarios, accidentales o especiales, incluso en asuntos de jurisdicción voluntaria, pueden ser recusados por alguna de las causas siguientes: ...4° Por tener el recusado, su cónyuge o alguno de sus consaguíneos o afines, dentro de los grados indicados, interés directo en el pleito...”.

Sin embargo, en fundamento de esta causal la solicitante sólo expresa que el hijo del recusado ha emitido opiniones respecto de otro conflicto de competencia, surgido entre otras Salas y en un juicio de otra naturaleza, que afirma tiene gran relevancia política por estar referido a la solicitud de referéndum revocatorio del mandato del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela, sin precisar en qué consisten esas opiniones, ni cómo ellas influyen de forma directa en la decisión de esta causa, pues además la propia recusante sostiene que ese otro conflicto de competencia es diferente y ajeno a la situación de hecho que dio lugar al ocurrido en el caso concreto.

Asimismo, de forma contradictoria en el escrito de promoción de pruebas, sostiene que el único conflicto de competencia que debe ser resuelto por la Sala Plena es el planteado en el juicio seguido por ella, lo que es totalmente opuesto a los argumentos sostenidos por ella en otros actos del proceso.

Este deber de la recusante de expresar los hechos concretos, los cuales necesariamente deben ser pertinentes con alguno de los motivos previstos en la ley como causales de recusación, debe ser cumplido en la oportunidad en que este medio procesal es ejercido, pues ello constituye presupuesto indispensable para permitir al recusado defenderse en el escrito de informes, lo cual impide que ello pueda ser convalidado en alguna otra oportunidad procesal, luego de verificado estos actos procesales.

No obstante, la recusante ni en el momento de la proposición de la recusación, ni en alguna otra oportunidad procesal posterior, explicó ni razonó cuáles son las opiniones emitidas por el hijo del recusado, ni cómo ello tiene relación directa con el caso concreto.

Cabe advertir que aunado a la deficiente fundamentación de la recusación, en el escrito de promoción de pruebas la recusante se limitó a invocar la confesión espontánea respecto del pretendido lazo de consanguinidad, luego de lo cual consignó tres artículos de prensa, uno de ellos publicado en el periódico El Nuevo País, en que un periodista refiere que en opinión del hijo del recusado el revocatorio presidencial podrá ser realizado en el mes de agosto de este año, y los otros dos publicados en el Semanario La Razón, uno de ellos suscrito por Manuel Isidro Molina, en el cual se afirma que existe un proyecto de sentencia respecto del caso concreto, que perjudica los intereses de la recusante, y el otro consiste en declaraciones rendidas por la propia recusante sobre juicio seguido por ella. Finalmente, en el mismo acto consignó un video que reproduce uno de los programas Aló Presidente, en que afirma fue entrevistado el hijo del recusado.

Esto demuestra que los hechos invocados por la recusante no son pertinentes ni guardan relación con los discutidos en el caso concreto, al margen de que en modo alguno explica cuál es la opinión sostenida por el hijo del recusado, que además afirma se refieren a otro caso, el cual considera tiene un fundamento de hecho completamente distinto del suyo, sin razonar en modo alguno cuál es el nexo entre aquél conflicto de competencia y el surgido en el caso concreto, argumento este que luego contradice al afirmar que el único conflicto de competencia por decidirse en Sala Plena es el planteado en el juicio seguido por ella.

Tampoco pasa inadvertido que la recusante pretende obtener efectos probatorios en su beneficio, de un recorte de prensa que contiene declaraciones emitidas por ella misma respecto del caso concreto, lo que no es posible en el ordenamiento jurídico procesal civil venezo-

lano, pues se trata de una prueba creada por la misma promovente, fuera del proceso. Asimismo, no pueda ser establecido con certeza que existe un proyecto de sentencia con un contenido específico, con el sólo soporte probatorio de que un tercero afirma en un periódico haber tenido conocimiento referencial sobre ello.

En mérito de las consideraciones expuestas, el Magistrado que suscribe este fallo considera que la recusación debe ser declarada inadmisibles, lo cual hace innecesario el examen sobre el alegato referido a la extemporaneidad, pues aún en el caso de que hubiese sido tempestiva, ello no puede alterar ni modificar la precedente declaratoria de inadmisibilidad.

Finalmente, cabe advertir que en esta recusación no puede ser resuelto el alegato relacionado con la pretendida constitución inválida de la Sala Plena, pues ello es ajeno a esta incidencia, lo cual ha debido ser formulado en el expediente que contiene las actuaciones relacionadas con el conflicto de competencia. Así se establece.

TSJ-SPA (00095)

11-2-2004

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Carolina Pérez López vs. Recusación (jueza suplente especial del Tribunal Superior octavo de lo Contencioso Tributario).

Es causal de recusación cuando existe pleito civil entre el recusado o alguno de sus parientes dentro de los grados indicados, y el recusante, si se ha principiado antes de la instancia en que ocurre la recusación, y si no han transcurrido doce meses a partir del término del pleito entre los mismos. (ordinal 10 del artículo 82 del CPC)

La abogada Carolina Pérez López, antes identificada, actuando en su carácter de apoderada judicial del **MUNICIPIO CHACAO** del Estado Miranda, planteó recusación contra la abogada Ebissay Romero Perdomo, Jueza Suplente Especial del mencionado Juzgado, en el expediente contentivo del recurso contencioso tributario interpuesto por la contribuyente **AUTO KING C.A.** contra la Resolución nº L/029.04/2004, de fecha 8 de abril de 2002, emanada de la Dirección de Administración Tributaria de la Alcaldía del Municipio Chacao del Estado Miranda, en los siguientes términos

“En virtud del proceso instaurado por la abogada Ebissay Maritza Romero Perdomo –hoy Juez Suplente Especial del Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario- a través del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto contra el Municipio Chacao del Estado Miranda por haber sido removida y retirada como Abogada IV de la extinta Dirección de Liquidación de Rentas Municipales de la Alcaldía del Municipio Chacao, juicio que en la actualidad se está ventilando por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo procedo en nombre de mi representado a recusarla en la presente causa de conformidad con lo establecido en el artículo 82, ordinal 18º del Código de Procedimiento Civil en concordancia con lo establecido en el artículo 90 *ejusdem*”.

DEL INFORME DE LA JUEZA RECUSADA

La Jueza Ebissay Romero Perdomo, señaló en el escrito de informes presentado de conformidad con lo establecido en el aparte segundo del artículo 92 del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente:

- Que en fecha 13 de agosto de 2002, se juramentó como Juez Superior Suplente Especial en lo Contencioso Tributario, tomando posesión del cargo en el Juzgado Superior Octavo de lo Contencioso Tributario, al día siguiente. Alega que posteriormente, en fechas 15

y 18 de agosto de 2002, actuó en el expediente n° 1863, acordando agregar unas pruebas promovidas y ordenando la formación de cuaderno separado. El día 19 de ese mismo mes y año, la representante del Municipio Chacao presentó escrito de oposición a las pruebas promovidas. En fecha 25 de agosto de ese mismo año, la referida Juez decidió acerca de la oposición y admisión de las pruebas promovidas, comisionando a un Juzgado para la evacuación de las mismas. Es así, que en fecha 27 de agosto de ese año, la representante del mencionado Municipio, formuló la recusación, objeto de la presente decisión. Con respecto a lo antes señalado, alega que *“como se puede observar antes de decidirse la Oposición y Admisión de las Pruebas, no se activó, (sic) entendiéndose que estaba al frente del Tribunal”*.

- Admite el hecho de que antes de ser juramentada como Juez Superior Suplente Especial en lo Contencioso Tributario, recurrió contra el acto administrativo emanado del Municipio Chacao, por el cual fue removida del cargo que venía ejerciendo en dicho Municipio. Señala que el recurso interpuesto fue decidido en primera instancia, parcialmente con lugar, decisión ésta que fue apelada por la representación judicial del Municipio de Chacao, ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, Señala que dicho proceso actualmente se encuentra en estado de sentencia. Destaca que *“Durante el Proceso, me he conducido con respeto y consideración a todas las partes intervinientes, no existiendo ninguna expresión que denote ENEMISTAD”*.

- Rechaza, por no ser cierto, que exista enemistad entre su persona y la Alcaldía del Municipio Chacao, por lo cual considera que no está incurso en el numeral 18 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

En primer lugar pasa la Sala a pronunciarse respecto de su competencia para conocer la presente incidencia, en virtud de la remisión que hiciera el Tribunal Superior Octavo de lo Contencioso Tributario, para lo cual se observa:

Al tratarse el caso *sub júdice* sobre una incidencia de recusación, es pertinente destacar que la Sala ha establecido en reiterados fallos, que las reglas para determinar el funcionario competente para decidir las incidencias de inhibición y de recusación, son comunes en nuestro sistema (*Vid.* sentencia número 2001-0839 de fecha 16 de mayo de 2002). En este sentido, el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, establece:

“Conocerá la incidencia de recusación el funcionario que indica la Ley Orgánica del Poder Judicial, al cual se remitirá copias de las actas conducentes que indique el recusante y el funcionario recusado o inhibido.” (destacado de la Sala).

Por su parte, el artículo 48 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, (*Gaceta Oficial* n° 5.262 Extraordinario de 11 de septiembre de 1998) establece lo que a continuación se transcribe:

“La inhibición o recusación de los jueces en los tribunales unipersonales serán decididas por el tribunal de la Alzada, cuando ambos actuaren en la misma localidad; y en el caso contrario los suplentes, por el orden de su elección, decidirán en la incidencia o conocimiento del fondo, cuando la recusación o inhibición sean declaradas con lugar por el tribunal de la alzada o por ellos mismos, a menos que hubiere en la localidad otro tribunal de igual categoría y competencia, caso en el cual deberán ser pasados a éste los autos a los fines del conocimiento de la incidencia o del fondo del asunto, en caso de ser declaradas con lugar la recusación o inhibición.

(...)” (destacado de la Sala).

Conforme a la normativa antes transcrita, el órgano jurisdiccional competente para conocer de la presente incidencia de inhibición, es esta Sala Político-Administrativa de este Supremo Tribunal, en virtud de corresponderle en Alzada el conocimiento de las decisiones emitidas por los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, en atención a lo dispuesto por el artículo 329 del Código Orgánico Tributario. Así se declara.

Corresponde a este Sala determinar de conformidad con los elementos que reposan en el expediente, si es procedente la recusación formulada por la representante del Municipio Chacao del Estado Miranda, abogada Carolina Pérez López.

La mencionada funcionaria fundamentó la recusación planteada contra la abogada Ebissay Romero Perdomo, en su carácter de Juez Suplente Especial del Juzgado Superior Octavo de lo Contencioso Tributario, en el hecho de que la misma ejerció recurso contencioso administrativo de anulación contra el acto administrativo emanado de la Alcaldía del Municipio Chacao, por el cual fue retirada del cargo que venía desempeñando en dicha Alcaldía. Dicho recurso fue declarado parcialmente con lugar, siendo que actualmente se encuentra para decisión, en segunda instancia. Estima la representante del Municipio Chacao que dicha jueza se encuentra incurso en el numeral 18 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil.

Planteado lo anterior, estima esta Sala pertinente pronunciarse con carácter previo, acerca del alegato de la Juez recusada, referido a la extemporaneidad de la recusación formulada y a tal efecto se observa:

Dispone el artículo 90 *eiusdem* lo siguiente:

“La recusación de los Jueces y Secretarios sólo podrá intentarse, bajo pena de caducidad, antes de la contestación de la demanda, pero si el motivo de la recusación sobreviniere con posterioridad a esta, o se tratare de los impedimentos previstos en el artículo 85, la recusación podrá proponerse hasta el día en que concluya el lapso probatorio.

Si fenecido el lapso probatorio, otro Juez o Secretario interviene en la causa, las partes podrán recusarlos por cualquier motivo legal, dentro de los tres días siguientes a su aceptación.

Omissis...”

En el presente caso, se desprende que la juez recusada, en su carácter de Juez Suplente Especial para los Juzgados Superiores de lo Contencioso Tributario, tomó posesión del cargo en el Juzgado Superior Octavo de lo Contencioso Tributario, el día 14 de agosto de 2003, oportunidad para la cual, el proceso que cursaba en el expediente signado con el n° 1863 nomenclatura del referido Juzgado, se encontraba en la fase de promoción de pruebas. En consecuencia, la recusación podía ser interpuesta hasta el fenecimiento del lapso probatorio, tal como lo preceptúa la norma antes transcrita. En el presente caso, aprecia la Sala que la recusación fue interpuesta tempestivamente, ya que para el 27 de agosto de 2002, fecha en la cual se propuso la recusación, no había precluido el lapso probatorio. Así se decide.

Precisado lo anterior, pasa esta Sala a verificar si en efecto la jueza Ebissay Romero Perdomo, se encuentra incurso en la causal prevista en el numeral 18 del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. En este sentido se observa que dicha causal se refiere a la existencia de “*enemistad entre el recusado y cualquiera de los litigantes, demostrada por hechos que, sanamente apreciados, hagan sospechable la imparcialidad del recusado*”.

Ahora bien, esta Sala aprecia que si bien es cierto que en el presente caso, no se desprenden de las actas del expediente elementos que permitan presumir la existencia de una relación de enemistad entre la Juez y los representantes del Municipio Chacao, no obstante, es un hecho admitido la existencia de un juicio incoado por la recusada contra el Municipio Chacao. En consecuencia, para este órgano jurisdiccional, la juez recusada se encuentra incurso en el ordinal 10° del artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, que dispone como causal de recusación: “*Por existir pleito civil entre el recusado o alguno de sus parientes dentro de los grados indicados, y el recusante, si se ha principiado antes de la instancia en que ocurre la recusación, y si no han transcurrido doce meses a partir del término del pleito entre los mismos*”.

Por tanto verificado el hecho de que la juez recusada está incurso en causal de recusación, lo cual compromete su imparcialidad, esta Sala considera que la misma debe ser declarada con lugar. Así se decide.

c. *Tribunal Supremo de Justicia: Facultad de avocamiento*

TSJ-SC (566)

12-4-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Solicitud de avocamiento del Comando Nacional de Campaña Ayacucho de acciones cursantes en la Sala Electoral contra el Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de planillas llenadas por la misma persona, emanado del Consejo Nacional Electoral.

No existen límites para que la Sala Constitucional como máxima intérprete de las normas y principios constitucionales y en aras de velar por su correcta aplicación (artículo 335 de la Constitución), pueda avocarse –de juzgarlo pertinente- al conocimiento de un asunto cursante en un expediente de otra Sala de este Alto Tribunal.

En el presente caso, se ha solicitado el avocamiento de acciones cursantes en la Sala Electoral de este Alto Tribunal, contra el Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de planillas llenadas por la misma persona, emanado del CONSEJO NACIONAL ELECTORAL.

Para decidir acerca de dicha solicitud de avocamiento, la Sala observa que el avocamiento como figura procesal ha sido prevista en el artículo 42. 29 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“Artículo 42. Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:

29.- Solicitar algún expediente que curse ante otro Tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto, cuando lo juzgue pertinente;...”

De la lectura detenida del texto de la disposición parcialmente transcrita en consonancia con las disposiciones de la Constitución de 1999, así como con la doctrina sostenida en fallos de este Tribunal Supremo de Justicia, se observa lo siguiente:

a) La competencia para avocarse corresponde a este Alto Tribunal, sin que sea exclusiva de alguna de sus Salas, pues conforme lo sostenido en la sentencia de la Sala Constitucional del 24 de abril de 2002 (Caso: Sintracemento), *“...la norma contenida en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que reserva de modo exclusivo y excluyente a la Sala Político Administrativa la facultad de avocamiento contenida en el artículo 42.29. de la misma ley, es incompatible con el principio de distribución de competencias por la materia a nivel del máximo tribunal de la República, sin que la propia Constitución lo autorice ni establezca una excepción al mismo en tal sentido...”*. No obstante, la avocación es el privilegio reconocido a una jurisdicción especial para tramitar y resolver una causa pendiente ante el fuero común, lo que necesariamente no se refiere a que el tribunal avocante sea jerárquicamente superior de otro.

b) De acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia antes citada, la Sala ha señalado en distintas oportunidades (v. sentencia del 3 de julio de 2003, caso: Petrolago C.A.), que:

“...-ciertamente- todas las Salas de este Alto Tribunal están facultadas para examinar solicitudes de avocamiento e imbuirse en su conocimiento; sin embargo, tal competencia surgirá siempre y cuando se trate de conflictos propios a su competencia natural.

De allí que esta Sala para conocer de una solicitud de avocamiento deba atender a la atribución contenida en el último aparte del artículo 266 de la Constitución, según la cual le corresponde ejercer la jurisdicción constitucional.

Esta jurisdicción constitucional comprende, como ya lo ha señalado esta Sala en otras oportunidades (v. sentencia del 22 de enero de 2003, caso: Carlos Alberto Gamarra), no sólo la competencia para declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el poder público, dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango legal (artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), sino también la revisión de las sentencias de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de las leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva (numeral 10 del artículo 336 de la Constitución). Así mismo, como la competencia para conocer de las infracciones a derechos y garantías constitucionales a través de la acción de amparo constitucional, o de las acciones tendientes a la protección de derechos o intereses difusos y colectivos”.

Ahora bien, aunque esta Sala en el fallo del 24 de abril de 2002 (Caso: Sintracemiento), declaró nula con efectos generales y pro futuro la norma contenida en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a que la competencia referida en el artículo 42.29. de la misma ley, sólo la ejercía la Sala Político-Administrativa de este Alto Tribunal y dispuso que dicha competencia correspondía a todas las Salas, tal doctrina merece ser ajustada a la realidad jurídico-procesal, por cuanto para avocarse al conocimiento de un asunto se requiere del poder de decisión sobre el fondo o mérito de la causa, y ello porque justamente con el avocamiento se deroga la competencia del juez que conoce, basada en causas que lo justifiquen, siempre que el avocante sea también competente.

A este respecto, la Sala Constitucional ha ratificado (*ver*, sentencia del 20 de diciembre de 2001, caso: Javier Elechiguerra Naranjo), su competencia para conocer de los recursos de inconstitucionalidad que se interpongan contra leyes o actos de los poderes públicos que se dicten en ejecución directa de la Constitución o que tengan rango de ley; competencia prevista expresamente en el Texto Fundamental (v. artículos 334, último aparte, y 336.4).

La sentencia antes citada aclaró que *“...la calificación de acto dictado en ejecución directa de la Constitución, esta (sic) referida a la forma de cómo un determinado acto jurídico se articula con las normas constitucionales, es decir si su ejecución obedece en primer término a una disposición legal que regula su práctica o si deriva directamente de una norma constitucional que no requiere de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto. Es un hecho bastante generalizado que los derechos fundamentales y la normativa que se refiere a la creación de órganos de los poderes públicos y su habilitación, en la mayoría de las constituciones vigentes en distintos países, son considerados de aplicación inmediata y directa”.* En este orden de ideas, puede observarse que no se ha dictado una ley para regular ninguna de las modalidades “referendarias”, de tal manera que la normativa elaborada a tales efectos por el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL son actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, fundados en el artículo 72 y en la Disposición Transitoria Octava de la Carta Magna. La invocatoria de la Ley Orgánica del Poder Electoral y el mismo artículo 293 constitucional es a los solos efectos de fundamentar la competencia, pero no hay texto legal pre o post-constitucional que regule los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular.

Siendo así, los actos que regulan la materia son de ejecución directa de la Constitución, o desarrollan, amplían o aclaran otros actos sancionados por el mismo Poder Electoral (ejecutando la Constitución), motivo por el cual es esta Sala la competente para conocer su nulidad fundada en violaciones constitucionales.

Por otra parte, el actual Consejo Nacional Electoral, es de carácter provisional, designado por la Sala Constitucional con base en el artículo 336.7 Constitucional, ante la omisión de la Asamblea Nacional en su obligación constitucional de designar los Rectores del Poder Electoral. Tiene, pues, la Sala Constitucional la obligación de supervisar el cumplimiento de la Constitución y, además, los términos del fallo del 25 de agosto de 2003, que resolvió la aludida omisión y en el cual se dispuso –entre otras cosas– que:

“3°) La Sala garantiza, al Poder Electoral que ella nombre en forma provisoria, la mayor autonomía, tal como corresponde a uno de los Poderes Públicos.

El órgano rector del Poder Electoral, conforme al artículo 293.1 constitucional, podrá desarrollar la normativa que le asigna la Ley Orgánica del Poder Electoral, elaborar los proyectos de leyes que le corresponden con exclusividad conforme a las Disposición Transitoria Tercera de la citada Ley, y presentarlas ante la Asamblea Nacional.

Corresponde al Poder Electoral la normativa tendente a la reglamentación de los procesos electorales y los referendos, en desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Electoral, en particular la que regula las peticiones sobre los procesos electorales y referendos, así como las condiciones para ellos, la autenticidad de los peticionarios, la propaganda electoral, etc, así como resolver las dudas y vacíos que susciten las leyes electorales.

4°) Dentro de la autonomía del Poder Electoral, los órganos de dicho Poder señalarán los términos para cumplir sus cometidos”.

La materia referendaria atiende a una Ley especial que no se ha dictado, motivo por el cual lo que a ella se refiere es ejecución directa del artículo 72 constitucional.

c) La norma (artículo 42.29 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal) no distingue el tipo de proceso objeto del avocamiento, pues como ya se apuntó se trata de un medio legal de derogación de la competencia, de modo que puede producirse en cualquier causa independientemente de la materia que se trate (sea constitucional, electoral, penal, laboral, administrativa, etc.), cuando el avocante “...lo juzque pertinente...”, si fuere competente.

d) El avocamiento puede producirse en cualquier estado y grado de la causa, ya que la norma no impone expresa ni tácitamente un límite a ello, siendo lo relevante que exista una causa que lo amerite.

e) El abogado es el “Tribunal” donde cursa originalmente el expediente objeto del avocamiento, sin importar su jerarquía ni su ubicación territorial, pues ello no es determinante para su procedencia como se desprende del texto de la disposición que prevé esta figura procesal; siendo, en cambio, lo determinante, tanto en el avocamiento como en la revisión, la supremacía potestativa de la Sala Constitucional en orden a garantizar la intangibilidad de la Carta Magna y la vigencia del Estado Democrático y social de Derecho y de Justicia. La Sala ratifica que su potestad revisora, respecto de las decisiones de otras Salas, se hace en ejercicio de la jurisdicción constitucional, conforme lo dispone el artículo 266.1 y el Título VIII de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo que a la vez le permite avocarse en los casos en que otra Sala esté conociendo y resolviendo una cuestión constitucional que está atribuida a la Sala Constitucional.

De esta manera, no existen límites para que la Sala Constitucional como máxima intérprete de las normas y principios constitucionales y en aras de velar por su correcta aplicación (artículo 335 de la Constitución) pueda avocarse –de juzgarlo pertinente– al conocimiento de un asunto cursante en un expediente de otra Sala de este Alto Tribunal, toda vez que como se ha sostenido en el fallo n° 37 del 25 de enero de 2001 (caso: Israel Fernández Amaya y otros), lo resaltante es que: “...*el ejercicio de la jurisdicción constitucional, conforme lo prevé el artículo 266.1 y el Título VIII sobre la Protección de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no implica superioridad jerárquica de la Sala Constitucional, sino potestad para garantizar la supremacía Constitucional, conforme al Estado de derecho y de justicia, proclamado por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*”. Por lo que, constatada una situación que contraría los postulados constitucionales, la Sala Constitucional debe avocarse, sin importar que se trate de una Sala de este Supremo Tribunal quien conoce la causa, siempre que haya necesidad de garantizar la supremacía de la Constitución. Esto no significa que una Sala sea superior a la otra, ni que el avocamiento necesariamente funcione de superior a inferior.

La posibilidad de que una Sala de este Supremo Tribunal se avoque al conocimiento de causas que cursan en otra de sus Salas, fue resuelta por la Sala Político-Administrativa de este Alto Tribunal, con ocasión de una solicitud de avocamiento formulada por las abogadas Alicia González Quintero, Farra Antor Taja, Aurilivi Linares Martínez, Lennia Suárez Balza y Mercedes Gómez Castro, actuando como representantes de la República de Venezuela, en causas relacionadas con la sucesión *ab intestato* del ciudadano Miguel Ángel Capriles Ayala, requirió un expediente a la Sala de Casación Civil, para el examen de la procedencia o no del avocamiento que le fue pedido (v. sentencia de la Sala Político-Administrativa del 11 de noviembre de 1999, en el expediente 16.289).

f) Existe un amplio margen de discrecionalidad en la consideración de motivos que pueden generar el avocamiento de un asunto, ya que el legislador lo dejó a criterio del avocante, tal es el caso de la subversión del orden procesal por parte del abogado (v. entre otras, sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15 de febrero de 2001, caso: Fondo de Inversiones de Venezuela).

Además, para decidir acerca del avocamiento el avocante está facultado por la norma para requerir el expediente que contenga la causa al tribunal donde la misma curse, (v. sentencia de la Sala Constitucional del 3 de julio de 2003, caso Petrolago C.A.), pero si el avocado no cumple con el requerimiento del avocante ello no impide que éste evalúe las circunstancias y juzgue sobre la pertinencia del avocamiento que le fue solicitado, siendo el propio incumplimiento un argumento en favor del avocamiento.

Hechas las anteriores consideraciones, la Sala para decidir acerca de la solicitud de avocamiento formulada, observa:

1.- Que, en atención a lo dispuesto en el artículo 42.29 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esta Sala Constitucional requirió mediante comunicación motivada del 11 de marzo de 2004 a la Sala Electoral, el envío de todos los expedientes contentivos de las acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular, a fin de resolver sobre la procedencia o no del avocamiento solicitado por el ciudadano ISMAEL GARCÍA, en su carácter de representante del COMANDO NACIONAL DE CAMPAÑA AYACUCHO, asistido por el abogado JUAN JOSÉ MOLINA BERMÚDEZ, así como le ordenó que desde el recibo de la comunicación respectiva (efectuada el 11 de marzo de 2004) paralizara todos los procesos y se abstuviera de decidir los mismos, debiendo remitir -de inmediato- a esta Sala, hasta que se resuelva el avocamiento, cualquier acción que se incoase en dicho sentido.

Dicho requerimiento fue desatendido por la Sala Electoral Accidental, la cual en abierta y crasa infracción de la Constitución y de la interpretación vinculante de sus normas efectuada por esta Sala Constitucional (sentencia del 30 de junio de 2000, caso: Dilia Parra), mediante oficio n° 04-052 del 18 de marzo de 2004 suscrito por el Presidente de la Sala Electoral, informó que “...esta Sala Electoral Accidental, ratifica su competencia para el conocimiento de la causa que se ventila en esta Sala Accidental, y declara que no ha lugar los requerimientos contenidos en el oficio antes identificado por cuanto los mismos son inaccesibles en derecho”; no obstante, que en varios de los escritos contentivos de las acciones incoadas en dicha Sala Electoral, los actores invocaron actuar en defensa de los intereses difusos y colectivos, los cuales son del conocimiento exclusivo de esta Sala, conforme al citado fallo de 30 de junio de 2000, a menos que la Ley diga lo contrario.

2.- Que como antes se apuntó la Sala Electoral Accidental haciendo caso omiso a la orden emanada de esta Sala, dictó el 15 de marzo de 2004 decisión en cuyo dispositivo, declaró lo siguiente:

“...**CON LUGAR** la acción de amparo constitucional cautelar, interpuesta en forma conjunta con el presente recurso contencioso electoral, en consecuencia, 1.- **SE SUSPENDEN** los efectos del INSTRUCTIVO SOBRE EL TRATAMIENTO POR EL COMITÉ TÉCNICO SUPERIOR DE LAS FIRMAS DE CALIGRAFÍA SIMILAR O RENGLONES DE PLANILLAS LLENADAS POR LA MISMA PERSONA y de la Resolución N° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, dictada por el Consejo Nacional Electoral. 2.- **SE ORDENA** al Consejo Nacional Electoral desaplique a las firmas colocadas “bajo observación” relacionadas en el literal “h” del Primer Resuelve de la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, cuya nulidad ha sido solicitada, y que alcanza el número de ochocientas setenta y seis mil diecisiete (876.017), el criterio contenido en el INSTRUCTIVO SOBRE EL TRATAMIENTO POR EL COMITÉ TÉCNICO SUPERIOR DE LAS FIRMAS DE CALIGRAFÍA SIMILAR O RENGLONES DE PLANILLAS LLENADAS POR LA MISMA PERSONA”, también impugnado, que impone la exigencia de ratificación de la manifestación de voluntad de los titulares de esas firmas (denominado reparo negativo). 3.- **SE ACUERDA** incluir o sumar a las solicitudes validadas por el Consejo Nacional Electoral para la convocatoria del referendo revocatorio que alcanza la cantidad de un millón ochocientas treinta y dos mil cuatrocientos noventa y tres (1.832.493) solicitudes, conforme se desprende del literal “e” del Primer Resuelve de la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, las ochocientas setenta y seis mil diecisiete (876.017) firmas o solicitudes relacionadas en el literal “h” del Primer Resuelve de la tantas veces aludida Resolución, operación ésta que arroja la cifra total de DOS MILLONES SETECIENTAS OCHO MIL QUINIENTAS DIEZ (2.708.510) de solicitudes o firmas. En virtud de la anterior operación aritmética efectuada, esta Sala **ORDENA** al Consejo Nacional Electoral aplicar a tales solicitudes el procedimiento de reparo conforme a lo establecido en el artículo 31 de las **NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR**, a los fines de que los ciudadanos que manifiesten no haber firmado soliciten su exclusión. 4.- **SE ORDENA** al Consejo Nacional Electoral incluir en el proceso de reparo a ser convocado, a los electores firmantes contenidos en las 39.060 planillas que han sido invalidadas por dicho órgano electoral, con fundamento en lo establecido en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular. 5.- **SE ORDENA** al Consejo Nacional Electoral proceda a efectuar el procedimiento de reparo en el lapso establecido en el artículo 31 de las **NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR** y luego de realizado éste procedimiento, y de existir al menos el veinte por ciento (20%) de solicitudes válidas, proceda a convocar el referéndum revocatorio a que se refiere el presente fallo, en el lapso establecido en el artículo 33 de dichas Normas”.

3.- No obstante el evidente desacato al mandamiento librado por esta Sala Constitucional, no se precisa en este caso el expediente de la causa cursante en la Sala Electoral para decidir el avocamiento aquí solicitado, pues es un hecho notorio comunicacional que lo deba-

tido en el mismo así como en otros casos que tienen igual contenido, cursantes en la Sala Electoral, es un asunto de interés nacional cuyo origen obedece al ejercicio de los derechos y poderes que otorga la Constitución (como la participación política) y en virtud de que lo planteado ante la Sala Electoral se trata de recursos de nulidad por inconstitucionalidad contra actos del Poder Electoral, para lo cual esta Sala tiene competencia, tal y como lo declaró en sentencia n° 2748 de 20 de diciembre de 2001 (Caso: Javier Elechiguerra).

4.- Que una lectura detenida del fallo dictado por la Sala Electoral Accidental el 15 de marzo de 2004, revela que -en uno de los procesos sujeto a avocamiento- se han infringido postulados constitucionales como los contenidos en los artículos 26, 49 y 257 del Texto Fundamental, pues la Sala Electoral Accidental pasó directamente a decidir sobre “el amparo cautelar” que le fue solicitado, sin pronunciarse sobre su competencia para conocer del recurso principal, lo cual es indispensable por tratarse el amparo cautelar de una medida accesoria al recurso de nulidad ejercido.

Por otra parte, se observa que se le dio carácter inmutable y definitiva a una decisión sobre una solicitud de amparo cautelar, el cual opera como medio provisional “*hasta tanto se dicte la sentencia sobre el mérito de la causa*”, mención ésta que olvido indicar la Sala Electoral Accidental cuando suspendió los efectos del acto recurrido y ordenó su desaplicación, y dispuso más allá de esto una serie de órdenes a la autoridad nacional electoral.

Dicho actuar de la Sala Electoral Accidental contrarió el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución, así como también doctrina vinculante de esta Sala en materia de procedimiento para tramitar los llamados amparos cautelares (v. sentencia n° 88/2000, caso: Ducharne de Venezuela, C.A.), “*al decidir la pretensión cautelar incoada inaudita altera pars, sin permitir al presunto agravante plantear su oposición a la presunta cautela otorgada*”, y sin ni siquiera requerir los antecedentes administrativos del caso, tal y como lo declaró esta Sala en la sentencia del 23 de marzo de 2004, dictada con ocasión a la revisión constitucional solicitada por el ciudadano ISMAEL GARCÍA, en su carácter de Diputado de la Asamblea Nacional por el Estado Aragua y Coordinador Nacional de la agrupación de ciudadanos Comando Nacional de Campaña Ayacucho de la sentencia n° 24 dictada, el 15 de marzo de 2004, por la Sala Electoral Accidental de este Tribunal Supremo de Justicia, en la cual se declaró nula dicha sentencia.

Observa la Sala, que la Sala Electoral Accidental -en el mismo proceso antes señalado- sin haber admitido el recurso de nulidad al cual se adosó el amparo cautelar, dio curso a éste, convirtiéndolo así en un amparo autónomo, el cual sólo puede ser conocido por esta Sala por tratarse de actos emanados del Poder Electoral (artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

Es más, la Sala Electoral Accidental que decidió una de las causas sobre la cual versa el presente avocamiento, contrarió su propia jurisprudencia, al sustituirse en el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL (ver números 3, 4 y 5 del dispositivo del fallo parcialmente transcrito), cuando en sentencia del 27 de mayo de 2003 bajo la ponencia del Magistrado Alberto Martini Urdaneta, (caso: Confederación de Trabajadores de Venezuela) ha sostenido que “*...a esta Sala Electoral, en tanto órgano jurisdiccional, no le es posible sustituir a un órgano administrativo electoral en el ejercicio de sus facultades y atribuciones*”.

Al obrar así, contrariando su propia doctrina, dicha Sala pone en entredicho la cobertura constitucional con relación a los recursos de nulidad incoados contra actos del CONSEJO NACIONAL ELECTORAL, donde la Sala Electoral podría de nuevo -al decidir- invadir el ámbito propio del Poder Electoral, creando una coadministración que resulta inconstitucional.

Por ello, esta Sala Constitucional ratifica que su potestad revisora, respecto de las decisiones de otras Salas, se hace en ejercicio de la jurisdicción constitucional, conforme lo dispone el artículo 266.1 y el Título VIII de la Constitución de la República Bolivariana de

Venezuela, lo que a la vez le permite avocarse en los casos en que otra Sala esté conociendo y resolviendo una cuestión constitucional que está atribuida a la Sala Constitucional, como lo es el caso de la nulidad de los actos impugnados en la Sala Electoral, los cuales han sido dictados en ejecución directa de la Constitución, y en su contenido desarrollan, amplían o aclaran otros actos sancionados por el mismo Poder Electoral (ejecutando la Constitución). Esto sin perjuicio de la competencia que tiene la Sala Electoral en materia contencioso-electoral.

Siendo ello así, esta Sala atendiendo a la razonabilidad y ponderación de los hechos suscitados con ocasión de las causas sobre las cuales se ha formulado la presente solicitud, y en aras de preservar la correcta administración de justicia, que conlleva al desarrollo de un proceso donde se garantice la aplicación de los principios y garantías constitucionales, visto que se ha producido al menos en un proceso un desorden procesal en la Sala Electoral que atenta contra el Estado de Derecho y la transparencia de la justicia, juzga pertinente avocarse al conocimiento de las causas señaladas por el solicitante, las cuales resolverá con carácter definitivo. Así se decide.

En consecuencia, se ordena a la Sala Electoral remita de inmediato a esta Sala Constitucional los expedientes contentivos de las acciones objeto de la presente solicitud así como todos los expedientes contentivos de las acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular en atención a las razones ya apuntadas; acciones que se tramitarán y decidirán, conforme a lo expuesto *supra*. Así se decide.

Se declara nula cualquier decisión que en dichos expedientes se haya tomado por la Sala Electoral Accidental o Principal, a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes, comunicada según oficio n° 04-0570 de esta Sala. Además, de lo ya anulado según sentencia de esta Sala n° 442 del 23 de marzo de 2004. Infórmese al CONSEJO NACIONAL ELECTORAL que sólo debe acatar las decisiones de esta Sala Constitucional en la materia de que se trata este fallo. Así se decide.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 335 de la Constitución, la doctrina contenida en el presente fallo tiene carácter vinculante y por tanto se ordena su publicación en la *Gaceta Oficial*. Así se decide.

TSJ-SE (37)

12-4-2004

Magistrado Ponente: Alberto Martini Urdaneta

Caso: Julio Borges y otros vs. Consejo Nacional Electoral

La Sala Electoral señala, conforme a sentencia de la Sala Constitucional n° 806/2002 (SINTRACIMIENTO), que el avocamiento es la facultad que ahora ostentan todas las Salas de ese Alto Tribunal, mediante la cual se decide conocer de una causa que se está sustanciando en un tribunal de menor jerarquía y con respecto a la cual resulte afín en términos de competencia material, independientemente que la respectiva Sala no constituya la “alzada” del tribunal al cual se le sustrae la competencia para conocer.

Corresponde a esta Sala Electoral, en primer término, efectuar las siguientes consideraciones:

En fecha jueves 1° de abril de 2004 se recibió en esta Sala Electoral Accidental oficio n° 04-0697 emanado de la Sala Constitucional Accidental en esa misma fecha -dando cuenta el Juez Sustanciador y Presidente de la Sala Electoral de dicho oficio en el día de hoy, 12 de

abril de 2004, por no darse despacho en esta Sala los días viernes y habiéndose acordado en reunión ordinaria de Sala el día jueves 25 de marzo de 2004 no dar audiencia en los días lunes, martes y miércoles de la siguiente semana-, en virtud del cual notifica que “es[a] Sala en sesión del 31 de marzo de 2004, aprobó la sentencia presentada por el Magistrado doctor Jesús Eduardo Cabrera Romero, mediante el cual declara procedente el avocamiento solicitado por el ciudadano Ismael García, en su carácter de Coordinador Nacional del COMANDO NACIONAL DE CAMPAÑA AYACUCHO.” y, en consecuencia, “...se avoca de inmediato al conocimiento de las causas contenidas en los expedientes números 2004-0013, 2004-0014, 2004-0017 y 2004-0021, las cuales deben ser remitidas de inmediato a es[a] Sala, junto con todos los expedientes contentivos de las acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos de mandatos de cargos de elección popular”. Expresando, asimismo, que “...la sentencia aprobada por es[a] Sala declara nula cualquier decisión que en dichos expedientes se haya tomado por parte de es[ta] Sala Electoral Accidental o Principal, a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes mencionados, y que fue comunicada a es[ta] Sala según oficio n° 04-0570 emanado de es[a] Sala Constitucional; además de lo anulado anteriormente según sentencia n° 442 del 23 de marzo de 2004, dictada por es[a] Sala.”.

Ahora bien, del contenido del mencionado oficio se evidencia, de manera inequívoca, que esa Sala Constitucional Accidental pretende darle a tal comunicación la fuerza ejecutoria de la sentencia de avocamiento que la misma expresa haber dictado el día 31 de marzo de 2004 y que a la fecha no se encuentra publicada, de manera que aún no cumple con los extremos que establece el artículo 247 del Código de Procedimiento Civil.

No obstante ello la Sala Constitucional Accidental emitió, el miércoles 31 de marzo de 2004, una Nota de Prensa publicada en la página web del Tribunal Supremo de Justicia, constituyendo un hecho público comunicacional, y a pesar de la referida irregularidad procesal, pues vulnera lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, señala que establece doctrina vinculante, obviando que la publicación de los fallos se erige como un requisito *sine qua non* a los fines de que éstos puedan ser considerados como válidos y, en consecuencia, surtir los efectos de ley, evidenciando la clara intención de la Sala Constitucional Accidental de abrogarse una competencia que no le corresponde y sustraer con ello a esta Sala Electoral -natural y Accidental- del conocimiento de todas las causas relacionadas con “...los procesos de referendos de mandatos de cargos de elección popular”, resultando esta intención reforzada con la afirmación que extiende, dicha Sala, de haberse avocado “...de inmediato al conocimiento de las causas contenidas en los expedientes números 2004-0013, 2004-0014, 2004-0017 y 2004-0021,....”, y haber declarado “...nula cualquier decisión que en dichos expedientes se haya tomado por parte de es[ta] Sala Electoral Accidental o Principal, a partir de la fecha de recepción de la orden de remisión de los expedientes mencionados, y que fue comunicada a es[ta] Sala según oficio n° 04-0570 [de fecha 11 de marzo de 2004] emanado de es[a] Sala Constitucional; además de lo anulado anteriormente según sentencia n° 442 del 23 de marzo de 2004, dictada por es[a] Sala”, nada señala en dicho oficio que se hubiera establecido “doctrina vinculante”.

Debe advertir esta Sala Electoral Accidental que el avocamiento previsto en el numeral 29 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tal y como fue señalado en la referida sentencia de la Sala Constitucional n° 806/2002 (SINTRACEMENTO), es la facultad que ahora ostentan todas las Salas de este Alto Tribunal, mediante la cual se decide conocer de una causa que se está sustanciando en un tribunal de menor jerarquía y con respecto a la cual resulte afín en términos de competencia material, independientemente que la respectiva Sala no constituya la “*alzada*” del tribunal al cual se le sustrae la competencia para conocer.

Observa igualmente esta Sala Electoral accidental que en ninguno de los procesos (Expedientes números AA70-E-2004-000004; AA70-E-2004-000005; AA70-E-2004-000007; AA70-E-2004-000013; AA70-E-2004-000014 (cuyo desistimiento se homologó en fecha de 4 marzo de 2004); AA70-E-2004-000016 (cuyo desistimiento se homologó en fecha 4 de marzo de 2004); AA70-E-2004-000017; AA70-E-2004-000021; AA70-E-2004-000026 y AA70-E-2004-000029) respecto de los cuales la Sala Constitucional Accidental pretende avocarse ha lugar a desorden procesal alguno que justifique tal medida, muy por el contrario, la mayoría de ellos están aún en fase de estudio a fin de iniciar su trámite y en la causa que se encuentra más adelantada (Expediente n° 2004-000021) se debe dictar sentencia en el día de hoy, 12 de abril de 2004, de manera que no adolece ni adoleció en su trámite de inconveniente procesal alguno que haga derivar en tal infundada conclusión.

Esta causa fue admitida en su oportunidad, previo análisis de recusaciones que fueran planteadas en forma anticipada, tal y como ha sucedido en otros expedientes que cursan ante esta Sala o cualquiera otra de las que integran este Alto Tribunal, incluyendo las que tramita la Sala Constitucional Accidental, como sí sucede en la sustanciación de la solicitud de avocamiento que origina este pronunciamiento, donde se observa la constitución de Salas Constitucionales Accidentales, luego de varias y sucesivas recusaciones, integradas, además, dichas Salas Constitucionales Accidentales, por Magistrados (Argenis Riera Encinoza y Juan Vicente Vadell Graterol) que conformaron la extinta Junta Directiva del Consejo Nacional Electoral en la época en que la Sala Constitucional se vio obligada, mediante sentencia de fecha 29 de mayo de 2000, a suspender íntegramente el acto electoral (Megaelecciones) fijado por la Asamblea Nacional Constituyente para el 28 de mayo de 2000, por considerar, en ese caso, que la *“...violación del derecho constitucional previsto en el artículo 143 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y alegada por los accionantes, ha quedado debidamente acreditada y que, en consecuencia, la información requerida para que el derecho al sufragio pueda ser ejercido en términos justos, no es idónea...”*.

En virtud de ello, esta Sala Electoral Accidental rechaza y niega todo lo expresado en cuanto al supuesto “desorden procesal” imputado por la Sala Constitucional Accidental a este órgano judicial con fundamento en los criterios contenidos en los fallos n° 24 de fecha 15 de marzo de 2004, y n° 27 del 29 del mismo mes y año, el primero de ellos anulado mediante sentencia n° 442 de la Sala Constitucional Accidental del 23 de marzo de 2004, así como también de las distintas manifestaciones de apoyo a tales decisiones efectuadas por reconocidos académicos y profesionales del derecho constitucional a través de los distintos medios de comunicación social.

De este modo, la orden de la cual pretende la Sala Constitucional Accidental construir un imaginario desacato por parte de esta Sala Electoral, no tiene sustento legal alguno que avale su procedencia, ya que su pretendido fundamento es una sentencia inexistente por la indebida constitución del órgano y por la omisión de las firmas de todos los Magistrados, de lo cual da fe el Comunicado que el Presidente de la Sala Constitucional emitió en vista de la diligencia suscrita por los Magistrados Antonio García García y Pedro Rondón Haaz.

En efecto, en dicho Comunicado el Magistrado Iván Rincón Urdaneta reconoce que se le *“advirtió”* al Magistrado Antonio García García que la sentencia ya estaba aprobada por los Magistrados Iván Rincón, José Delgado Ocando y Jesús Eduardo Cabrera, que *“...se le entregó el texto escrito firmado ya por los tres magistrados que lo aprobaron”*, sin que a la presente fecha esta situación hubiere sido *“aclarada”* por los organismos competentes, toda vez que en la misma se discute la veracidad de las afirmaciones que expresan unos y otros Magistrados de igual jerarquía. Finalmente, esta Sala Electoral Accidental en virtud del estudio efectuado a las actuaciones emanadas de la Sala Constitucional Accidental, incluyendo el oficio n° 04-0697 de fecha 1° de abril de 2004, antes aludido, y con fundamento en las consideraciones expresadas AFIRMA su competencia para conocer de todas las acciones inter-

puestas por ante este órgano jurisdiccional en virtud de las facultades que para ello le confiere el artículo 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como la doctrina vinculante de esta misma Sala y de la sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

TSJ-SPA (0027)

23-3-2004

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Consejo Bancario Nacional vs. Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.

Para la Sala Político Administrativa asumir el conocimiento y decisión de una causa que cursa ante otro tribunal, en la misma debe existir un manifiesto interés colectivo, afectado por una situación excepcional; o que en el juicio cuyo avocamiento se solicita, se evidencie un desorden de tal magnitud que exija su intervención; o que sea indispensable tal medida para evitar flagrantes injusticias o denegación de justicia. Sobre la base de estos parámetros, corresponde a dicha Sala analizar, en cada caso concreto, si se justifica la utilización de ese mecanismo extraordinario.

Planteada en los anteriores términos la solicitud de avocamiento, esta Sala pasa analizar la misma, teniendo en cuenta los lineamientos reiterados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia patria, a los fines de determinar la procedencia de dicha figura.

En tal sentido, cabe destacar que el avocamiento constituye una institución jurídica de naturaleza excepcional, mediante la cual, de conformidad con lo previsto en el ordinal 29 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la Sala, de juzgarlo pertinente, puede solicitar algún expediente que curse ante otro tribunal y avocarse al conocimiento del asunto.

Ahora bien, con respecto a esta facultad de avocación que se le concede en la actualidad a las distintas Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia, según el criterio de afinidad por la materia, tanto la extinta Corte Suprema de Justicia como este Supremo Tribunal, han elaborado una doctrina, de la cual se desprenden algunos principios rectores indispensables para impedir el uso indiscriminado de este especial mecanismo procesal, que podría llegar a perturbar injustificadamente la competencia natural del juez, originariamente investido de ella por el legislador. Así, se ha establecido que para la Sala asumir el conocimiento y decisión de una causa que cursa ante otro tribunal, en la misma debe existir un manifiesto interés colectivo, afectado por una situación excepcional; o que en el juicio cuyo avocamiento se solicita, se evidencie un desorden de tal magnitud que exija su intervención; o que sea indispensable tal medida para evitar flagrantes injusticias o denegación de justicia.

Sobre la base de estos parámetros, corresponde a la Sala analizar, en cada caso concreto, si se justifica la utilización de este mecanismo extraordinario. A tal efecto, se observa lo siguiente:

La solicitud formulada por el abogado Alí José Daniels se sustenta básicamente, en el hecho de que se están prestando lo que califica como “servicios bancarios” bajo “...condiciones que afectan enormemente al público y violan en consecuencia la garantía que está señalada en el artículo 117 de la Constitución de disponer de ‘servicios de calidad’, y más aún en el supuesto de las instituciones bancarias que prestan una actividad que constituyen un servicio público...”.

Tales condiciones se circunscriben principalmente, a que el Consejo Bancario Nacional optó por disminuir en más de un 50% el tiempo de atención al público, verificándose largas colas para la realización de un trámite bancario, razón por la cual la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, se vio en la necesidad de dictar la Resolución n° 260.02, de fecha 31 de diciembre de 2002, instruyendo a dichas instituciones a lo siguiente: a) atender a sus clientes y usuarios en su horario habitual, vigente al 29 de noviembre de 2002, y b) que el incumplimiento de tal Resolución, daría lugar a la aplicación de sanciones conforme al ordenamiento jurídico vigente.

También afirma el solicitante, que la mencionada Resolución fue recurrida ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo conjuntamente con medida de suspensión de efectos. De ahí que, ante la posibilidad de que el acto impugnado sea suspendido por vía cautelar y en atención a los graves perjuicios que ello acarrearía a la colectividad, entre los cuales destacó la violación a la garantía prevista en el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es por lo que solicitaba la avocación de esta Sala a la causa que cursaba ante la citada Corte, distinguida con las letras y números AB01-A-2003-000019.

Por su parte, los apoderados judiciales del Consejo Bancario Nacional, indicaron que aún en el supuesto de ser ciertos los presupuestos fácticos en los que se sustenta la presente solicitud de avocamiento éstos “perdieron en la actualidad vigencia y sustento, pues mediante decisión del 29 de enero de 2003, el Consejo Bancario Nacional acordó mejorar la practica fijada el pasado 9 de diciembre, determinando que el horario de atención al público por parte de los bancos y demás instituciones financieras sería de 8:30 a.m a 3:30 p.m....”.

En tal virtud, concluyen que no existe en el presente caso una circunstancia excepcional que justifique el avocamiento por parte de esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y por tanto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo debe seguir conociendo de la causa objeto de la solicitud bajo estudio.

Al respecto, observa este Alto Tribunal que los supuestos que se han establecido para la procedencia de la figura del avocamiento se refieren principalmente a: i) que las garantías o medios existentes resulten inoperantes para la adecuada protección de los derechos e intereses jurídicos de las partes intervinientes en determinados procesos; ii) que el asunto curse ante otro Tribunal de la República, con independencia de su jerarquía, competencia y especialidad, sin importar la etapa o fase procesal en que se encuentre el asunto; iii) que las presuntas irregularidades denunciadas en la solicitud de avocamiento, hayan sido oportunamente reclamadas sin éxito en la instancia donde curse la causa; iv) que exista un desorden procesal de tal magnitud que trascienda el mero interés privado de las partes involucradas y exija la intervención de este órgano jurisdiccional; y v) que exista una situación de manifiesta injusticia o de evidente error judicial. Tales presupuestos no son necesariamente de carácter concurrentes; por tal virtud la Sala puede avocarse con fundamento en la existencia de uno de ellos si fuere el caso, quedando a su discreción la valoración de estas circunstancias.

Bajo tales premisas y a los fines de determinar si se encuentran satisfechos los presupuestos de procedencia de la solicitud de avocamiento, advierte la Sala que la actividad bancaria constituye una de las actividades económicas que están sujetas a las mayores regulaciones y controles por parte del Estado. De manera que, aún cuando los Bancos funcionen bajo la forma de sociedades de comercio, ellos están sometidos a una serie de controles que se ejercen tanto por parte de la Superintendencia de Bancos como por el Banco Central de Venezuela, de acuerdo con las disposiciones especiales de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, así como de otros textos legales.

Este fenómeno de intervención directa del Estado, en materia de control de regulación de la actividad desarrollada por los bancos e instituciones financieras, se inscribe dentro del cada vez más "...complejo y moderno fenómeno de la permanente y creciente intervención estatal en todas las manifestaciones de la actividad económica de un país...", tal y como lo definen Bollini Shaw y Boneo Villegas en su obra titulada *Manual para Operaciones Bancarias y Financieras*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 4ª ed., 1981, p. 26, la cual tiene bases constitucionales perfectamente definidas, que permiten al Estado emprender toda una gama de actuaciones administrativas de diverso orden, con la clara finalidad de proteger el sistema financiero en general y los intereses del público.

Lo anterior guarda relación con la materia analizada, en virtud de que la causa cuyo avocamiento se solicita, versa sobre la impugnación de un acto emanado de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, en uso de la atribución que según lo expuesto por el solicitante, le confiere el artículo 220 del Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras. De ahí que, la Resolución recurrida fue dictada por la mencionada autoridad de vértice, actuando como servicio técnico que le compete la inspección, vigilancia y fiscalización de los Bancos y Otras Instituciones Financieras y en tal sentido, resulta claro que en la presente controversia están en juego intereses que afectan a toda la colectividad y en tal medida se podría legitimar el hecho de que la Sala, en principio, ejerza la excepcional facultad que ha sido prevista en el ordinal 29 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, lo arriba expresado no conduce irremediamente a que se haga uso de la mencionada figura, toda vez que, como destacan los apoderados judiciales del Consejo Bancario Nacional en su escrito de oposición, la situación fáctica que justifica la medida debe estar latente y no puede ser reparada por los mecanismos procesales ordinarios.

Siendo ello así, se aprecia que los oponentes a la solicitud planteada ante esta Sala sostuvieron en torno a dicho particular que "...mediante decisión del 29 de enero de 2003, el Consejo Bancario Nacional acordó mejorar la práctica fijada el pasado 9 de diciembre, determinando que el horario de atención al público por parte de los bancos y demás instituciones financieras sería de 8:30 a.m. a 3:30 p.m. Esto es, que desde el 29 de enero pasado los bancos y demás instituciones financieras prestan sus servicios con total normalidad, en el horario habitual fijado por el Consejo de 8:30 a.m. a 3:30 p.m. finalidad ésta que pretendió imponer la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras con la Resolución 260-02...".

Asimismo, se pudo constatar que los apoderados judiciales del Consejo Bancario Nacional acompañaron, al folio 100 de la pieza principal del avocamiento, copia certificada del Acta de Asamblea General de Miembros de dicho Consejo, cuya lectura revela que "...fue presentada moción de orden en el sentido de que el horario se restablezca a partir del próximo lunes 3 de febrero de 2003, con el propósito de que los bancos puedan organizarse de una manera interna...".

No obstante, llama la atención de esta Sala el hecho de que a pesar que el Consejo Bancario habría acordado en fecha 29 de enero de 2003, restituir el horario en el que originalmente laboraban las entidades bancarias, tal y como se evidencia del acta antes transcrita, el Consejo Bancario Nacional mantuvo el interés procesal en solicitar la suspensión de efectos de la Resolución que fuere impugnada ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual, precisamente, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras les instruyó a seguir prestando sus servicios en el referido horario.

Corroboró lo expuesto, la circunstancia de que la mencionada Corte en fecha 30 de enero de 2003, es decir con posterioridad a que el propio Consejo Bancario Nacional haya decidido restablecer el horario de servicios que mantenían para el 29 de noviembre de 2002,

otorgó la medida cautelar solicitada por el citado Consejo, es decir que se suspendieron los efectos del acto, a pesar de que la parte impugnante ya había acogido, aunque de manera indirecta, el contenido de la Resolución n° 260-02 del 31 de diciembre de 2002.

Asimismo no puede dejar de apreciar esta Sala, que la decisión en la cual se acordó la aludida providencia cautelar, es precisamente la misma en que se admitió el recurso de nulidad, lo cual entre otras cosas, contraría el criterio que ha mantenido reiteradamente este órgano jurisdiccional sobre la materia, en el sentido de que salvo el caso del amparo cautelar para el resto de las medidas de esa misma índole, debe abrirse cuaderno separado y una vez notificadas las partes de la acción principal proveerse sobre éstas.

Tales elementos ponen en evidencia, que existen irregularidades de orden procesal que si bien podrían ser subsanadas, en principio, por vía de los recursos ordinarios previstos para ello, como es el caso de la apelación, no debe pasarse por alto el hecho de que dichos recursos en los actuales momentos serían absolutamente inoperantes, dada la suspensión de los miembros que integran a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y como quiera que el asunto debatido, rebasa el interés privado, como fuere explicado en las líneas que anteceden, no cabe duda que sí están dados los supuestos para que la Sala proceda a la avocación de la mencionada causa y así expresamente se decide.

Establecido lo anterior, estima prudente esta Sala, con base a la argumentación descrita, compulsar copia de la decisión que resolvió sobre la medida cautelar y abrir el cuaderno separado correspondiente, quedando igualmente revocado dicho pronunciamiento en lo que respecta a la procedencia de la mediada de suspensión del acto, por cuanto el mismo fue tomado sin que se hubieran notificado las partes en el proceso.

De igual modo, se advierte que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en fecha 11 de febrero de 2003, ordenó abrir cuaderno separado, a los fines de tramitar la solicitud de adhesión al recurso formulada por la apoderada judicial de la sociedad mercantil BOLIVAR BANCO, C.A., en el expediente contentivo de la causa cuya avocación ha sido acordada por esta Sala en la presente decisión y en tal sentido, se desprende de las actas que conforman dicho cuaderno que el 12 de febrero de 2003, se acordó pasar el mismo al ponente, a los efectos de que se tomara la decisión correspondiente, pero es el caso que hasta la fecha no ha existido pronunciamiento al respecto.

Por ello, teniendo en cuenta que la causa ya fue admitida por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y en vista de que ha sido acordada, en el presente fallo, la avocación a dicha causa, este órgano jurisdiccional a los fines de evitar mayores dilaciones procesales, pasa a pronunciarse sobre la referida adhesión en los siguientes términos:

El interés que en criterio de los apoderados judiciales del adherente posee su representado, se deriva del hecho de ser una institución bancaria, a la cual la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras le abrió un procedimiento sancionatorio, con la finalidad de determinar si su mandante infringió lo establecido en la Resolución impugnada en el recurso principal, distinguida con el n° 260-02, de fecha 31 de diciembre de 2002, en virtud de la cual se había instruido a las instituciones financieras para que atendiesen a sus clientes y usuarios sin limitación o restricción alguna en su horario habitual, vigente al 29 de noviembre de 2002.

A tal efecto, dicha representación judicial consignó copia del escrito de descargos presentados en el marco del aludido procedimiento administrativo sancionatorio y cuya lectura revela que la sociedad mercantil BOLIVAR BANCO, C.A., posee un interés legítimo, personal y directo en las resultas de la presente controversia. De ahí que sea procedente la adhesión planteada por sus apoderados judiciales. Así se decide.

Por otra parte, advierte igualmente la Sala que en fecha 15 de enero de 2003, el abogado Tomás Antonio Cisneros Jiménez, actuando en su carácter de apoderado judicial de la sociedad mercantil BANCO EXTERIOR, C.A. BANCO UNIVERSAL, planteó ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo la intervención voluntaria de su mandante en calidad de parte en el recurso de nulidad ejercido por el Consejo Bancario Nacional contra la Resolución n° 260-02 del 31 de diciembre de 2002.

Sin embargo, la lectura de las actas procesales pone de manifiesto que en torno a dicha intervención tampoco fue emitido pronunciamiento alguno por la mencionada Corte, por lo que pasa la Sala, en vista de haberse avocado a dicha causa, a decidir en los términos que a continuación se transcriben:

Señala el apoderado judicial del Banco Exterior, C.A. Banco Universal, que su representada es destinataria directa del acto, toda vez que la misma es una institución regulada por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras y por tanto, queda comprendida dentro de las personas jurídicas a quienes se le instruyó "...Atender a sus clientes y usuarios sin limitación o restricción alguna en su horario habitual, vigente al 29 de noviembre de 2002...".

Establecido lo anterior, se observa que la intervención planteada por la citada sociedad mercantil queda comprendida por el supuesto previsto en el ordinal 1° del artículo 370 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a la presente controversia por remisión expresa del artículo 88 de la Ley que rige las funciones de esta Alto Tribunal de Justicia.

En consecuencia, se admite dicha intervención en cuanto ha lugar en derecho. Así se declara.

Por lo que respecta a la medida de suspensión de efectos y subsidiariamente la mediada cautelar innominada solicitada por la representación judicial del Banco Exterior, C.A., Banco Universal, esta Sala acuerda proveer sobre la misma en el cuaderno separado que a tal fin se abra con ocasión de la medida cautelar que fuere planteada en la causa principal. Así se decide.

V DECISIÓN

Por las razones antes expuestas, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley declara:

PRIMERO: LA AVOCACIÓN en la causa que cursaba ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo distinguida con las letras y n° AB01-A-2003-000019, relativa al recurso de nulidad ejercido conjuntamente con medida de suspensión de efectos por el CONSEJO BANCARIO NACIONAL contra la Resolución n° 260-02 del 31 de diciembre de 2002, dictada por la SUPERINTENDENCIA DE BANCOS Y OTRAS INSTITUCIONES FINANCIERAS.

SEGUNDO: Con base a la argumentación expuesta en la presente sentencia, se revoca la medida de suspensión de efectos que fuere acordada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en el marco del juicio objeto de la solicitud de avocamiento, toda vez que dicho pronunciamiento se emitió sin que se abriera el cuaderno correspondiente y antes de que fueran notificadas las partes, por lo que a los fines de subsanar tal omisión se acuerda abrir el referido cuaderno para que una vez notificadas las partes en el presente procedimiento, se designe ponente y se provea lo conducente.

TERCERO: A los fines de evitar mayores dilaciones, se admite la adhesión al recurso propuesta por la representación judicial del BOLIVAR BANCO, C.A., así como la intervención voluntaria en calidad de parte, planteada por el BANCO EXTERIOR, C.A. BANCO

UNIVERSAL y en consecuencia, se acuerda proveer en el cuaderno separado que a tal fin se abra con ocasión de la causa principal, sobre la medida de suspensión de efectos y subsidiariamente la medida innominada solicitada por la última de las instituciones financieras arriba enunciadas.

CUARTO: Se ordena compulsar copia de la presente decisión en la pieza principal del expediente que fuere remitido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, así como en el cuaderno separado que se abrió con ocasión de la adhesión al recurso propuesta por la representación judicial de BOLIVAR BANCO, C.A.

QUINTO: Remítase el expediente, a excepción del cuaderno de medidas, al Juzgado de Sustanciación de la Sala, a los fines de que la causa continúe su curso.

SEXTO: Notifíquese de la presente decisión a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y a la Procuradora General de la República.

Voto Salvado del Magistrado Hadel Mostafá Paolini

Quien suscribe, Magistrado Hadel Mostafá Paolini, Salva su Voto en esta causa, con fundamento en lo siguiente:

Sustenta la mayoría sentenciadora su apreciación en cuanto a que en la situación examinada “existen irregularidades de orden procesal”, en tres circunstancias, cuales son: a) que “llama la atención ... el hecho de que a pesar que el Consejo Bancario habría acordado en fecha 29 de enero de 2003, restituir el horario en el que originalmente laboraban las entidades bancarias ... el Consejo Bancario Nacional mantuvo el interés procesal en solicitar la suspensión de efectos de la Resolución que fuere impugnada ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras les instruyó a seguir prestando sus servicios en el referido horario”; b) que “[c]orroborando lo expuesto, la circunstancia de que la mencionada Corte en fecha 30 de enero de 2003, es decir, con posterioridad a que el propio Consejo Bancario Nacional haya (*sic*) decidido restablecer el horario de servicio que mantenían para el 29 de noviembre de 2002, otorgó la medida cautelar solicitada por el citado Consejo, es decir que se suspendieron los efectos del acto, a pesar de que la parte impugnante ya había acogido, aunque de manera indirecta, el contenido de la Resolución n° 260-02 del 31 de diciembre de 2002”; y c) “que la decisión en la cual se acordó la aludida providencia cautelar, es precisamente la misma en que se admitió el recurso de nulidad, lo cual entre otras cosas, contraría el criterio que ha mantenido reiteradamente este órgano jurisdiccional sobre la materia, en el sentido de que salvo el caso del amparo cautelar para el resto de las medidas de esa misma índole, debe abrirse cuaderno separado y una vez notificadas las partes de la acción principal proveerse sobre éstas.”

Al respecto, quien suscribe considera que se impone el presente Voto Salvado desde un triple punto de vista: i) porque ceñidos a las propias consideraciones del fallo, aún cuando fuera cierto -que no lo es- que de las reseñadas circunstancias se evidencian “irregularidades procesales”, habría de concluirse que las mismas no justifican avocamiento alguno por no ser de mayúscula entidad; ii) porque en realidad ni siquiera las circunstancias descritas pueden considerarse como irregularidad alguna; y iii) el avocamiento declarado no se ciñe a la solicitud originalmente planteada. Veamos al detalle cada una de ellas:

i) LAS SUPUESTAS IRREGULARIDADES NO SON DE MAYÚSCULA ENTIDAD COMO PARA JUSTIFICAR EL AVOCAMIENTO:

En efecto, obsérvese que en el propio fallo se reconoce que las supuestas “irregularidades procesales” advertidas, “bien podrían ser subsanadas... por vía de los recursos ordinarios”; ello establece -desde mi punto de vista- que las mismas no eran de una mayúscula o singular entidad, como para que procediera el avocamiento.

Así las cosas, a la vista del fallo lo que en definitiva justifica al avocamiento, es que “dichos recursos en los actuales momentos serían absolutamente inoperantes, dada la suspensión de los miembros que integran a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y como quiera que el asunto debatido, rebasa el interés privado, como fuere explicado en las líneas que anteceden, no cabe duda que sí están dados los supuestos para que la Sala proceda a la avocación de la mencionada causa y así expresamente se decide”.

Pero, de aceptarse lo anterior, la Sala estaría compelida a avocarse, incluso de oficio, en la mayoría -por no decir en todas- de las causas que cursan ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, porque es elemento común de ellas que el interés colectivo está en juego (dada cuenta que precisamente esa es una de las características fundamentales de las controversias que se suscitan en el ámbito de lo contencioso-administrativo), y por cuanto, en los actuales momentos la referida Corte no está en funcionamiento.

Por lo demás (y téngase lo que a seguidas se expone como un adelanto a las consideraciones sobre el segundo punto relativo a la ausencia de irregularidades), lo cierto es que al tiempo que se dictó la medida obviamente sí estaba en funcionamiento la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y frente al fallo cautelar por ella emitido no se ejercieron dentro de los lapsos de ley, como se imponía, los recursos ordinarios que dispone el ordenamiento jurídico, es decir, oposición a la medida o su apelación; y peor aún, consta en autos que la presente solicitud de avocamiento fue ejercida el 14 de enero de 2003, de lo cual se evidencia que la Administración acudió ante esta Sala Político Administrativa aún antes de dictarse la medida cautelar (esto último acaecido el 16-01-03), procurando de tal modo sustraer el conocimiento del caso de su juez natural sin que existiesen circunstancias singulares que lo justificara, tal como se ahondará infra.

ii) EN REALIDAD, A DIFERENCIA DE LO EXPRESADO POR LA MAYORÍA SENTENCIADORA, A JUICIO DE QUIEN DISIENTE NO EXISTE IRREGULARIDAD PROCESAL ALGUNA:

Deslindemos y analicemos cada una de las circunstancias que articuladas, en criterio de la mayoría sentenciadora, constituyen una irregularidad procesal:

a) Se expresa en el fallo, que “llama la atención ... el hecho de que a pesar que el Consejo Bancario habría acordado en fecha 29 de enero de 2003, restituir el horario en el que originalmente laboraban las entidades bancarias... el Consejo Bancario Nacional mantuvo el interés procesal en solicitar la suspensión de efectos de la Resolución que fuere impugnada ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras les instruyó a seguir prestando sus servicios en el referido horario”.

Al respecto, observo lo siguiente:

1° No resulta atinada la apreciación *supra* transcrita de la mayoría sentenciadora, ya que de acuerdo a lo que se evidencia del expediente, el interés del Consejo Bancario Nacional en que se le otorgara la medida cautelar era previo a la decisión que él mismo tomó de restituir la atención al público al horario habitual, esta última tomada el 29 de enero de 2003. Ello es indubitable, a vista que la solicitud de medida cautelar está incorporada al escrito recursivo, el cual es de fecha 8 de enero de 2003, y visto que el escrito de consideraciones adicionales a la solicitud de suspensión de efectos es de fecha 15 de enero de 2003.

2° A todo evento se impone señalar, que la decisión del Consejo Bancario Nacional de restituir la atención al público al horario habitual y la circunstancia de mantener un interés en la suspensión de los efectos del acto impugnado, en modo alguno puede considerarse como algo que “llama la atención”, a suerte de irregularidad, dada cuenta que lo que sustenta a dicha solicitud es, por una parte, que la autoridad Administrativa (SUDEBAN), entre otras

cosas, aparentemente está invadiendo potestades que son propias del referido Consejo, y presuntamente está vulnerando los principios de legalidad, mensurabilidad y proporcionalidad de la actividad administrativa, y por la otra, que la resolución impugnada estaría sirviendo como sustento de procedimientos administrativos sancionatorios írritos, en contra de las instituciones financieras (véase en cuanto a lo último reseñado, el escrito de “argumentos adicionales” a la solicitud de suspensión de efectos, presentado por los apoderados judiciales del Consejo Bancario Nacional, cursante del folio 77 al 80 del expediente objeto del avocamiento).

Ello así, mal podría ser apreciado como una irregularidad, que el Consejo Bancario Nacional mantuviese en aquella oportunidad, y mantenga en la actualidad, interés en la suspensión de efectos del acto impugnado, y al mismo tiempo, en ejercicio de una potestad que considera propia y soberana, que tomase la decisión de restituir el funcionamiento de los bancos y demás instituciones financieras al horario habitual. Decisión esta última que, en orden de lo expuesto, pareciera que en modo alguno responde a una aceptación de lo proveído en la resolución impugnada, aún cuando coincida con ella en lo que respecta a la restitución al horario habitual.

b) Se argumenta en el fallo, que “[c]orroborando lo expuesto, la circunstancia de que la mencionada Corte en fecha 30 de enero de 2003, es decir, con posterioridad a que el propio Consejo Bancario Nacional haya (*sic*) decidido restablecer el horario de servicio que mantenían para el 29 de noviembre de 2002, otorgó la medida cautelar solicitada por el citado Consejo, es decir que se suspendieron los efectos del acto, a pesar de que la parte impugnante ya había acogido, aunque de manera indirecta, el contenido de la Resolución n° 260-02 del 31 de diciembre de 2002”. Al respecto, quien disiente ha de observar que ello no es en lo absoluto atinado, ya que a la vista del expediente objeto del avocamiento, el fallo fue emitido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 16 de enero de 2003, y no como erróneamente lo aprecia la mayoría sentenciadora el 30 de enero de 2003.

En cuanto a esto se impone exaltar, que aparentemente el error en que incurre la mayoría sentenciadora es por no haber advertido que la última de las reseñadas fechas a lo que se corresponde es a la publicación del fallo, la cual dista por 14 días de la fecha en que el mismo se dictó, por cuanto frente a él fueron anunciados dos votos salvados.

Así, resulta un evidente desacierto considerar, tal como se hace en el fallo de esta Sala, que “con posterioridad a que el propio Consejo Bancario Nacional haya (*sic*) decidido restablecer el horario de servicio que mantenían para el 29 de noviembre de 2002, [la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo] otorgó la medida cautelar solicitada por el citado Consejo, es decir que se suspendieron los efectos del acto, a pesar de que la parte impugnante ya había acogido, aunque de manera indirecta, el contenido de la Resolución n° 260-02 del 31 de diciembre de 2002”.

Por otra parte, cabe reiterar, aún en el supuesto negado (por inexistente en la situación de autos) que la medida cautelar hubiese sido dictada con posterioridad a que el Consejo Bancario Nacional decidiese restituir el funcionamiento de los bancos y demás instituciones financieras al horario habitual, que de ello no trasluciría rareza o irregularidad alguna, dada cuenta que lo evaluado por la mencionada Corte estaba en orden de la presunta invasión en que habría incurrido la Administración (léase, SUDEBAN) de potestades que el Consejo Bancario Nacional considera que le son propias.

c) Finalmente, cuestiona la mayoría sentenciadora lo relativo a que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo no se ciñó al trámite procesal que ha establecido esta Sala Político-Administrativa en materia de solicitudes cautelares como las que nos ocupa, en función del cual debe estar a derecho la parte frente a la que potencialmente ha de obrar la medida, a objeto de garantizar su derecho a la defensa.

Al respecto, he de observar lo siguiente:

1° Se desprende del fallo de esta Sala que la medida se dictó sin procurarse previamente que la Administración (frente a cuyo acto habría de obrar la medida cautelar) estuviese al tanto del recurso ejercido y de la medida solicitada, es decir, notificada de los mismos; sin embargo, a la vista de las actuaciones procesales cursantes en autos considero que ello no es exactamente así, no resultando en consecuencia categórico que la medida haya sido dictada *inaudita alteram parte*, por cuanto consta en el expediente que por auto de fecha 8 de enero de 2003, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo ordenó oficiar a SUDEBAN, tanto a los fines de solicitarle el expediente administrativo correspondiente, como a los efectos de remitirle copia certificada del escrito recursivo, el cual además era contentivo de la aludida solicitud cautelar (*vide*. folios 71 y 72 del expediente objeto del avocamiento). Consta además en autos, que lo anterior se materializó el 9 de enero de 2003, al dejar el Alguacil de la mencionada Corte acreditado en el expediente que, en esa misma fecha, fue practicada la notificación de SUDEBAN (*vide*. folio 75 del expediente objeto del avocamiento).

Igualmente, consta en autos -con especial relevancia para la situación examinada-, que la presente solicitud de avocamiento fue ejercida el 14 de enero de 2003.

De lo señalado trasluce como evidente, que antes de dictarse la medida (esto último acaecido el 16-01-03), la Administración estaba perfectamente al tanto de la solicitud cautelar que hiciera la parte recurrente, y aún más, que disponía de tiempo suficiente para presentar sus argumentos frente a la misma. Ello así, resulta más bien paradójico, por no decir censurable e irregular, que la Administración acudiese directamente ante esta Sala a solicitar el avocamiento, aún antes que la medida cautelar fuera dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, sin ni siquiera previamente, o al menos paralelamente, haber planteado ante este último órgano jurisdiccional sus desavenencias frente a la solicitud cautelar.

Finalmente es preciso destacar en cuanto al punto analizado, que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo remitió a la Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras, a los efectos de su notificación, copia certificada de la decisión contentiva de la medida cautelar, la cual fue recibida en el mencionado órgano administrativo el 31 de enero de 2003, según consta en el folio 162 del expediente objeto del avocamiento; no obstante ello, la Administración en dicho juicio de nulidad no realizó actuación procesal alguna a los fines de oponerse a la medida dictada.

2° Aún bajo el supuesto que pudiese considerarse que la medida fue dictada *inaudita alteram parte*, y no obstante que es cierto que esta Sala ha sido del criterio que un trámite de tal orden únicamente es propio de las solicitudes de amparos cautelares, sin embargo opino que resulta desproporcionado e inadecuado considerar como una “irregularidad procesal”, que los órganos judiciales dicten medidas cautelares, distintas al amparo, *inaudita alteram parte*, por cuanto tan categórica apreciación puede reñir con otra doctrina contencioso-administrativa en materia de cautelas, también reconocida y exaltada por esta misma Sala con fundamento en lo establecido en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme a la cual, como vital atributo o garantía de la tutela judicial efectiva, el juez contencioso tiene amplias potestades cautelares a fin de disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas infringidas por la actividad administrativa, y a fin de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva.

En ese contexto, ¿cómo valorar frontalmente como irregular que se dicten medidas cautelares (léase, distintas al amparo) *inaudita alteram parte*?, cuando de la doctrina de esta misma Sala se desprende que todas ellas en su *ratio* gozan de similar naturaleza y finalidad, y además se destaca que tienen vital importancia, precisamente en orden de una tutela judicial efectiva y de suyo, como instrumentos necesarios y eficaces para la inmediata protección de las situaciones jurídicas violentadas.

En tal sentido, es necesario precisar que no puede considerarse como dogmática la distinción que realiza esta Sala con relación al trámite procesal que debe mediar para el amparo cautelar y el que se impone para el resto de las medidas cautelares, sino que debe ser valorado como una regla general; en consecuencia, si bien sería ideal su aplicación uniforme en todos los órganos judiciales, sin embargo, por una parte ha de reconocerse que en la práctica ello no ocurre siempre de tal forma, y en todo caso, por la otra, ha de admitir excepciones si las particulares circunstancias del caso concreto, en criterio de quien ejerce la función judicial, exigen que de manera expedita se dicte, inaudita *alteram* parte, cualquiera medida cautelar a objeto de una tutela judicial efectiva, eso sí, naturalmente asegurando la defensa de aquel frente al cual obra la medida, para lo cual debe garantizarse la fase de oposición, así como lo relativo a su eventual apelación. (En cuanto a lo dicho, véanse los criterios que se desprenden, entre otros fallos, de la sentencia n° 00258 del 23/03/04 de esta misma Sala Político Administrativa, Exp. n° 2003-0951).

Dentro del mismo marco de las consideraciones precedentemente referidas, no se puede dejar de exaltar que en ninguno de los votos salvados presentados frente al fallo cautelar dictado por la mayoría sentenciadora de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, fue advertido que existiese irregularidad alguna con relación al trámite que medió para dictarse dicha medida, lo cual resulta razonablemente comprensible y confirma lo *supra* señalado en este disenso, por cuanto tal trámite es una práctica nada extraña al proceso que al respecto sigue el referido órgano jurisdiccional. Finalmente, asociado con todo lo ampliamente referido, también la señalada consideración de la mayoría sentenciadora de esta Sala Político Administrativa, en el caso concreto pugna con la necesaria autonomía que deben gozar los órganos jurisdiccionales en el conocimiento y decisión de los asuntos que son de su competencia.

Esto último tiene especial relevancia en los tiempos actuales al existir un agudo debate en el foro jurídico-político venezolano, e incluso directamente dentro del propio seno de este Tribunal Supremo de Justicia, con relación a la autonomía e independencia que deben tener todos los órganos judiciales (incluyendo entre sí las Salas de este Máximo Tribunal) en el ejercicio de las competencias que le son propias.

En ese contexto, los integrantes de la Sala no podían dejar de reflexionar y considerar, que con cuestionamientos como los que sustentan el fallo objeto del presente disenso y que se hacen frente a la visión que tendría otro órgano judicial (en este caso la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) sobre determinada temática jurídica (en la situación evaluada de carácter adjetivo), podrían estar eventualmente comprometiendo sus propios criterios frente a las posturas doctrinarias y planteamientos que, verbigracia, ha efectuado la Sala Constitucional recientemente, entre otras cosas con relación al trámite de los amparos cautelares (a diferencia de buena parte de los órganos judiciales y, en especial, de esta Sala Político-Administrativa donde se considera que debe ser tramitado inaudita *alteram* parte, en la Constitucional se es del criterio que necesariamente debe mediar un contradictorio y que cualquier tramitación distinta del mismo es contraria a su doctrina). Esto es potencialmente peligroso o inadecuado, porque se podría estar dando cabida a que sean eventualmente revisables y anulables toda la multiplicidad de fallos que en materia de amparo cautelar ha dictado, bajo el trámite referido, esta Sala Político-Administrativa.

iii) EL AVOCAMIENTO DECLARADO NO SE CIÑE ESTRICTAMENTE A LA SOLICITUD DE AVOCAMIENTO ORIGINALMENTE PLANTEADA:

Ya sobre este tema, precedentemente se adelantaron algunas consideraciones en el presente Voto Salvado, y es que no obstante que la solicitud de avocamiento fue efectuada antes que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dictara la medida cautelar tantas veces referida, y en tal orden la solicitud de avocamiento se fundamentó únicamente en una aparente afectación del interés público o social (evidentemente no habría podido sustentarse

en circunstancias como las referidas en la decisión de esta Sala de orden procesal, ya que como se señaló, al tiempo de la solicitud de avocamiento la medida no se había dictado), en el fallo de la mayoría sentenciadora de esta Sala Político- Administrativa a lo que se alude con particular énfasis, a los efectos de sustentar el avocamiento, es a las supuestas irregularidades de orden procesal que si bien, se acepta en el propio fallo, “bien podrían ser subsanadas ... por vía de los recursos ordinarios”, sin embargo se concluye en el mismo que “dichos recursos en los actuales momentos serían absolutamente inoperantes, dada la suspensión de los miembros que integran a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y como quiera que el asunto debatido, rebasa el interés privado (...) no cabe duda que sí están dados los supuestos para que la Sala procesa a la avocación de la mencionada causa...”.

Cierto es que las supuestas irregularidades de orden procesal habrían sido sobrevenidas a la solicitud de avocamiento, pero abstracción hecha de que las mismas no son tales (tal como se evaluó anteriormente en el presente disenso), en todo caso la Sala ha debido advertirle al solicitante del avocamiento que los elementos que sustentaban su solicitud original de modo alguno entrañaban una situación excepcional, y de suyo, que no justificaban el avocamiento; y aún más, que la misma (la solicitud de avocamiento) en sus orígenes era irregular (irregularidad ya evidenciada en el presente disenso en su aparte “1°” del literal “c” del punto “i”, lo cual téngase como reproducido).

En tal orden, en definitiva es sumamente peligroso y hasta grave dar cabida a solicitudes como las presentes, en las cuales se busca limitar el ejercicio de las competencias naturales de determinado órgano judicial, sin que exista una situación excepcional y de violación a los intereses colectivos, que la justifique. Lo descrito, en el presente caso trasluce como mucho más inapropiado, en tanto que, como se vio, al tiempo de presentarse la solicitud de avocamiento ni siquiera existía una situación que ameritara revisar su regularidad o no con el ordenamiento jurídico. Queda así expresada la opinión del Magistrado disidente.

TSJ-SPA (00234)

23-4-2004

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Carlos Ventura Martínez vs. Solicitud de avocamiento

Tal como lo establece el artículo 335 de la Constitución de 1999, al ejercerse una acción de amparo autónoma conjuntamente con medida cautelar, la cual en circunstancias normales debía ser conocida en primera instancia por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y siendo que en materia de amparo autónomo la Alzada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo es la Sala Constitucional, resulta forzoso declinar la competencia para conocer de la solicitud de avocamiento en la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto la misma resulta afín con las competencias atribuidas a dicha Sala.

Por escrito de fecha 4 de febrero de 2004, el abogado Ciro Alfonso Suárez Casanova, actuando en su carácter de apoderado judicial del ciudadano Carlos Ventura Martínez, presentó escrito mediante el cual solicitó a esta Sala Político-Administrativa, conforme a lo previsto en el ordinal 29 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se avocara al conocimiento de la acción de amparo conjuntamente con medida cautelar in-nominada interpuesta por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, contra la Universidad Pedagógica Experimental Libertador, en virtud de que le ha sido negado el pago de sus prestaciones sociales.

En tal sentido, explicó que con base en los artículos 27 y 92 de la Constitución de la República, el ciudadano Carlos Ventura Martínez ejerció ante el mencionado órgano jurisdiccional, acción autónoma de amparo, toda vez que después de 24 años de servicio ininterrumpidos en la Universidad Pedagógica Experimental Libertador, se le ha negado el pago de sus prestaciones sociales, negativa que, a su decir, trasciende el interés privado desde el momento en el cual fueron consagradas como un derecho en la Carta Magna.

Sostiene que el 18 de septiembre de 2003, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se declaró competente para conocer de la acción de amparo interpuesta y que el 23 del mismo mes y año, fueron notificadas las partes, a los fines de la realización de la audiencia constitucional que tendría lugar el 4 de noviembre de 2003.

Que en virtud de que la referida Corte cesó en sus actividades no se realizó la audiencia constitucional antes señalada, lo cual incluso ha sido ratificado por una decisión emanada de la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal.

Que ante el vacío institucional de ese órgano jurisdiccional, aducen que se encuentran en un "limbo jurídico" y, en consecuencia, en una flagrante situación de denegación de justicia, que hace, a su decir, aun más grave la situación de su representado, pues ante el cierre temporal de la misma, no hay nadie que restablezca sus derechos constitucionales violados.

Que de los hechos anteriormente expuestos, se desprende que en la presente causa se cumplen con los requisitos establecidos por esta Sala en la sentencia n° 162 de fecha 17 de febrero de 2000, para que se conozca de la solicitud de avocamiento interpuesto y, por ende, solicitan que se ordene la remisión del expediente n° 03-2954 que cursa por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

DE LA COMPETENCIA

Enmarcada en las previsiones del vigente texto constitucional, en función del cual se atribuyen ciertas competencias a sus distintas Salas y se deja a cargo de la respectiva ley orgánica -aun no dictada por la Asamblea Nacional- la distribución de otras no atribuidas expresamente, esta Sala reiteradamente ha señalado, que a los fines de mantener el funcionamiento integral del Estado, debe este Supremo Tribunal continuar con su labor de máximo administrador de justicia, razón por la cual, aún cuando no haya sido dictada hasta el presente la aludida ley orgánica, sus Salas están obligadas a conocer y decidir todos aquellos casos que cursaban por ante la extinta Corte Suprema de Justicia, así como aquellos que ingresen, atendiendo a la afinidad existente entre la materia debatida en cada caso concreto y la especialidad de cada una de las Salas.

En tal contexto, esta Sala al pronunciarse sobre el recurso de interpretación regulado en el ordinal 24 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, declaró que resultará competente para conocerlo y decidirlo la Sala afín con la materia objeto del recurso. Criterio este compartido y seguido por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal a partir de su sentencia n° 2588 del 11 de diciembre de 2001, y respecto al cual esta Sala Político-Administrativa ha señalado: "*resulta por igual aplicable a la figura de la avocación contemplada en el ordinal 29 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*". Lo que se ha traducido, además, en que esta Sala esté conteste con el criterio expuesto en la sentencia n° 806 dictada por la Sala Constitucional en fecha 24 de abril de 2002 (expediente n° 00-3049; caso: SINTRACIMIENTO vs. Corporación de Cemento Andino, C.A), el cual en definitiva se circunscribe a que "*la solicitud de avocación debe ser conocida por la Sala cuya competencia sea afín con la materia del caso concreto*" (vide, sentencias n° 00985, 00986, 00998, 01070 y 01216, de esta Sala Político-Administrativa del año 2003). Así se declara.

En fundamento a lo expuesto, pasa la Sala a analizar si la materia objeto de la presente solicitud de avocamiento guarda afinidad con las competencias naturales que esta Sala tiene atribuidas y, al respecto, se observa:

En el caso de autos, la parte actora solicitó el avocamiento por ante esta Sala Político-Administrativa para conocer de la acción autónoma de amparo constitucional interpuesta conjuntamente con medida cautelar innominada por ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, acción ésta que en virtud del “*cierre temporal*” de la referida Corte, no ha sido decidida.

Ahora bien, la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal, mediante las sentencias de fechas 20 de enero de 2000 y 14 de marzo de 2000 (Caso Emery Mata Millán y Elecentro, respectivamente), delimitó la competencia en materia de amparo cautelar y de acciones autónomas de amparo y al respecto indicó, que la Sala Político-Administrativa conocería de acciones de amparo sólo cuando estas fueran ejercidas conjuntamente con el recurso de contencioso administrativo de nulidad. Asimismo señaló que las apelaciones y consultas ejercidas contra las sentencias dictadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que resolvieran los amparos cautelares serían conocidos por esta Sala.

En cuanto a las acciones autónomas de amparos conocidas en primera instancia por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, señaló que la competencia para conocer de las apelaciones y consultas sobre tales decisiones le correspondería a la Sala Constitucional de este Máximo Tribunal.

Así pues, esta Sala Constitucional, tal y como Así pues, esta Sala siguiendo los criterios interpretativos expresados por la Sala lo establece el artículo 335 de la Constitución de 1999, observa que en el presente caso, se ejerció una acción de amparo autónoma conjuntamente con medida cautelar, la cual en circunstancias normales debía ser conocida en primera instancia por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y siendo que en materia de amparo autónomo la Alzada de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo es la Sala Constitucional, resulta forzoso declinar la competencia para conocer de la solicitud de avocamiento en la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, por cuanto la misma resulta afín con las competencias atribuidas a dicha Sala. Así se decide.

TSJ-SPA (00366)

21-4-2004

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Conforme al tratamiento jurisprudencial que se le ha venido otorgando a la figura del avocamiento, se suelen advertir en la tramitación de la misma, dos etapas procesales diferenciadas entre sí, la primera, relativa a la solicitud que formule la Sala al Tribunal de origen para que le remita el expediente del que se trate; y la segunda, que concierne al pronunciamiento de fondo, esto es, a la procedencia o no de la solicitud de avocamiento.

Fundamentan los representantes de la República, su solicitud de avocamiento y medida cautelar innominada de suspensión de efectos, en los siguientes argumentos:

1.- Que el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en ejercicio de las facultades a él conferidas y de conformidad con los artículos 27 del Código Orgánico Tributario y 11 de la Ley de Impuesto al Valor Agregado, dictó las Providencias Administrativas n° SNAT/2002/1418 y SNAT/2002/1419 del 15/11/02, publicadas en la *Gaceta Oficial* n° 37.573 del 19/11/02 y luego, en idénticos términos, las Providencias n° SNAT/2002/1454 y SNAT/2002/1455 del 29/11/02, publicadas en la *Gaceta Ofi-*

cial n° 37.585 del 05/12/02, por medio de las cuales se designan a los Entes Públicos Nacionales y a los denominados Contribuyentes Especiales como agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

2.- Que mediante las citadas providencias, la Administración Tributaria Nacional busca mejorar los mecanismos de recaudación y control del Impuesto al Valor Agregado, así como reducir la alta evasión del mismo, imputable a los proveedores de los sujetos designados como agentes de retención, ya que el establecimiento de los referidos regímenes permitiría aplicar retenciones por las adquisiciones de bienes y prestaciones de servicios que realicen de proveedores que sean contribuyentes ordinarios de este impuesto, a través de un mecanismo sencillo de descuento de las retenciones efectuadas a la cuota tributaria de conformidad con lo dispuesto en la ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, que no altera la determinación ni el cálculo del IVA.

3.- Que ante tales circunstancias, un grupo de contribuyentes han ejercido ante la Sala Político-Administrativa y ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, respectivamente, recursos de nulidad contra las Providencias n° SNAT/2002/1418 y SNAT/2002/1419, en el primero de los casos y contra la Providencia n° SNAT/2002/1419, en el segundo, alegando presuntas violaciones de índole constitucional y legal.

4.- Que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo es incompetente para conocer y decidir el presente caso, en razón de que el acto administrativo contenido en la Providencia n° SNAT/2002/1419, ostenta carácter general, normativo y es de naturaleza tributaria, motivos por los cuales consideran que la competencia corresponde a esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en los ordinales 4° y 9° del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

5.- Que respecto del recurso interpuesto ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se configura la causal de inadmisibilidad prevista en el numeral 3 del artículo 124 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en razón de que existe un recurso similar planteado en los mismos términos por sujetos distintos ante esta Sala Político-Administrativa.

6.- Que el acto fue dictado por el Superintendente Nacional Aduanero y Tributario, quien es la máxima autoridad de la Administración Aduanera y Tributaria Nacional, de rango constitucional a tenor de lo previsto en el artículo 317 de la Constitución, por lo que los actos por él dictados deben tenerse como emanados de un órgano superior de la Administración Pública Central.

7.- Que de igual forma, debe señalarse que el tribunal que previno fue esta Sala Político-Administrativa, ya que el recurso interpuesto ante ésta data del 28 de noviembre de 2002, mientras que el ejercido ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo es del 03 de diciembre de 2002.

8.- Que todo lo planteado permite evidenciar aspectos que sobrepasan el interés privado involucrado y afectan de manera directa e inmediata el interés público y social, toda vez que *“las estimaciones para la formulación del presupuesto de ingresos para el ejercicio fiscal 2003, aprobado por la Asamblea Nacional, recogen la incidencia de la disminución de la evasión, lo que se lograría con la implementación de los regímenes de retención impugnados”*. Asimismo, que *“dicho presupuesto recoge de manera similar los aumentos de la recaudación del IVA que se obtendrían en virtud de la aplicación de los mismos”*.

9.- Que los ajustes del presupuesto de ingresos del año 2003, efectuados por la Oficina Nacional de Presupuesto, representan una reducción de más de cuatro billones de bolívares, que aunada a la situación de la crisis petrolera, disminuye significativamente la obtención de recursos financieros por parte del Estado, lo cual se agravaría de suspenderse los efectos del acto impugnado ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo o de considerarse procedente el recurso de nulidad interpuesto.

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

Vistos los argumentos expuestos por los representantes de la Administración Tributaria Nacional, corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la solicitud de avocamiento y medida cautelar innominada de suspensión de efectos formulada por los mismos, lo cual pasa a realizar en los siguientes términos:

PUNTOS PREVIOS

Primero: Solicitudes posteriores de avocamiento presentadas por los representantes de la República.

Verificadas las actuaciones que conforman el presente expediente, pudo constatar esta Sala que en fechas 18 de febrero, 03, 08 y 10 de abril, así como 14 de mayo de 2003, los representantes de la República, actuando por órgano del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), hicieron del conocimiento de esta Sala que ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo cursaban una serie de causas idénticas a la contenida en el expediente n° 02-2535 de la nomenclatura llevada por dicha Corte, y que ante tales circunstancias, para evitar que se produjeran decisiones judiciales contradictorias resultaba imperativo a esta máxima instancia avocarse al estudio y decisión de las mismas, para acumular así, en un sólo pronunciamiento, el fallo concerniente a la solicitud inicial de avocamiento como a las restantes.

En este sentido, solicitaron que la Sala se avocara al estudio de las causas identificadas con la siguiente numeración de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo: AB01-A-2003-0000149, caso **RCTV, C.A.**; AB01-A-2003-0000270, caso **BANCO DEL CARIBE, C.A.**; AB01-A-2003-0000399, caso **BRIDGESTONE FIRESTONE VENEZOLANA, C.A.**; AB01-A-2003-0000547, caso **LABORATORIOS SUBSTANTIA, C.A.**; AB01-2003-A-0000639, caso **SOLVEN, C.A.**; AB01-A-2003-0000635, caso **BARSA PLANETA DE VENEZUELA, C.A. y XEROX, C.A.**; AB01-A-2003-0000653, caso **TOYAMA MAQUINARIAS, C.A.**; AB01-A-2003-0000695, **AGENCIA ADUANAL Y MARÍTIMA INTERNACIONAL OCEÁNICA, C.A.**; AB01-A-2003-0001063, caso **MASTER ELECTRONIC, C.A.**; AB01-A-2003-0001061, caso **POLLO SABROSO, C.A.**; AB01-A-2003-1062, caso **CRU-MAR, C.A.**; AB01-A-2003-0001058, caso **TOVAR, C.A.**; AB01-A-2003-0001056, caso **INTERINDUSTRIAS, C.A.**; AB01A-2003-0001059, caso **FOOT SAFE, C.A.**; AB01-A-2003-0001060, caso **PAÑALES BARQUISIMETO, C.A.**, y AB01-A-2003-0001126, caso **BSN MEDICAL DE VENEZUELA, C.A.**

Ahora bien, conforme al tratamiento jurisprudencial que se le ha venido otorgando a la figura del avocamiento, se suelen advertir en la tramitación de la misma, dos etapas procesales diferenciadas entre sí, la primera, relativa a la solicitud que formule la Sala al Tribunal de origen para que le remita el expediente del que se trate; y la segunda, que concierne al pronunciamiento de fondo, esto es, a la procedencia o no de la solicitud de avocamiento.

Así las cosas, se observa que en el presente caso la primera de dichas fases procesales fue cumplida, al ser requerido mediante decisión n° 234 del 12 de febrero de 2003 el expediente n° 02-2535 (nomenclatura de Corte Primera de lo Contencioso Administrativo), siendo posteriores a dicha fecha las restantes solicitudes de avocamiento formuladas por los representantes fiscales respecto de las restantes causas *supra* indicadas, en tal sentido, y advirtiéndose

dose que tales pedimentos se encuentran en estadios procesales distintos, la acumulación de las mismas al presente expediente resulta improcedente; asimismo, considera esta suprema instancia que ordenar las remisiones de las referidas causas a los fines de decidir las en forma conjunta con la cursante en autos, se traduciría en una paralización innecesaria de la causa principal hasta el recibo de los restantes expedientes. Lo anterior aunado a la dificultad que resultaría en el manejo del expediente, el cual ya de por sí resulta (por la complejidad del tema y los derechos e intereses que se encuentran en discusión) objeto de un detallado análisis y pronunciamiento que pudiera retardarse injustificadamente.

Conforme con lo anterior, y para garantizar los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso de las partes vinculadas con las respectivas peticiones de avocamiento formuladas por los representantes de la República, esta Sala ordena desagregar del presente expediente las restantes solicitudes de avocamiento a los fines de que sean tramitadas cada una de ellas por separado, se les de una numeración y sean asignadas a su respectivo ponente. Así se decide.

Una vez resueltos los puntos que anteceden debe la Sala pronunciarse respecto del avocamiento solicitado por los representantes de los intereses fiscales de la República, así como respecto de las peticiones de adhesión cursante en autos. En tal sentido, pasa a pronunciarse al respecto en los siguientes términos:

La institución jurídica del avocamiento prevista en el numeral 29 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, otorga competencia a este Supremo Tribunal como máximo órgano jurisdiccional de la República para solicitar, cuando circunstancias determinadas lo justifiquen, el traslado de algún expediente que curse ante otro tribunal del país. En este sentido, constituye dicha institución una figura procesal de carácter excepcional que permite sustraer del conocimiento y decisión de un asunto al órgano judicial que sería el naturalmente competente para resolverlo, alterando de esta forma el orden procesal previamente establecido.

Esta competencia, en principio, resultaba atribuida de forma exclusiva y excluyente a la Sala Político-Administrativa, a tenor de lo previsto en el citado numeral 29 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en concordancia con el artículo 43 *eiusdem*; no obstante, la Sala Constitucional mediante decisión n° 806 del 24 de abril de 2002, declaró nula y con efectos generales y pro futuro, la referida norma contenida en el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en lo que respecta a que dicha competencia sólo fuese ejercida por ésta Sala Político-Administrativa, extendiendo así dicha competencia a las restantes Salas de este Alto Tribunal, para avocarse al conocimiento de las causas relacionadas con las materias propias de sus competencias naturales.

En el prefijado orden de ideas, se advierte que por ser dicha institución de carácter eminentemente excepcional, tal como se señaló, su procedencia queda supeditada a la verificación de una serie de elementos que permitan advertir la pertinencia de la misma, y que la Sala a través de su reiterada jurisprudencia, ha venido perfilando, indicando en este sentido los siguientes:

- 1° Que el asunto judicial curse ante algún otro Tribunal de la República;
- 2° Que el Tribunal que estuviese conociendo del asunto fuese el competente y éste no hubiere perdido su competencia para seguir conociéndolo;
- 3° Que al efecto no importa la fase o etapa en que se encuentra el proceso. Aun con la existencia de una sentencia firme, pasada con autoridad de cosa juzgada será procedente el avocamiento cuando dicha sentencia menoscabe el debido proceso, o cuando distorsione de tal manera la realidad que configure una antinomia con los hechos debatidos procesalmente;

4° Que el juicio de que se trate rebase el interés privado involucrado y afecte de manera directa al interés público, o que exista la necesidad de evitar flagrantes injusticias;

5° Que en el juicio cuya avocación se ha solicitado hubiere un desorden procesal de tal magnitud que exija su intervención; y

6° Que el asunto objeto de la solicitud de avocamiento verse sobre una materia que no contradiga las competencias de esta Sala Político-Administrativa.

Asimismo y respecto al examen de la solicitud planteada, tal como fue señalado *supra* se ha acordado que la verificación de la misma y el posterior pronunciamiento de fondo quedan sujetos al cumplimiento de dos etapas procesales diferenciadas entre sí, a saber, la primera de ellas, consistente en la solicitud hecha por la Sala de remisión de los expedientes que cursen ante el tribunal o tribunales de que se trate y que lleva consigo la orden inmediata de paralizar cualquier actuación en el tribunal en el cual reposa el o los expedientes, impidiendo tanto al Juez como a las partes cualquier tipo de actuación y, la segunda, relativa al pronunciamiento de fondo, esto es, la de avocarse o no al conocimiento del asunto cuando se juzgue pertinente y que apareja la posibilidad implícita de declarar la nulidad de algún acto procesal, cuando se hubiere dejado de llenar un requisito esencial a su validez, trayendo como consecuencia, la eventual reposición de la causa al estado que la misma sentencia del avocamiento establezca.

Una vez señalado lo anterior, debe ser examinada la situación planteada en el caso concreto y verificar si, en el presente caso, están dadas las condiciones anteriormente descritas para que se materialice el avocamiento y en tal caso, decidir acerca de la medida cautelar innominada de suspensión de efectos solicitada por los representantes de la República, así como respecto del fondo de la controversia. En este orden de ideas, se observa que fue solicitado a esta Sala se avocara al conocimiento del expediente signado con el n° 02-2535, que cursa ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, contentivo del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, ejercido conjuntamente con acción de amparo cautelar y subsidiariamente medida cautelar innominada de suspensión de efectos contra el acto administrativo contenido en la Providencia n° SNAT/2002/1419 de fecha 15 de noviembre de 2002 (*Gaceta Oficial* n° 37.573 del 19-11-02), por medio de la cual se designan como agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado a los denominados Contribuyentes Especiales.

El fundamento de tal solicitud estriba, a decir de los abogados fiscales, en determinadas circunstancias que transitan desde el elemento económico y presupuestario que apareja la citada providencia para el Fisco Nacional y que sobrepone los intereses públicos a los privados, pasando por el hecho de que tal acto constituye un mecanismo de recaudación eficaz y disminución de la evasión que en nada vulnera, a su decir, el régimen legal previsto en la Ley del IVA, hasta llegar al elemento normativo que comporta dicha providencia vista la generalidad de sus disposiciones de índole tributario que escapan por razones de competencia del conocimiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Asimismo, se requirió de este Alto Tribunal dictase medida cautelar innominada, a tenor de lo previsto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, consistente en la suspensión de los efectos, así como de todos los actos tendentes a ejecutar la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2002 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y publicada en fecha 15 de enero de 2003, que declaró procedente el amparo cautelar ejercido por la sociedad mercantil accionante y suspendió los efectos de la Providencia Administrativa n° SNAT/2002/1419.

Ahora bien, sobre el referido particular debe esta Sala señalar que mediante su decisión n° 949 del 25 de junio de 2003, caso **VICSON, S.A.**, expediente 2002-1099, dictada con ocasión de la admisión del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegali-

dad conjuntamente con acción de amparo cautelar y medida cautelar innominada, que fuera ejercido ante esta Sala Político-Administrativa contra las Providencias Administrativas n° SNAT/2002/1418, SNAT/2002/1419, SNAT/2002/1454 y SNAT/2002/1455, emanadas del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en fechas 15 y 29 de noviembre de 2002, respectivamente, publicadas en las Gacetas Oficiales n° 37.575, las dos primeras y 37.585, las dos últimas, por medio de las cuales se designan como agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a los Entes Públicos Nacionales y a los denominados Contribuyentes Especiales, la misma declaró su competencia natural para conocer de dicho recurso de nulidad, amparo cautelar y medida cautelar innominada, vistas la naturaleza, efectos y el órgano del cual emanan los citados actos administrativos.

Tal decisión fue posteriormente ratificada en los fallos n° 1439 y 1440 de fecha 23/09/03, dictados por esta Sala en los casos **BRENNTAG VENEZUELA, C.A.** (expediente n° 2003-0058) y **OSTER DE VENEZUELA, S.A.** (expediente n° 2003-0137)

Así, en los citados fallos y a los efectos de establecer su competencia la Sala partió del análisis de las disposiciones contenidas en los artículos 259 y 266 de la Constitución y 42 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los cuales resultan del siguiente tenor:

“Artículo 259: La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Artículo 266: Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

(omissis) ...

4. 4. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal.

5.5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.

(omissis) ...

Las atribuciones señaladas en el numeral 1 serán ejercidas por la Sala Constitucional; las señaladas en los numerales 2 y 3, en Sala Plena; y las contenidas en los numerales 4 y 5 en Sala Político Administrativa. Las demás atribuciones serán ejercidas por las diversas Salas conforme a lo previsto por esta Constitución y la ley.” (Destacado de la Sala).

Artículo 42: Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:

(omissis) ...

9.- Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de ilegalidad, de los actos generales de los órganos unipersonales o colegiados del Poder Público, salvo en los casos previstos en las disposiciones transitorias de esta Ley;

10.- Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional;

11.- Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad, de los actos de los órganos del Poder Público, en los casos no previstos en los ordinales 3°, 4° y 6° del artículo 215 de la Constitución;

12.- Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional.

(omissis)...

Artículo 43. La Corte conocerá en Pleno de los asuntos a que se refiere el artículo anterior en sus ordinales 1º al 8º. En Sala de Casación Civil, hasta tanto el Congreso decida la creación de nuevas Salas, de los enumerados en los ordinales 33, 20 y 21, si estos últimos correspondieren a la jurisdicción civil, mercantil, del trabajo o de alguna otra especial; de igual manera conocerá de los asuntos a que se refiere el ordinal 34. En Sala de Casación Penal, de los señalados en los ordinales 30 al 32 y en los ordinales 20, 21 y 34, cuando estos últimos correspondan a la jurisdicción penal. En Sala Político-Administrativa, de los mencionados en los restantes ordinales del mismo artículo y de cualquier otro que sea de la competencia de la Corte, si no está atribuido a alguna de las otras Salas.”

De tales disposiciones, aplicables de conformidad con la Disposición Derogatoria Única del vigente texto constitucional, pudo concluir este Alto Tribunal que en el ámbito de las facultades concedidas a la jurisdicción contencioso administrativa, corresponde a esta Sala Político-Administrativa, como máxima instancia de dicha jurisdicción, la competencia para conocer de los recursos de nulidad ejercidos por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad contra los actos administrativos generales o particulares emanados del Poder Público, salvo cuando el conocimiento de los mismos resulte atribuido a otro Tribunal, como podría suceder respecto de la competencia residual conferida a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, según lo previsto en el numeral 3 del artículo 185 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Supremo Tribunal.

Conforme a lo expuesto, resultó imperativo a la Sala precisar la naturaleza jurídica de los actos administrativos impugnados en dicha oportunidad, a los fines de determinar si, a partir de las normas atributivas de competencia *supra* transcritas, éstos resultaban del conocimiento de la misma y, en caso de que resultara competente, proceder a admitir los recursos contenciosos administrativos de nulidad ejercidos conjuntamente con amparo cautelar y medida cautelar innominada de suspensión de efectos, así como a establecer el tratamiento procesal que debían dárseles a dichas controversias. Tales motivos llevaron a este Alto Tribunal, como se mencionó, a adentrarse en el análisis de los actos impugnados, a saber, de las Providencias n° SNAT/2002/1418 y SNAT/2002/1454, por medio de las cuales se designaron como agentes de retención del IVA a los Entes Públicos Nacionales establecidos en dichos actos y, las Providencias n° SNAT/2002/1419 y SNAT/2002/1455, que designaron a los denominados Contribuyentes Especiales como agentes de retención del referido impuesto; indicando respecto de las últimas lo que a continuación se transcribe:

“...(omissis)... analizando las Providencias Administrativas n° SNAT/2002/1419 y SNAT/2002/1455, se observa que las mismas fueron dictadas por el Superintendente Nacional Aduanero y Tributario en los siguientes términos:

“Artículo 1: Se designan responsables del pago del impuesto al valor agregado, en calidad de agentes de retención, a los contribuyentes a los cuales el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) haya calificado como especiales.

Los contribuyentes especiales fungirán como agentes de retención el impuesto al valor agregado generado cuando compren bienes muebles o reciban servicios de proveedores que sean contribuyentes ordinarios de este impuesto.

Parágrafo Único: A los efectos de esta Providencia se entiende por proveedores a los contribuyentes ordinarios del impuesto al valor agregado que vendan bienes muebles o presten servicios, ya sean con carácter de mayoristas o minoristas.”

Asimismo, como lo hicieron las providencias supra analizadas, el artículo 17 de las Providencias n° SNAT/2002/1419 y SNAT/2002/1455 también estableció el régimen sancionatorio aplicable al incumplimiento de los deberes y obligaciones fiscales establecidos en estas, así:

“Artículo 17: El incumplimiento de los deberes previstos en esta Providencia será sancionado conforme a lo previsto en el Código Orgánico Tributario.

En los casos en que el agente de retención entregue con retardo el comprobante de retención exigido conforme al artículo 12 de esta Providencia, o en los casos en los que el proveedor no descuente el impuesto retenido en los períodos que correspondan según lo dispuesto en el encabezamiento y en el primer aparte del artículo 6 de esta Providencia, resultará aplicable la sanción prevista en el artículo 107 del Código Orgánico Tributario.”

En tal sentido, aprecia este Alto Tribunal que los referidos actos administrativos igualmente ostentan carácter general, al establecer un conjunto de disposiciones dirigidas a una universalidad de destinatarios y de contenido abstracto, cuya eficacia causal no se agota con la simple aplicación de las mismas, sino que se extienden reiteradamente en el futuro.

Por otra parte, considera la Sala que de tales providencias se desprenden suficientes elementos para concluir que ostentan carácter normativo, al establecer un conjunto de disposiciones normativas destinadas no sólo a regular las operaciones de compra de bienes muebles y adquisiciones de servicios, realizadas por los contribuyentes especiales con los contribuyentes ordinarios del señalado impuesto al valor agregado, sino a sancionar el incumplimiento por parte de los referidos agentes de retención de las obligaciones y deberes impuestos por dicha providencia, las cuales permanecen vigentes en el ordenamiento jurídico, e incluso se extenderán respecto de aquellos nuevos contribuyentes que a futuro sean catalogados por el Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria como especiales.

En cuanto a sus efectos, resultan igualmente valederas las observaciones antes formuladas respecto de las Providencias n°. SNAT/2002/1418 y SNAT/2002/1454, las cuales permiten concluir que se trata de actos administrativos generales de efectos generales de obligatorio cumplimiento para todos los contribuyentes especiales que, si bien pueden ser determinados por la Administración Tributaria, se extiende mucho más allá de éstos y su eficacia causal se erige de forma general para todos aquellos contribuyentes, que ingresen al padrón de contribuyentes especiales en el futuro; siendo ello así y configurando las referidas providencias actos contentivos de reglas de derecho impersonales y abstractas, que extienden sus efectos más allá de su simple aplicación, en criterio de la Sala resultan, subsumibles dentro de la configuración de los actos administrativos generales de efectos generales. Así también se decide. (Sentencia n° 1439, del 23/09/03 Caso Brenntag Venezuela, C.A.)

Advertida entonces como fue la generalidad de los actos impugnados y sus efectos, debía precisarse si la competencia para conocer y decidir respecto a su legalidad correspondía a esta Sala, o si, por el contrario, resultaba atribuida a otro tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa. En tal sentido, se observó que los actos administrativos cuya nulidad se solicitaba, emanaban del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), adscrito al Ministerio de Finanzas, que goza conforme a su decreto de creación y su ley (ésta última publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.320 del 08 de noviembre de 2001), de autonomía técnica, funcional y financiera.

Que, según lo dispuesto en la referida Ley del SENIAT, específicamente lo establecido en su artículo 1°, dicho servicio es “... el órgano de ejecución de la administración tributaria nacional, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes.”, aunado al hecho de que el propio texto constitucional dispone en su artículo 317 que “La administración tributaria nacional gozará de autonomía técnica, funcional y financiera de acuerdo con lo aprobado por la Asamblea Nacional ...”; sin embargo, tal organismo de ejecución resulta un órgano desconcentrado de la Administración Pública Nacional, conforme a lo dispuesto en los artícu-

los 92 al 94 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. De allí, se destacó que si bien el mismo ostenta competencia nacional en cuanto al sistema de tributos del Poder Nacional, por ser un ente desconcentrado de la Administración Pública, carece de personalidad jurídica propia.

Derivado de lo anterior, pudo concluir este Alto Tribunal desde el punto de vista formal, que al ser el SENIAT un servicio autónomo sin personalidad jurídica, vale decir un órgano desconcentrado de la Administración Pública Nacional (Administración Central a través de su ente de adscripción, en este caso el Ministerio de Finanzas), carecía de personalidad jurídica propia y por tanto sus actos así como los efectos de éstos, se imputaban a la personalidad jurídica pública de la cual forma parte; motivo por el cual pudiera pensarse, en forma errónea, que la competencia para conocer y decidir los recursos ejercidos contra las providencias administrativas dictadas por dicho servicio para designar como agentes de retención del IVA a los Contribuyentes Especiales, resultaba de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, vistos los supuestos de competencia residual atribuida a dicha Corte en virtud del numeral 3° del artículo 185 de la ley que rige las funciones de este Alto Tribunal.

Sin embargo, la Sala en dichas ocasiones no pudo dejar de advertir el alcance normativo que ostentan las referidas providencias administrativas, normas éstas cuyo contenido estrictamente tributario imponen obligaciones fiscales no sólo para los denominados Entes Públicos Nacionales y Contribuyentes Especiales, sino que establecen un procedimiento para la retención del aludido tributo, aunado a las sanciones por incumplimiento que contemplan. En tal sentido, fue observado por este Alto Tribunal que de la aplicación de las mismas surgen verdaderas relaciones jurídicas subjetivas en el ámbito del derecho tributario, cuyo conocimiento resultaría, en principio, atribuido a la jurisdicción especial contencioso-tributaria, al consagrar ésta un fuero especial exclusivo y excluyente, por lo que no podría otorgársele competencia para conocer de las mismas a otra jurisdicción ni a otros tribunales de distinta naturaleza, según lo preceptuado en el artículo 330 del Código Orgánico Tributario. Igualmente, fue advertido en tales ocasiones que los actos impugnados eran actos generales, cuyos efectos se presentaban de igual forma generales, motivos por los cuales escapaban del ámbito de la jurisdicción contencioso tributaria en su primer grado de conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 259 del citado Código Orgánico Tributario.

En consecuencia, esta Sala Político-Administrativa en los citados fallos, concluyó que siendo la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-tributaria y estándole atribuida la competencia para conocer de los recursos administrativos que se ejerzan, tanto por razones de inconstitucionalidad como de ilegalidad, contra actos administrativos de efectos generales, sin lugar a dudas correspondía a ella la competencia para conocer de los recursos de nulidad ejercidos conjuntamente con amparo cautelar y medida innominada contra las referidas Providencias Administrativas n° SNAT/2002/1418, SNAT/2002/1419, SNAT/2002/1454 y SNAT/2002/1455, conforme a la norma atributiva de competencia residual contenida en el numeral 11 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, declarando así su competencia natural para conocer y decidir las acciones y recursos propuestos contra dichos actos.

Ahora bien, tal y como fue señalado *supra* a los efectos de acordar la procedencia de la solicitud de avocamiento y pronunciarse sobre la medida cautelar innominada requerida por los representantes de la República, debe constatar este Supremo Tribunal si, en el presente caso se cumplen los supuestos del mismo, dentro de los cuales destaca, principalmente, la verificación de si en efecto el órgano jurisdiccional ante el cual cursa el expediente contenido de la causa objeto del avocamiento resulta el naturalmente competente para conocer de ella; no obstante, dicho supuesto de procedencia tal y como se ha venido indicando en la motivación del presente fallo, no se verifica en el caso de autos, toda vez que el órgano jurisdiccional competente para conocer de las acciones y recursos ejercidos y por ejercer contra

los aludidos actos administrativos emanados del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria resulta, esta Sala Político-Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia.

Por tal virtud, sólo corresponde a esta Sala la competencia exclusiva y excluyente ante cualquier otro tribunal de la República para conocer y resolver las controversias suscitadas respecto a la constitucionalidad y legalidad de los *supra* señalados actos del SENIAT, motivó por el cual esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se declara competente para conocer y decidir la causa contenida en el expediente n° 02-2535 de la nomenclatura de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así se declara.

Derivado de lo anterior, y no obstante esta Sala haber declarado su competencia para conocer y decidir la causa contenida en el citado expediente n° 02-2535, se colige con meridian claridad que la solicitud de avocamiento y por consiguiente de medida cautelar de suspensión de efectos formuladas por los representantes de los intereses de la República, en la causa que cursa en el expediente signado con el n° 02-2535, de la nomenclatura llevada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, contenido del recurso de nulidad con acción de amparo y medida cautelar innominada contra la *supra* citada Providencia Administrativa SNAT/2002/1419, resulta a todas luces improcedente, por lo cual resulta inoficioso a esta Sala pronunciarse respecto de las demás alegaciones expuestas al efecto por la representación fiscal. Así se decide.

Sin embargo, este Máximo Tribunal no puede dejar de advertir en el presente caso que en fecha 18 de noviembre de 2002, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia en el citado expediente n° 02-2535, manifestando su competencia para conocer del caso de autos, admitiendo el recurso de nulidad ejercido, declarando “Con Lugar” el amparo cautelar solicitado y ordenando, la apertura del cuaderno separado para tramitar la oposición al amparo cautelar acordado.

De igual forma, en fecha 19 de febrero de 2003, la señalada Corte dictó nuevamente sentencia en dicho expediente, esta vez para decidir respecto de la solicitud de aclaratoria formulada por la recurrente, y en cuya oportunidad se pronunció, además, acerca de las solicitudes de adhesión formuladas por un grupo de contribuyentes para que se les tuviese como verdaderas partes en el proceso a tenor de lo previsto en el “artículo 370, ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil”, respecto de las solicitudes presentadas por otros contribuyentes del referido impuesto de ser tenidos como terceros coadyuvantes en dicho juicio, así como en cuanto al requerimiento formulado por otro conjunto de contribuyentes de que se les extendiesen a ellos los efectos de la decisión dictada el 18 de noviembre de 2002 y publicada el 15 de enero de 2003, bajo el n° 2003-4, que declaró “Con Lugar” el amparo cautelar incoado por la recurrente contra la mencionada Providencia Administrativa n° SNAT/2002/1419, es decir, extendiendo su fallo primigenio, mucho más allá a través de la vía procesal de la aclaratoria.

En este contexto, siendo dicha Corte Primera de lo Contencioso Administrativo un órgano jurisdiccional carente de toda competencia para conocer de los aludidos actos administrativos emanados del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) y por consiguiente, estándole vedada posibilidad alguna de conocer cualquier tipo de acción o recurso contra los mismos, visto que tal como se ha indicado a lo largo de este fallo, dicha posibilidad es competencia exclusiva y excluyente de esta Sala Político-Administrativa, como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, y siendo asimismo, la competencia de orden público, resulta imperativo a ésta proceder a declarar, de conformidad con los artículos 206 y 209 del Código de Procedimiento Civil, la nulidad absoluta de todas las actuaciones procesales cumplidas en el expediente n° 02-2535 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, dentro de las cuales destacan la decisión dictada el 18 de diciembre de 2002 que declaró “Con Lugar” el amparo cautelar solicitado por la

sociedad mercantil Cervecería Polar Los Cortijos, C.A., así como la aclaratoria de dicha sentencia de fecha 19 de febrero de 2003; ello así en virtud, de la incompetencia manifiesta de dicha Corte para conocer y decidir el referido caso. Así se declara.

Ahora bien, habiéndose declarado la nulidad absoluta de todas las actuaciones procesales llevadas a cabo en el referido expediente n° 02-2535 de la nomenclatura de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y siendo esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir de las respectivas acciones y recursos ejercidos o por ejercer, y, específicamente, de la acción y el recurso intentados en el referido expediente n° 02-2535, en contra de los actos administrativos contenidos en las Providencias Administrativas n° SNAT/2002/1418, SNAT/2002/1419, SNAT/2002/1454 y SNAT/2002/1455, emanadas del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), debe este Alto Tribunal en aras de una tutela judicial efectiva y para preservar los derechos a la defensa y al debido proceso tanto de la recurrente original en dicha causa, es decir, la sociedad mercantil Cervecería Polar Los Cortijos, C.A., así como de las sociedades mercantiles que se adhirieron en su oportunidad a dicha causa, ordenar la tramitación de un expediente, a objeto de dar curso legal al recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, medida cautelar de amparo constitucional y medida innominada subsidiaria de suspensión de efectos, que fuera ejercido erróneamente por la mencionada contribuyente ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a cuyo efecto se procederá a designar ponente a los fines de decidir sobre la admisibilidad del referido recurso de nulidad y la acción de amparo cautelar incoados, prescindiendo de la competencia ya decidida en el presente fallo. Así se declara.

DECISIÓN

En virtud de las razones anteriormente expuestas, esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

IMPROCEDENTE la solicitud de avocamiento formulada por los abogados Ingrid Cancelado Ruiz y Alí Alberto Gamboa García, suficientemente identificados, actuando con el carácter de representantes de la **REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA** por órgano del **SERVICIO NACIONAL INTEGRADO DE ADMINISTRACIÓN ADUANERA Y TRIBUTARIA (SENIAT)**, numeral 29 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a la causa que cursaba ante la **Corte Primera de lo Contencioso Administrativo**, en el expediente signado con n° **02-2535** de la nomenclatura de esa Corte, contenido del recurso contencioso administrativo de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad conjuntamente con acción de amparo constitucional de carácter cautelar y medida cautelar innominada de suspensión de efectos, ejercido por los apoderados judiciales de la sociedad mercantil **CERVECERÍA POLAR LOS CORTIJOS, C.A.**, contra el acto contenido en la Providencia Administrativa n° SNAT/2002/1419, dictada por el Superintendente Nacional Aduanero y Tributario en fecha 15 de noviembre de 2002 y publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.573 del 19 de noviembre de 2002, por medio de la cual se designan a los denominados Contribuyentes Especiales como agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

d. *Regulación de Competencia. Conflictos de competencia*

TSJ-SP

28-1-2004

Magistrado Ponente: Rafael Pérez Perdomo

Caso: Pedro Alejandro Lava Socorro vs. Consejo Nacional Electoral

Resulta evidente para la Sala Plena que los conflictos de competencia que surjan con ocasión a las relaciones funcionariales entre los empleados y el Consejo Nacional Electoral, corresponde dilucidarlo a la Sala Político-Administrativa, por ser ésta la cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa.

Atendiendo, pues, a los criterios antes expresados, resulta evidente que los conflictos de competencia que surjan con ocasión a las relaciones funcionariales entre los empleados y el Consejo Nacional Electoral, corresponde dilucidarlo a la Sala Político-Administrativa, por ser ésta la cúspide de la jurisdicción contencioso administrativa.

En consecuencia, esta Sala Plena, de conformidad con el artículo 42, ordinal 7 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, encuentra procedente, declarar competente para resolver el conflicto planteado entre el extinto Tribunal de Carrera Administrativa (hoy Tribunales Superiores Quinto, Sexto y Séptimo de lo Contencioso Administrativo de la Región Capital, con sede en Caracas) y la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo, a la Sala Político-Administrativa de este Máximo Tribunal.

Por las consideraciones anteriormente expuestas, esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara **COMPETENTE A LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA** para resolver el conflicto de competencia suscitado entre el extinto Tribunal de Carrera Administrativa (hoy Tribunales Superiores Quinto, Sexto y Séptimo de lo Contencioso Administrativo de la región capital, con sede en Caracas) y la Corte Primera en lo Contencioso Administrativo.

TSJ-SPA(00551)

1-6-2004

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Alfredo Albarrán Nava vs. República (Ministerio de Educación, Cultura y Deportes)

La solicitud de regulación de la competencia se propondrá ante el Juez que se haya pronunciado sobre la competencia, aun en los casos de los artículos 51 y 61, expresándose las razones o fundamentos que se alegan. El Juez remitirá inmediatamente copia de la solicitud al Tribunal Superior de la Circunscripción para que decida la regulación. En los casos del artículo 70 CPC dicha copia se remitirá a la Corte Suprema de Justicia si no hubiere un Tribunal Superior común a ambos jueces en la Circunscripción.

Debe la Sala establecer en primer término su competencia para resolver el conflicto negativo planteado, y en tal sentido debe atenderse a lo dispuesto en los artículos 70 y 71 del Código de Procedimiento Civil, los cuales rezan:

“Artículo 70. Cuando la sentencia declare la incompetencia del Juez que previno, por razón de la materia o por el territorio en los casos indicados en el artículo 47, si el Juez o Tribunal que haya de suplirle se considerare a su vez incompetente, solicitará de oficio la regulación de la competencia”.

“Artículo 71. La solicitud de regulación de la competencia se propondrá ante el Juez que se haya pronunciado sobre la competencia, aun en los casos de los artículos 51 y 61, expresándose las razones o fundamentos que se alegan. El Juez remitirá inmediatamente copia de la solicitud al Tribunal Superior de la Circunscripción para que decida la regulación.”

En los casos del artículo 70, dicha copia se remitirá a la Corte Suprema de Justicia si no hubiere un Tribunal Superior común a ambos jueces en la Circunscripción...”. (subrayado de la Sala)

De la última de las disposiciones transcritas, se observa que no se precisa cuál de las Salas de este Supremo Tribunal es la llamada a dirimir el conflicto de competencia suscitado, por lo que es preciso determinar a cuál le corresponde decidir.

En el caso de autos se ha planteado un conflicto de competencia entre el extinto Tribunal de la Carrera Administrativa y el Juzgado Séptimo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, con ocasión del recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto por los apoderados judiciales del ciudadano Alfredo Albarrán Nava, contra el acto administrativo de efectos particulares contenido en la Resolución n° 1.532 de fecha 25 de abril de 1995, dictado por el Ministro de Educación (hoy Ministro de Educación, Cultura y Deportes), mediante el cual se le otorgó “*el beneficio social de la jubilación...*” al recurrente. Visto lo anterior y dado que el primero de los órganos jurisdiccionales señalados tenía atribuida la competencia en materia contencioso administrativa funcional y al ser esta Sala Político-Administrativa el máximo órgano en dicha jurisdicción, aunado a que en el presente caso se revela la existencia de una relación de empleo público, esta Sala se declara competente para conocer el conflicto de competencia planteado. Así se declara.

Determinado lo anterior, pasa esta Sala a resolver el conflicto negativo de competencia planteado, y en tal sentido observa:

En el caso de autos, ha sido interpuesta una querrela con ocasión de la Resolución n° 1.532 de fecha 25 de abril de 1995, dictada por el Ministro de Educación (hoy Ministro de Educación, Cultura y Deportes), mediante el cual se otorgó al recurrente “*el beneficio social de la jubilación...*”.

Visto lo anterior, resulta necesario hacer referencia a la sentencia n° 00293 de esta Sala de fecha 13 de abril de 2004, la cual a los efectos de determinar la competencia para un caso análogo al de autos, destacó el contenido de los artículos 86 y 87 de la Ley Orgánica de Educación, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela n° 2.635 de fecha 28 de julio de 1980, en relación con el personal docente, los cuales señalan lo siguiente:

“Artículo 86.- Los miembros del personal docente se regirán en sus relaciones de trabajo por las disposiciones de esta ley y por la Ley del Trabajo.

Artículo 87.- Los profesionales de la docencia gozarán de las prestaciones sociales en la misma forma y condiciones que la Ley del Trabajo establece para los trabajadores, sin perjuicio de los beneficios acordados por otros medios”.

Asimismo, hizo referencia a la decisión del 17 de enero de 1983 (Caso: Ángela Trejo de Colantoni vs. Ministerio de Educación) de esta Sala Político-Administrativa, dictada luego de la entrada en vigencia de la Ley *in commento*, mediante la cual se estableció el régimen jurídico aplicable a aquellos docentes dependientes del Poder Ejecutivo (Ministerio de Educación); a través de la cual se indicó:

“...la organicidad de la Ley de Educación concierne a la organización del sistema educativo en Venezuela y todo lo que esa organización involucra en cuanto a la orientación y planificación de tal sistema. En consecuencia, en el campo educativo la Ley Orgánica de Educación deroga cualquier otra disposición legal especial que la contradiga. Pero no existe base jurídica alguna para considerar que la Ley de Educación deroga la materia de administración de personal contenida en la Ley de Carrera Administrativa, ni que el estatuto del funcionario público articulado en la Ley de Carrera Administrativa choque con disposiciones de esa índole consagradas en la Ley Orgánica de Educación.

...Omissis...

En tal virtud, resulta concluyente para esta Sala que es la jurisdicción contencioso administrativa la competente para conocer y decidir los litigios surgidos entre los funcionarios públicos docentes y la Administración Pública por lo que respecta a sus relaciones laborales.

Y dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa el órgano competente para dirimir tales litigios es el Tribunal de la Carrera Administrativa y no este Supremo Tribunal, por las razones siguientes:

... porque ha quedado establecido en este fallo que los funcionarios docentes no están excluidos del régimen general de la Ley de Carrera Administrativa, sin perjuicio de la aplicación de leyes especiales atinentes a su función. Ahora bien, el mencionado texto legal instituye un tribunal especial, el de la Carrera Administrativa, para conocer y decidir las reclamaciones de todos los funcionarios públicos sometidos a dicha ley... ”.

Del mismo modo, se hace referencia a la decisión n° 1.041 de esta Sala de fecha 31 de julio de 2002 (Caso: Martha Yolanda Monsalve de Gutiérrez), mediante la cual se ratificó la situación de los docentes dependientes del Ejecutivo Nacional, indicando que por su relación de empleo público deben regirse por las normas previstas en la Ley de Carrera Administrativa, hoy Ley del Estatuto de la Función Pública. Al respecto dicha decisión, estableció:

“Ahora bien, a los fines de establecer cuál es el órgano competente para conocer del caso de autos, resulta necesario determinar el régimen legal que ampara al querellante en su relación del empleo con la Administración Pública, así como determinar la relación entre la ciudadana recurrente y el ente administrativo autor del acto impugnado, y en tal sentido observa:

La recurrente prestaba sus servicios como profesora a dedicación exclusiva, en el Instituto Universitario Experimental de Tecnología Andrés Eloy Blanco, el cual es una Institución perteneciente al subsistema de educación superior dependiente directamente del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, y al igual que los otros Colegios e Institutos Universitarios adscritos al mencionado Ministerio, constituyen una dependencia orgánica del mismo, carente de personalidad jurídica propia, toda vez, que forman parte de la estructura organizativa de la República de Venezuela. Establecido lo anterior, resulta forzoso concluir que la actora es funcionario público al servicio de la Administración Pública Nacional y por lo tanto, se rige por las normas sustantivas y adjetivas previstas en la Ley de Carrera Administrativa, todo ello, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta de la novísima Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la Gaceta Oficial n° 37.482 del 11 de julio del presente año.

Ahora bien, en lo que respecta al tribunal competente para conocer de la presente causa, es menester señalar que la mencionada ley suprimió de sus funciones al Tribunal de la Carrera Administrativa, asignándole, según lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del nuevo ordenamiento especial, sus competencias a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, por lo que en el presente caso, la Sala debe declarar a éstos tribunales, competentes para su conocimiento y decisión”.

Así, esta Sala debe precisar, tal y como ha sido señalado en reiteradas decisiones, que si bien es cierto, la Ley Orgánica de Educación señala que los docentes se regirán por dicha Ley y la Ley Orgánica del Trabajo, así como que éstos gozarán de las prestaciones sociales en la forma y condiciones de la Ley que rige la materia laboral general, no es menos cierto que tales indicaciones van referidas a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Trabajo en todo cuanto beneficie al docente como trabajador, es decir, que debe el juez remitirse a la Ley Laboral en cuanto a los privilegios consagrados a favor de los trabajadores, sin embargo, ello no implica que deban conocer de las acciones intentadas por los docentes al servicio de la Administración Pública los juzgados laborales, negándosele su carácter de funcionario público.

Siendo ello así, se observa que por cuanto el hoy accionante fundamenta su acción en la relación de empleo público mantenida con el Instituto Universitario de Tecnología Andrés Bello, adscrito al Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, resulta claro para esta Sala la condición de empleado público que ostentaba el demandante, y por ende, su relación de empleo público está regulada por la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.482, de fecha 11 de julio de 2002, reimpresa en fecha 6 de septiembre de 2002, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.522, la cual derogó a la Ley de Carrera Administrativa publicada en la *Gaceta Oficial* n° 1.428 Extraordinario de fecha 4 de septiembre de 1970, reformada por Decreto Ley n° 914 del 13 de mayo de 1975, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 1.745 Extraordinario del 23 de mayo de 1975.

En este sentido, la Ley del Estatuto de la Función Pública estableció en la Disposición Transitoria Primera, que:

“Mientras se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, son competentes en primera instancia para conocer de las controversias a que se refiere el artículo 93 de esta Ley, los jueces o juezas superiores con competencia en lo contencioso administrativo en el lugar donde hubieren ocurrido los hechos, donde se hubiere dictado el acto administrativo, o donde funcione el órgano o ente de la Administración Pública que dio lugar a la controversia”.

Por tanto, de conformidad con la norma *supra* transcrita, y evidenciándose de las actas del expediente que la presente querrela tiene como fundamento un supuesto derecho derivado de una relación de empleo público, resulta forzoso para esta Sala declarar que corresponde a un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, la competencia para conocer y decidir el presente asunto. Así se declara.

TSJ- SPA (00316)

13-4-2004

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Matilde A.Pacilli C. vs. Alcaldía del Municipio Iribarren del Estado Lara.

Corresponde a esta Sala examinar su competencia para conocer del presente conflicto negativo, y en tal sentido observa que:

Los artículos 70 y 71 del Código de Procedimiento Civil disponen:

“Artículo 70.- Cuando la sentencia declare la incompetencia del juez que previno, por razón de la materia o por el territorio en los casos del artículo 47, si el Juez o Tribunal que haya de suplirle se considerase a su vez incompetente, solicitará de oficio la regulación de competencia”.

“Artículo 71.- La solicitud de regulación de la competencia se propondrá ante el juez que se haya pronunciado sobre la competencia, aun en los casos de los artículos 51 y 61, expresándose las razones o fundamentos que se alegan. El juez remitirá inmediatamente copia de la solicitud al Tribunal Superior de la Circunscripción para que decida la regulación. En los casos del artículo 70, dicha copia se remitirá a la Corte Suprema de Justicia si no hubiere un Tribunal Superior común a ambos jueces en la Circunscripción. De la misma manera procederá cuando la incompetencia sea declarada por un Tribunal Superior.”

Ahora bien, de autos se observa que el 10 de diciembre de 2003, el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, se declaró incompetente para conocer del caso, declinando su conocimiento en el Juzgado Primero de Primera Instancia del Trabajo del Estado Lara, el cual conoció en principio de la demanda por prestaciones sociales interpuesta por varios ciudadanos contra la Alcaldía del Municipio Iribarren del Estado Lara, juicio en el que la actora prestó sus servicios como experta designada.

Por su parte, el Juzgado Cuarto de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución de la Coordinación del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, al recibir el expediente, si bien no emitió una decisión formal -o por lo menos no consta en autos- se evidencia que por oficio n° M-2004-70, de fecha 22 de enero de 2004, consideró que la presente causa debe ser conocida por el Tribunal con competencia Civil.

Así pues, resulta evidente que se ha planteado un conflicto negativo de competencia entre los referidos tribunales, no existiendo un Tribunal Superior común a ellos, por lo que de conformidad con las normas transcritas la regulación de competencia efectivamente corresponde a este Alto Tribunal.

Sin embargo, no precisan los indicados artículos cuál de las Salas de este Supremo Tribunal es la llamada a dirimir el conflicto de competencia suscitado, por lo que es preciso determinar, de acuerdo a la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y dada la creación de las nuevas Salas de este Alto Tribunal, a través de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala a la cual corresponde decidir el conflicto planteado.

Al respecto, se observa que, el artículo 42 ordinal 21 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, atribuye a este Máximo Tribunal la competencia para decidir los conflictos de competencia entre Tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico y el artículo 43 *eiusdem*, determina que la Corte conocerá en Sala de Casación Civil los asuntos enumerados en los ordinales 33, 20 y 21 del artículo 42, si ellos corresponden a la jurisdicción Civil, Mercantil, del Trabajo o de alguna otra especial.

Ahora bien, el artículo 262 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, deroga expresamente la competencia de la Sala de Casación Civil de este Supremo Tribunal para conocer de los asuntos en materia agraria, laboral y de menores, por cuanto atribuye el conocimiento de los mismos a la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia.

En el caso de autos, no existen elementos que vinculen el juicio a la materia contencioso administrativa, pues el conflicto negativo de competencia no se presenta entre tribunales pertenecientes a esta Jurisdicción, ni la naturaleza de los derechos debatidos guardan relación con ella. En efecto, como quedó descrito *supra*, la controversia se circunscribe a una demanda por cobro de bolívares, por concepto de honorarios profesionales, en virtud de que la actora prestó sus servicios como experta en un juicio de naturaleza laboral. Circunstancia esta última que a juicio de esta Sala establece que, corresponde a la Sala de Casación Social de este Alto Tribunal la regulación de competencia propuesta por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara. Así se decide.

TSJ-SC (1042)

31-5-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Carlos Humberto Tablante Hidalgo vs. Compañía Anónima de Alumbrado y Fomento Eléctrico C.A. (CADAFE) y su filial C.A. Electricidad del Centro (ELECENRO).

Pasa de seguidas la Sala a analizar las pruebas admitidas promovidas por los accionados y los terceros coadyuvantes.

Entre ellas hay varias pruebas de informes, a las cuales se les aplica el artículo 433 del Código de Procedimiento Civil.

En el proceso regido por el principio de inmediación el Juez debe plantearse si los informantes deben asistir a las audiencias probatorias a ratificar sus informaciones.

A juicio de la Sala, cuando el informante es un ente público, el Tribunal al admitir la prueba, de oficio o a petición de parte, puede ordenar la comparecencia del representante del informante, si lo considera necesario.

Tratándose de instrumentos auténticos, apreciables por la sana crítica, el Tribunal puede valorar los informes, sin necesidad de ratificación personal de los funcionarios que los suscriben, siempre que no hayan sido impugnados, lo que denota que las partes están acordes sobre la veracidad de su contenido.

E. *El Poder Ciudadano*

a. *Contraloría General de la República: Contralor General de la República*

TSJ-SC (488)

30-3-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 11 y 91 numeral 29 de la Ley de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

La Sala Constitucional considera que la Ley puede exigir requisitos demostrativos de la aptitud para el ejercicio de determinados cargos, por lo que el establecimiento de condiciones complementarias de las previstas en el texto constitucional para el nombramiento del Contralor General de la República, dentro del margen de discrecionalidad concedido al legislador, está evidentemente dirigido a la búsqueda de la excelencia en el servicio de la función pública y específicamente, al mejoramiento y fortalecimiento de la función contralora.

En el presente caso, se demandó la inconstitucionalidad de dos normas a saber: los artículos 11 y 91, numeral 29, de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. La Sala para decidir observa que el artículo 11 de la normativa impugnada establece lo siguiente:

“Artículo 11.

Para ser designado Contralor o Contralora General de la República se requiere ser venezolano o venezolana por nacimiento y sin otra nacionalidad, mayor de treinta años, de estado seglar, tener un mínimo de quince (15) años de graduado en alguna de las siguientes profesiones: Derecho, Economía, Contaduría Pública, Administración Comercial o Ciencias Fiscales, y poseer experiencia no menor de diez (10) años en el ejercicio de cargos directivos en los órganos de control fiscal del sector público”.

En cuanto a la norma transcrita, el recurrente alegó que la misma había violado la garantía de la igualdad ante la Ley, que estableció requisitos adicionales a los requeridos en el texto constitucional, transgredió la supremacía constitucional y lesionó el derecho y el deber que tenían las personas al trabajo.

Al respecto estima la Sala, que al ser la Constitución la norma primaria a la cual debe sujetarse el ordenamiento jurídico, la labor del legislador debe tener como norte no sólo los principios generales expresamente consagrados, sino además los supremos fines por ella perseguidos, por lo que está obligado a realizar una interpretación integral y coordinada de las normas que conforman el cuerpo constitucional, es decir, que el legislador no es un simple ejecutor de los principios constitucionales sino que por el contrario en ejercicio de sus funciones goza de una amplia libertad de configuración normativa que le permite determinar y aplicar, de manera concreta las directrices necesarias para el cumplimiento de los cometidos constitucionales.

Asimismo observa, realizando un análisis de los artículos 287, 288 y 290 de la Constitución, que se trasladaron a la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema de Control Fiscal, las condiciones requeridas en el Texto Fundamental para ejercer el cargo de Contralor General de la República; ello se evidencia del artículo 288 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

“Artículo 288. La Contraloría General de la República estará bajo la dirección y responsabilidad del Contralor o Contralora General de la República, quien debe ser venezolano o venezolana, mayor de treinta años y con probada aptitud y experiencia para el ejercicio del cargo.

El Contralor o Contralora General de la República será designado o designada para un período de siete años”.

Sin embargo, considera la Sala que en el artículo 11 de la normativa impugnada, lo que se evidencia es el desarrollo de lo que se entiende por probada aptitud y experiencia, a fin de adecuarlas a las nuevas exigencias que imponía el complejo sistema de control fiscal.

En cuanto al requisito de la probada aptitud para el desempeño del cargo y a la complejidad y especialidad del Sistema Nacional de Control Fiscal, considera la Sala que el legislador estimó conveniente, en beneficio de quienes ocuparan el cargo de Contralor, que fueran los más idóneos y preparados desde el punto de vista técnico, es decir, que las personas que aspiraran a ejercer dicho cargo fueran especialistas en las áreas de Derecho, Economía, Contaduría Pública, Administración Comercial o Ciencias Fiscales.

Al respecto, la Sala observa que el concepto de aptitud se refiere a la “...*Suficiencia o idoneidad para obtener y ejercer un empleo o cargo. Capacidad y disposición para el buen desempeño...*” y el de experiencia se refiere a la “(e)*nseñanza que se adquiere con el uso, la práctica o el vivir*”. (*Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Primera Edición 1992, p. 123 y 660).

Considera la Sala que atendiendo a la conceptualización realizada, no se viola ningún precepto constitucional, toda vez que la normativa impugnada al consagrar otros requisitos tendentes a la mejor calificación del funcionario en su desempeño, lo que hace es dar fiel cumplimiento a lo ordenado por la Constitución.

De la misma manera, considera la Sala que la función primordial de la Contraloría General de la República es velar por una buena gestión y legalidad en el uso del patrimonio público, control que a su vez está asociado a la actividad presupuestaria como una manifestación de la actividad administrativa, resulta que las personas especializadas en estas áreas son las que están mayormente capacitadas para el control del manejo de las finanzas públicas.

En cuanto a lo denunciado por el recurrente de que el artículo 11 de la normativa impugnada vulneró el principio de la igualdad ante la ley, consagrado en el artículo 21 de la Constitución, la Sala observa que tal principio no fue violado por cuanto de la redacción del referido artículo 11, no se evidencia ningún trato discriminatorio, sólo la intención del constituyente en la exigencia de la calificación necesaria para el mejor desempeño en el cargo de

Contralor General de la República; en virtud de lo cual resultaba obligatorio que el texto legal consagrara y desarrollara las condiciones de formación académica y experiencia profesional que garantizaran la idoneidad de quien sea designado para tales fines y lo convirtieran en un funcionario de alto rango en el marco de la profesionalización, aunado a que la Ley puede exigir requisitos demostrativos de la aptitud para el ejercicio de determinados cargos y que el establecimiento de condiciones complementarias de las previstas en el texto constitucional para el nombramiento del Contralor General de la República, dentro del margen de discrecionalidad concedido al legislador, está evidentemente dirigido a la búsqueda de la excelencia en el servicio de la función pública y específicamente, al mejoramiento y fortalecimiento de la función contralora, razón por la que la Sala desestima el argumento esgrimido por el recurrente y así se decide.

3. *El Poder Estatal*

A. *Competencias*

a. *Descentralización de competencias de los Estados a los Municipios*

TSJ-SC (843)

11-5-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Impugnación de la Ley de Descentralización y Transferencia de Recursos a los Municipios del Estado Guárico.

En la actualidad es posible que los Consejos Legislativos estatales dicten leyes de transferencia de competencias de los Estados a los Municipios, con el objeto de profundizar los objetivos que el artículo 158 de la Norma Fundamental encomienda a la política de descentralización, pero sujeto a las condiciones y dentro de los límites que impone el mismo precepto constitucional, a saber: (i) que se haya dictado una ley nacional de delimitación de las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios, (ii) que la descentralización efectuada esté circunscrita a la prestación de servicios, y (iii) que los Municipios a los cuales se transfiera la competencia para prestar determinado servicio, estén en capacidad de asumir tal obligación.

Pasa la Sala a pronunciarse respecto de la petición de nulidad por razones de inconstitucionalidad en la presente causa, y en tal sentido pasa a examinar la principal denuncia que efectuó en su solicitud el representante judicial del Gobernador del Estado Guárico, referida a la supuesta incompetencia del órgano legislativo de la referida entidad estatal para regular, mediante un acto de rango legal, el proceso de descentralización de competencias del Estado Guárico a los Municipios que existen en el territorio de la mencionada entidad federal, pero teniendo en cuenta la normativa prevista en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y no en la Constitución de 1961, pues el objetivo del juicio de nulidad tramitado es determinar la conformidad o no de la ley impugnada con el Texto Constitucional que rige en la actualidad, a efectos de garantizar su supremacía en el ordenamiento jurídico.

Al respecto, se observa que junto a la cláusula general prevista en el artículo 157 constitucional que establece la competencia de la Asamblea Nacional para atribuir, por el voto favorable de la mayoría de sus integrantes, a los Municipios o a los Estados determinadas materias de la competencia del Poder Nacional, a fin de promover la descentralización, y

a la norma contenida en el artículo 158 del mismo Texto Constitucional que consagra a la descentralización como una política nacional dirigida a profundizar la democracia, acercar el poder a la población y crear mejores condiciones tanto para el ejercicio de la democracia como para la prestación eficaz y eficiente de los cometidos estatales, el artículo 165 constitucional, en su único aparte, establece que los Estados descentralizarán y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles político-territoriales, y que dichos mecanismos de transferencia estarán regulados por el ordenamiento jurídico estatal, esto es, por las leyes y demás actos normativos que dicten los órganos legislativos y ejecutivos estatales.

De acuerdo con lo expuesto en la referida norma constitucional (artículo 165), y a diferencia de lo que ocurría durante la vigencia de la Constitución de la República de Venezuela de 1961 que únicamente contemplaba (como también lo hacía la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público) la transferencia de competencias de la República a los Estados o a los Municipios, en la actualidad es posible que los Consejos Legislativos estatales dicten leyes de transferencia de competencias de los Estados a los Municipios, con el objeto de profundizar los objetivos que el artículo 158 de la Norma Fundamental encomienda a la política de descentralización, pero sujeto a las condiciones y dentro de los límites que impone el mismo precepto constitucional.

En efecto, para que los órganos legislativos de las entidades federales ejerzan conforme a la Constitución dicha competencia, es menester que se cumplan dos (2) condiciones indispensables, en tanto determinantes de la validez del acto de transferencia de competencias que pretenda realizarse: (i) que se haya dictado una ley nacional de delimitación de las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios, pues sólo dichas materias son susceptibles de ser descentralizadas mediante ley estatal de las entidades federales a las municipales, (ii) que la descentralización efectuada esté circunscrita a la prestación de servicios, sin que pueda extenderse a otro tipo de competencias, como son las vinculadas a la construcción de obras públicas, por ejemplo, y (iii) que los Municipios a los cuales se transfiera la competencia para prestar determinado servicio, estén en capacidad de asumir tal obligación, más allá de la correspondiente transferencia de los recursos necesarios para cumplir con la misma.

Para justificar lo afirmado, resulta pertinente citar en extenso la disposición constitucional examinada, que se ubica en el Capítulo III (Del Poder Público Estatal) del Título IV (Del Poder Público):

“Artículo 165. Las materias objeto de competencias concurrentes serán reguladas mediante leyes de bases dictadas por el Poder Nacional, y leyes de desarrollo aprobadas por los Estados. Esta legislación estará orientada por los principios de la interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad.

Los Estados descentralizarán y transferirán a los Municipios los servicios y competencias que gestionen y que éstos estén en capacidad de prestar, así como la administración de los respectivos recursos, dentro de las áreas de competencias concurrentes entre ambos niveles del Poder Público. Los mecanismos de transferencia estarán regulados por el ordenamiento jurídico estatal”.

Considera esta Sala que el único aparte de la norma citada debe interpretarse en coherencia con lo dispuesto por el encabezado de la misma y en armonía con la materia regulada por el Capítulo en el cual está inserta (Del Poder Público Estatal), pues sólo así resulta comprensible por qué las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios deben estar previamente delimitadas en una ley de base nacional, y ello es así por que sólo el Órgano Legislativo Nacional tiene competencia para dictar leyes de base reguladoras (según los principios de interdependencia, coordinación, cooperación, corresponsabilidad y subsidiariedad).

dad) de las competencias concurrentes, no sólo de la República con los Estados y los Municipios, sino también de las de estos últimos entre sí, siendo la existencia de un texto legal nacional que delimite las competencias concurrentes entre las entidades federales y municipales requisito indispensable para que pueda operar la descentralización (de los Estados a los Municipios) prevista en el único aparte de la misma disposición constitucional, tal y como fue necesario bajo la vigencia de la Constitución de 1961 que se dictara la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público de 1989 para que tuviera lugar la descentralización de la República a los Estados.

Por otro lado, además de la existencia de la legislación nacional que exige la Constitución de 1999 para que se produzca la transferencia de competencias, la lectura del único aparte del artículo 165 constitucional permite sostener que dicho proceso de transferencia de competencias de los Estados a los Municipios no es ilimitado sino que está circunscrito a una materia específica, ya que sólo puede tener lugar en aquella referida a competencias concurrentes entre ambos niveles político-territoriales que supongan la prestación de servicios, dado que dicho aparte único emplea como sinónimos los términos “servicios” y “competencias”, según se infiere del uso por la misma disposición de los términos “gestionen” y “prestar”, los cuales aluden en forma inequívoca a la gestión y prestación de servicios, y a ninguna otra actividad del ente político-territorial federal que transfiera la obligación al ente político-territorial municipal; asimismo, la norma es lo suficientemente clara para indicar al intérprete que es condición para la validez y no para la eficacia de la transferencia del servicio o competencia, el que el respectivo Municipio esté en condiciones efectivas de asumir dicha obligación y garantizar la satisfacción del interés general y los derechos colectivos que dependen de dicha actividad, lo cual comporta la realización de estudios técnicos dirigidos a establecer en forma previa con qué recursos se contará, además de los que serán transferidos con el servicio, para la efectiva prestación universal, continua, ininterrumpida y eficaz del mismo, así como la celebración de los respectivos convenios de transferencia de servicios entre el ente transferente y el ente transferido.

En atención al marco constitucional examinado, encuentra la Sala que la Ley de Descentralización y Transferencia de Recursos a los Municipios del Estado Guárico cuya nulidad absoluta ha sido demandada, es una ley pre-constitucional que no sólo carecía de cobertura en la Norma Fundamental vigente para la fecha de su sanción (07-11-96), sino que tampoco encuentra fundamento jurídico en el vigente Texto Constitucional de 1999, ya que hasta la fecha de publicación del presente fallo, la Asamblea Nacional no ha dictado la correspondiente ley de delimitación de las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios, o algún instrumento legal que incluya tal régimen, el cual debe estar contenido en una de las leyes de bases que deben ser dictadas por el referido Órgano Legislativo Nacional de acuerdo con la norma contenida en el artículo 165 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, si bien el párrafo único del artículo 2 de la Ley impugnada parte del supuesto de que las competencias concurrentes de la República y los Estados delimitadas por el artículo 4 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público corresponden a las competencias concurrentes entre los Estados y los Municipios, lo cierto es que dicha suposición es falsa, por cuanto el referido artículo 4 es claro al señalar que “*serán transferidos progresivamente a los Estados los siguientes servicios que actualmente presta el Poder Nacional*”, sin mencionar en modo alguno que las mismas podrán en momento ulterior ser transferidas de los Estados a los Municipios, por ser igualmente competencias concurrentes de estos niveles político-territoriales.

Finalmente, se desprende de los artículos 1, 2 y 3 de la referida ley estatal, que la transferencia de competencias efectuada a través de la misma no se circunscribe a la prestación de servicios, como lo exige el artículo 165 constitucional, en concordancia con lo previs-

to en el artículo 184 del mismo Texto Fundamental, sino que, por el contrario, regula en forma genérica e ilimitada la transferencia de competencias y de los recursos necesarios para el ejercicio de las mismas de los Estados a los Municipios, lo cual constituye, a juicio de esta Sala, una vulneración directa del límite prescrito por el único aparte del referido artículo 165, así como del principio general contenido en el artículo 4 del mismo Texto Constitucional, referido a la descentralización adoptada en los “términos consagrados” en la propia Carta Magna.

En virtud de los razonamientos precedentes, esta Sala Constitucional declara con lugar el recurso de nulidad por motivos de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobernador del Estado Guárico contra la Ley de Descentralización y Transferencia de Recursos a los Municipios del Estado Guárico, al ser la misma contraria a lo establecido en los artículos 4 y 165 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, en consecuencia, declara, en atención a lo previsto en el artículo 119 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la nulidad absoluta de la legislación estatal recurrida con efectos hacia el futuro, los cuales se producirán a partir de la publicación del presente fallo en la *Gaceta Oficial* de la República, en el sentido de que tanto las competencias como los recursos que hubieren sido transferidos por el Estado Guárico a los Municipios que existan en dicha entidad federal, serán reasumidos por el mencionado Estado. Así se decide.

b. *Creación de nuevas entidades locales*

TSJ-SC (1043)

31-5-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Consejo Legislativo del Estado Zulia

Mientras se mantenga la omisión por parte de la Asamblea Nacional de dictar la legislación sobre el régimen municipal, la creación de nuevas entidades se hará según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, a lo que debe sumarse el referéndum previsto en el artículo 71 de la Constitución, en el que deben participar los habitantes del Municipio respectivo, inscritos en el Registro Electoral, cuyo resultado es vinculante y requisito *sine qua non* en el proceso de formación de la Ley por tratarse de una omisión constitucional.

Sobre el poder de los Estados para crear nuevas entidades locales:

Ha dejado claramente establecido la Sala que no puede dictar (por sí misma) una sentencia que sustituya la ley sobre régimen municipal, pero que sí puede resolver el caso concreto adoptando las reglas que sean necesarias. En este caso, no es posible permitir que la inactividad del legislador se convierta en impedimento para el ejercicio de los poderes que constitucionalmente tienen atribuidos los otros órganos estatales.

Esta Sala reconoció –en su fallo del 27 de mayo de 2003, primero en esta causa, por el cual se interpretó la Constitución en lo relativo a la creación de municipios– que la Ley Orgánica de Régimen Municipal se encuentra vigente, salvo previsión especial en sentido contrario. Precisamente, sostuvo la Sala, es lo que ocurre con la Disposición Transitoria Cuarta, número 7, de la Constitución, que limitó el poder de los Estados, ejercitable por sus Consejos Legislativos, de manera que se les impide organizar su territorio mientras la Asamblea Nacional no sancione una ley general sobre el régimen municipal.

Esa disposición constitucional –interpretada por esta Sala- tiene explicación y así se destacó en el fallo del 27 de mayo de 2003: que, sin negar la autonomía estatal y municipal en muy variados aspectos, la organización local está atribuida al Poder Nacional, al menos en su regulación fundamental, por lo que se hace necesaria una ley nacional adaptada a la nueva Constitución que sirva de marco regulatorio a los Estados y Municipios. No puede perderse de vista que la actual Constitución prevé un régimen municipal que presenta considerables cambios en relación con el contemplado por la de 1961, que fue el sustento de la actual Ley, en vigor desde 1989 y que debe ser prontamente sustituida.

Fue la razón expuesta lo que hizo entender a la Sala que carece de sentido que los Estados, que luego deben de todas formas sujetarse al legislador nacional en lo relacionado con la materia organizativa, actúen con base en textos que fueron concebidos para dar desarrollo a una realidad distinta, cuando lo cierto es que la Asamblea Nacional está obligada a sancionar una ley que debe ser en muchos aspectos diferente de la actual.

La creación de nuevas entidades locales no es asunto de poca importancia. Por el contrario, debe estar rodeada de garantías, pues esas entidades son el centro del poder local, el más cercano a los ciudadanos y el encargado de velar por los servicios básicos. No en balde la actual Ley Orgánica de Régimen Municipal prevé varias condiciones de estricto cumplimiento para el surgimiento de municipios, todos guiados por la necesidad de dar efectiva satisfacción a los servicios colectivos.

La Sala partió de la intención del Constituyente: si el Texto Fundamental de 1999 se basa en una nueva concepción del régimen local, parecería inapropiado permitir el nacimiento de nuevas entidades que, tal vez, luego no respondan a las disposiciones del legislador nacional. La gravedad de la cuestión exigió, pues, la suspensión temporal del poder estatal para dividir su territorio.

Sin embargo, la reiterada inactividad de la Asamblea Nacional ha causado un trastorno grave, sin duda no querido por el Constituyente, que le concedió apenas un año para dictar la ley sobre régimen municipal. Su conducta ha hecho que una suspensión temporal del poder organizativo estatal se esté perpetuando, en posible desmedro de los propios intereses locales. Ya lo había advertido la Sala en su fallo del 27 de mayo de 2003, en el que se leen las siguientes frases: *“la prohibición a los Estados para ejercer su poder constitucional a organizarse territorialmente debe encontrar rápido fin”*; *“la transitoriedad no debe extenderse más allá de lo que la prudencia exige”*; y *“la omisión de la Asamblea Nacional (...) en casos como el de autos es doblemente grave, desde el momento en que su inacción impide a entes constitucionalmente creados actuar conforme a sus poderes”*.

Por ello, resulta imprescindible resolver de inmediato la cuestión, ante la inexistencia de la nueva ley y sin perjuicio de que la Asamblea Nacional deba cumplir con su deber constitucional. Son varias las solicitudes en tal sentido que se han realizado en esta causa, a saber:

- 1) El 30 de septiembre de 2003, la abogada Felicia Escobar Vásquez, apoderada del ciudadano Eliseo Fermín, miembro principal del Consejo Legislativo del Estado Zulia, consignó escrito por el que solicitó que se declarase la omisión de la Asamblea Nacional en dictar la referida ley y que, en consecuencia, la Sala *“devuelva”* y *“ratifique la competencia de los Estados representados por los Consejos Legislativos de los Estados para organizar sus Municipios”*.
- 2) El 2 de octubre de 2003, los ciudadanos Fernando Villasmil Briceño, William Barrientos, Javier Muñoz, Rayza Durán y Eliseo Fermín, todos legisladores del Consejo Legislativo del Estado Zulia, solicitaron que la Sala *“se pronuncie por la restitución a los Estados de la República, de la competencia Constitucional para la organización de sus Municipios y demás entidades locales y que (...) dicte los lineamientos y las condiciones que deben cumplir los Poderes Legislativos Estadales para la creación de nuevos municipios o parroquias, hasta tanto la Asamblea Nacional dé cumplimiento a su deber Constitucional de sancionar la nueva Ley Orgánica del Poder Municipal”*.

3) El 18 de febrero de 2004, los mismos ciudadanos, a los que se agregó el también Legislador del Consejo del Estado Zulia Aduolfo Carrasquero, solicitaron que la Sala “*acuerde la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la cual establece los términos, requisitos y condiciones que deben ser acatados en las ordenanzas y demás instrumentos normativos de los Municipios, relativos a la materia de su competencia*” y que, en tal sentido, se “*permita a los órganos legislativos de los Estados sancionar los instrumentos normativos que correspondan a la potestad organizadora que tienen asignada con respecto a los Municipios y demás entidades locales, y a la división políticoterritorial en cada jurisdicción*”.

Como se observa, lo que han pedido los interesados que han comparecido ante la Sala es que se permita crear municipios conforme al régimen legal vigente, como forma de permitir el ejercicio del poder de los Consejos Legislativos. La Sala comparte la preocupación de quienes han hecho las propuestas, si bien estima necesario hacer una adaptación que dé satisfacción a uno de los principios básicos de la Constitución de 1999.

En efecto, para la Sala no existe otra manera de dar cumplimiento a las normas constitucionales que establecen las competencias de los órganos del Poder Público —en este caso, el parlamento estatal— que a través de la aceptación de la aplicabilidad de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, incluso en lo relativo a la creación de entidades locales. No pueden los Estados esperar indefinidamente la sanción del texto legal correspondiente por parte de la Asamblea Nacional.

En consecuencia, declara la Sala que, mientras la Asamblea Nacional dicte la ley que en este proceso se le ha exigido, los Estados están en la posibilidad de dividir su territorio, siempre que lo hagan con base en los requisitos previstos en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, y con el régimen referendario establecido en la Constitución, a propósito de la participación ciudadana en las materias de interés.

Ahora bien, es obvio que el Constituyente no ha querido que la creación de municipios se haga de la misma manera en que se ha hecho desde la sanción de la actual Ley Orgánica de Régimen Municipal. De haberlo pretendido, hubiera sido inútil mantener el régimen existente hasta que se sancionase un nuevo texto que se basase en los nuevos preceptos del Texto Fundamental. En tal virtud, la Sala es del parecer que la aplicación de esa ley debe venir acompañada de algún requisito adicional que se amolde a la nueva concepción del Estado que impone la Constitución.

Al efecto es menester destacar que la Constitución de 1999 se basa, entre otras cosas, en el principio de participación del pueblo en la adopción de las decisiones que le incumben. De esta manera ha sido preceptuado en el artículo 62, según el cual todos los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos de manera directa, y los artículos 71 y siguientes, relativos al referéndum popular.

Esta Sala ha puesto de relieve esa característica de nuestro actual orden constitucional y considera preciso aplicarla al caso de autos. En concreto, la Sala es del criterio de que la creación de nuevas entidades locales debe sujetarse a un referéndum previo convocado de conformidad con el artículo 71 constitucional, según el cual las materias de especial trascendencia estatal, municipal y parroquial pueden ser objeto de un referéndum de tipo consultivo. En el presente caso, debe el Consejo Legislativo del Estado Zulia convocar y cumplir dicho referéndum, en un lapso no mayor de 30 días anteriores a la decisión formal dictada por ese órgano de crear un nuevo municipio, el cual deberá cumplir los extremos normativos correspondientes.

Por ello, fija como regla aplicable a los casos que se presenten a partir de esta fecha, y mientras se mantenga la omisión por parte de la Asamblea Nacional, la creación de nuevas entidades se hará según lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, a lo que debe sumarse el referéndum previsto en el artículo 71 de la Constitución, en el que deben participar los habitantes del Municipio respectivo, inscritos en el Registro Electoral, cuyo resultado es vinculante y requisito *sine qua non* en el proceso de formación de la Ley por tratarse de una omisión constitucional. Así se declara.

IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen de las Instituciones Financieras: Actividad de intermediación financiera (servicio público).*

TSJ-SC (825)**6-5-2004**

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Banco del Caribe C.A. Banco Universal.v.s Superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras...

Aun cuando de acuerdo a la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras la actividad de intermediación financiera que realizan sociedades mercantiles no constituye una actividad de prestación de servicio público, lo cierto es que dicha actividad sí está vinculada con la preservación de un interés general como es la transparencia, estabilidad, seguridad, eficiencia, solvencia y licitud de las operaciones efectuadas en el ámbito de la intermediación financiera y de la cual depende el disfrute efectivo, real, de derechos o intereses individuales y colectivos de la población, y es por tal razón que el Estado tiene la obligación constitucional de ejercer una serie de controles en el ámbito donde tiene lugar la mencionada actividad de intermediación, a través de la legislación y de la actividad administrativa de la autoridad competente.

Finalmente, en cuanto a la supuesta falta de proporcionalidad de la norma recurrida, contraria al derecho al goce y disfrute de la propiedad, debe esta Sala señalar que en Venezuela, la actividad de intermediación financiera, así como los diferentes sujetos que se dedican a ella, se encuentran sujetos a las disposiciones establecidas en el Decreto con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículos 1 y 2), así como a las restantes normas que regulan este sector económico, conforme lo disponen los artículos 2 y 3 eiusdem, en especial a los actos generales y a la normativa prudencial que dicta la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, con base en el artículo 235, numeral 9, del mismo texto legal, instituto autónomo a través del cual el Estado venezolano interviene en este sector de la economía a fin de resguardar, mediante el ejercicio de las respectivas potestades administrativas atribuidas por la ley con base en normas constitucionales (entre otros, artículos 2, 112, 115 y 299), el evidente interés general que la colectividad mantiene en la transparencia, estabilidad, seguridad, eficiencia, solvencia y licitud de las operaciones efectuadas en el mismo, lo cual procura, por ejemplo, a través de las autorizaciones (título habilitante) que expide el referido ente administrativo, previo cumplimiento de los requisitos que exige la ley, para operar lícitamente en el sector (artículos 10 y 11), o de las normativas prudenciales y demás actos generales que dicta para completar el ordenamiento jurídico bancario en vista de su grado de especialización e intensa movilidad (artículos 235), o de las medidas administrativas (de supervisión, fiscalización, control y de represión) que adopta (artículos 238 y ss), sujeta a los procedimientos que establece la ley, para garantizar, en cada caso, el efectivo cumplimiento por parte de los agentes que intervienen en la intermediación financiera de las obligaciones y deberes que le impone tanto el mencionado Decreto con Fuerza de Ley como las restantes disposiciones legales especiales que les son aplicables.

Resulta necesario señalar en el contexto del argumento desarrollado, que esta Sala, en fallo n° 85/2002, del 24 de enero, caso: Asodeviprilara, indicó, únicamente ateniéndose a lo previsto en el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario publicada en Gaceta Oficial n° 4.897, Extraordinario, del 17 de mayo de 1995, lo siguiente:

“Hay actividades que son de interés general, de interés público o de interés social, y para que los particulares puedan cumplir esas actividades, es necesario -por mandato legal- que el Estado los autorice o los habilite, lo que también es necesario para prestar servicios públicos, como los que prestan -por ejemplo- la Banca y otros entes financieros, servicio público reconocido como tal por el artículo 7 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, o por el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social Integral, en lo referente al subsistema de vivienda y política habitacional (artículo 52 de la última ley citada)”.

Ahora bien, al estar la materia bancaria examinada en la presente causa regulada por una ley distinta a la mencionada, a saber, por el Decreto n° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, que es ley especial y de aplicación preferente en el sector según el principio *lex specialis derogat legi generali* (cfr. fallo n° 2081/2003, del 05.08) es menester atender a lo establecido en ella, y así observa la Sala en esta oportunidad que aun cuando de acuerdo al mencionado texto legal la actividad de intermediación financiera que realizan sociedades mercantiles como el Banco del Caribe, C.A. Banco Universal, no constituye una actividad de prestación de servicio público, ya que, entre otros aspectos de derecho sustantivo, no existe en la mencionada ley o en la Constitución una reserva a favor del Estado de dicha actividad económica, es decir, no existe publicación de la misma que excluya la libre iniciativa económica en el sector (artículos 112 y 113 constitucionales), además el título habilitante del cual depende el ejercicio de la misma no es una concesión sino una autorización emanada de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras (artículo 10 del Decreto con Fuerza de Ley); lo cierto es que dicha actividad sí está vinculada con la preservación de un interés general como es la transparencia, estabilidad, seguridad, eficiencia, solvencia y licitud de las operaciones efectuadas en el ámbito de la intermediación financiera y de la cual depende el disfrute efectivo, real, de derechos o intereses individuales y colectivos de la población, y es por tal razón que el Estado tiene la obligación constitucional de ejercer una serie de controles en el ámbito donde tiene lugar la mencionada actividad de intermediación, a través de la legislación y de la actividad administrativa de la autoridad competente, que permitan constatar el cumplimiento de las obligaciones que tanto la Constitución como el bloque de la legalidad imponen a los agentes del sector, así como el respeto de los derechos subjetivos de los usuarios de los servicios privados que prestan las instituciones bancarias y financieras, pero de cuya eficiente y justa prestación depende, se insiste, la satisfacción de derechos e intereses individuales y colectivos, lo cual, en definitiva, es el objetivo al que debe dirigirse la regulación y la actuación de la Administración.

2. *Propiedad y Expropiación*

A. *Propiedad: Registro Inmobiliario*

TSJ-SC (86)

11-2-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Roberto D. Sánchez vs. Juez del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

La Sala Constitucional interpreta que si bien en la vigente Ley de Registro Público y del Notariado se eliminó el artículo que establecía los requisitos que debía llenar el acta de remate en relación con las prohibiciones de enajenar y gravar dictadas en otros procesos sobre el inmueble a rematarse, ello no puede conducir al caos jurídico, atentatorio al derecho de propiedad que garantiza el artículo 115 Constitucional, permitiendo que se rematen inmuebles sobre la base de pretensiones que parten de instrumentos con fecha cierta relativa, dejando sin efecto prohibiciones de enajenar y gravar que se asentaron registralmente con anterioridad a la fecha cierta del instrumento que prueba el crédito.

Determinada la competencia, pasa esta Sala a pronunciarse sobre el fondo del asunto sometido a su conocimiento, y a tal efecto estima que:

De las actas que conforman el expediente se constata que, la parte presuntamente agraviada señaló como hecho lesivo el acto de remate del 12 de junio de 2002, por considerar que el Juez del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil del Estado Zulia, a través de éste, le infringió sus derechos constitucionales.

En el caso *sub exámine*, se observa que el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, mediante sentencia del 28 de enero de 2003, declaró “inadmisible e improcedente” el amparo interpuesto contra el acto de remate judicial celebrado por el Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, donde se adjudicó al ciudadano Marcelino Pulgar Leguizamón, los derechos que le corresponden en copropiedad al ciudadano José Montiel.

Señaló el accionante que con el mencionado acto de remate se le violaron sus derechos constitucionales, por la errónea interpretación por parte del Juez de la causa del dispositivo contenido en el artículo 568 del Código de Procedimiento Civil, quebrantando su derecho a satisfacer su acreencia sobre el bien rematado, establecido mediante una medida cautelar de prohibición de enajenar y gravar dictada sobre el mismo bien inmueble rematado, al no prevenir al ejecutante de consignar el precio a que él no tenía derecho, a pesar de estar obligado a amparar ese derecho existente que él considera de legalidad y preferencia en el tiempo y en el espacio.

Consideró el *a quo*, luego de analizar las disposiciones contenidas en los artículos 534 y 568 del Código de Procedimiento Civil, que la verdadera prevención para garantizar procesalmente el pago del crédito demandado, dentro de la fase ejecutiva, no lo constituye la medida de prohibición de enajenar y gravar, sino la ejecución de una medida de embargo ejecutivo, y que el aquí accionante, en el juicio principal, no practicó medida de embargo sobre el inmueble rematado y que al no haber realizado el acto procesal del cual podría haber emanado su derecho de prevención de conformidad con el artículo 534 *eiusdem*, según el *a quo* no se quebrantó disposición legal ni constitucional alguna. Por último, el referido Juzgado Superior declaró inadmisibile la acción de amparo por haberse interpuesto más de seis meses después de haberse ejecutado el acto de remate, no obstante que el accionante no señaló cuándo tuvo conocimiento del mismo.

Al respecto debe observar esta Sala, que desde tiempos de la antigua Corte Federal y de Casación, la Sala Federal atendiendo a un mandato de la Ley de Registro Público, realizaba una jurisdicción normativa en materia registral, interpretando con carácter vinculante el artículo 40 de la Ley de Registro Público del 31 de julio de 1940, el cual, en su ordinal 6º, señalaba los requisitos que debía llenar el acta de remate en relación con las prohibiciones de enajenar y gravar dictadas en otros procesos, sobre el inmueble a rematarse.

El desarrollo de la jurisprudencia de la Sala Federal, fue recogida y afinada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, que en fallo del 11 de junio de 1968, señaló:

“La Sala tiene establecido en diversos acuerdos, el criterio que la fecha cierta del instrumento a que se contrae la parte final del ordinal 6° del artículo 40 de la Ley de Registro Público, debe tener el carácter de certeza absoluta, de modo alguno cuestionable y nunca la certeza relativa susceptible de prueba en contrario, a que se refiere la presunción contemplada en el artículo 127 del Código de Comercio. Por ello una letra de cambio que origine la acción, etc, solo da certeza relativa y no es oponible a medidas cuando se remata en base a esa letra”.

Tal jurisprudencia, reiterada, no permitía que el artículo 40 de la Ley de Registro Público fuera interpretado en un sentido distinto a que el crédito hipotecario o quirografario que produce el remate sólo permite la protocolización del acta de remate si el crédito constaba en documento de fecha cierta anterior a la prohibición de enajenar y gravar que existiere sobre el inmueble objeto de remate, y que este tenía necesariamente que provenir de una fecha cierta absoluta, y nunca de una relativa, como las que el artículo 127 del Código de Comercio impone a los títulos de crédito.

En la Ley de Registro Público de 1978, la misma disposición normativa estaba contenida en el ordinal 9° del artículo 40, que luego se convirtió en el artículo 52.9 de la Ley de Registro Público de 1993; disposición que se mantuvo en la Ley de Registro Público de 1999; y sin explicación lógica ninguna, fue eliminada de la vigente Ley de Registro Público y del Notariado del 13 de noviembre de 2001, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 5.556 Extraordinaria, de la misma fecha. Dicho artículo era del tenor siguiente:

“Artículo 52.- Se prohíbe a los Registradores Subalternos:

(.....)

9. El Registro de actos o documentos contra prohibición previa y expresa de un Juez con facultad para ello, salvo que se trate de actas judiciales de remate efectuados en ejecución de créditos hipotecarios o quirografarios, siendo necesario, en ambos casos, que de las propias actas del remate aparezca que el crédito era legalmente exigible y que, además constara en documento de fecha cierta anterior a la prohibición. En estos casos de excepción, el Registrador efectuará el registro y lo participará por oficio al Juez que hubiera dictado la prohibición de enajenar o gravar”.

Esta norma no aparece en la vigente Ley de Registro Público y del Notariado. Ahora bien, la eliminación del artículo en la vigente ley no puede conducir al caos jurídico, atentatorio al derecho de propiedad que garantiza el artículo 115 Constitucional, permitiendo que se rematen inmuebles sobre la base de pretensiones que parten de instrumentos con fecha cierta relativa, dejando sin efecto prohibiciones de enajenar y gravar que se asentaron registralmente con anterioridad a la fecha cierta del instrumento que prueba el crédito, como serían los emanados de los títulos contemplados en el artículo 127 del Código de Comercio, y por ello, aún cuando la Ley de Registro Público vigente no lo diga, esta es la interpretación correcta, en beneficio del derecho de propiedad y del sistema registral, que debe seguir imperando y que se emite con carácter vinculante, por tratarse de la protección del orden público, que se vería vulnerado si surge un caos relacionado con la seguridad que debe nacer de las prohibiciones de enajenar y gravar.

Como consta de lo anteriormente transcrito, en el presente caso, el *a quo* fundamentó su decisión en una interpretación errónea de las disposiciones legales antes referidas, subvirtiendo así la naturaleza intrínseca del objeto sobre el cual versa la presente acción de amparo.

Si bien es cierto que el accionante no había embargado ejecutivamente el bien, sin embargo gozaba de la prohibición del registro del acta de remate, contemplada en la Ley de Registro Público vigente para la fecha del mismo.

Por virtud de lo anterior, y por considerar que el asunto es atinente al orden público, por lo que no corre la caducidad, la Sala debe revocar la sentencia dictada por el Juzgado Superior Primero en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, el 28 de enero de 2003. En razón de lo expuesto, debe ordenarse la remisión del expediente al Juzgado Superior (Distribuidor) de la misma Circunscripción Judicial, a los fines de que, previa distribución de ley, dé la tramitación correspondiente a la acción de amparo interpuesta con apego a la doctrina expuesta en este fallo. Así se declara.

2. *El Régimen de los bienes públicos. Bienes del dominio público: Las aguas*

TSJ-SC (285)

4-3-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Interpretación de los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Las aguas son del dominio público de la República, y ese carácter le exige aprovecharlas en beneficio colectivo, es decir en beneficio del Pueblo.

1. Interpretación del artículo 304 de la Constitución de la República:

La primera de las normas que debe ser interpretada es la referida a las aguas y su declaratoria de dominio público, contenida en el artículo 304 de la Constitución, en el cual se lee:

“Todas las aguas son bienes de dominio público de la Nación, insustituibles para la vida y el desarrollo. La ley establecerá las disposiciones necesarias a fin de garantizar su protección, aprovechamiento y recuperación, respetando las fases del ciclo hidrológico y los criterios de ordenación del territorio”.

La norma transcrita es de una claridad absoluta, pero es evidente que requiere ser interpretada en cuanto a su alcance. Así, no hay duda –es más, ninguno de los recurrentes lo discute, pese a que sus tesis son totalmente opuestas- de que las aguas son bienes del dominio público de la Nación, pero sí la hay respecto de si esa declaratoria implica un poder tributario también nacional o si, por el contrario, ello es irrelevante.

La jurisprudencia de esta Sala ha sido insistente en afirmar que una norma clara no requiere interpretación, por lo que un recurso dirigido a obtenerla sería inadmisibile. Ahora, en este caso la norma es clara en lo que se refiere a la declaratoria de demanialidad, pero en la práctica se ha presentado una incertidumbre acerca de sus consecuencias, lo que exige un pronunciamiento que la disipe. Para ello la Sala observa:

La declaratoria formal de las aguas como bienes del dominio público de la Nación constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, si bien la doctrina había entendido que tal carácter existía ya, sin necesidad de previsión normativa. De hecho, en el recurso presentado por el Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia se incluyó valiosa información doctrinal al respecto y en él también se recordó que al menos ello era indubitable respecto de los lagos, por expresa disposición del Código Civil.

Conoce bien la Sala que desde hace décadas ha existido una preocupación en sectores especializados por lograr la precisión del régimen jurídico de las aguas en Venezuela, aunque ninguno de los esfuerzos llegó a feliz término. Más recientemente ese interés parecía desaparecido, pero los Constituyentes de 1999 lo retomaron, previendo una norma como la del artículo 304 del Texto Fundamental.

En todo caso, a la Sala no interesa ahora entrar en consideraciones de tipo histórico que no resultan pertinentes para el caso planteado, pues lo cierto es que en la actualidad cualquier duda queda disipada, en virtud de la claridad de la norma constitucional: todas las aguas son bienes del dominio público de la Nación, por lo que se debe predicar respecto de ellas los caracteres de la inalienabilidad y la imprescriptibilidad. Quedará para estudiosos de la materia cualquier análisis histórico a fin de determinar si esa declaratoria sólo recoge una realidad jurídica preexistente o es una verdadera innovación.

Resta, por supuesto, determinar el sentido del término Nación. Al respecto se observa:

Ha expuesto la Sala cómo se ha dejado ver en la presente causa que el término Nación debe ser entendido como sinónimo de República.

En efecto, en Venezuela existe una división político-territorial a tres niveles –República, Estados y Municipios-, y los entes de cada uno de ellos gozan de personalidad jurídica (la República, que es una sola; 23 Estados y 335 Municipios). Aparte de esa triple personificación, el Derecho Político conoce dos términos adicionales de suma relevancia: Estado y Nación.

El Estado, al menos entre nosotros, es visto como la personificación de la República a efectos internacionales (en el entendido de que sólo la República tiene poder para las relaciones exteriores) e incluso como la forma de englobar el conjunto de personas públicas a ciertos efectos nacionales (como sería el caso de asuntos atribuidos a todas las personas públicas, incluso no territoriales, por lo que no es necesario distinguir entre ellas y se les trata en común; tal es el supuesto del deber del Estado de procurar la salud o la educación de la población, que en ningún caso puede ser considerado como una obligación exclusiva de un ente).

Nación es un vocablo de indudable interés jurídico, pero que tiene un sustrato sociológico: es una forma de referirse a un pueblo, entendido como tal aquél que la Teoría General del Derecho Público exige como uno de los tres elementos definidores del Estado: un conjunto de personas que, sin necesidad de vínculos concretos entre sí, tienen un sentimiento de cercanía que les une indefectiblemente. En Venezuela no existe dificultad en asimilar Nación y Estado, estimándose que la Nación es el pueblo que lo forma. En ciertos países, al contrario, se trata de un término que genera mayores problemas, pues a veces se da el caso de Estados plurinacionales, en los que existen varias Naciones (grupos de población con diferencias de importancia entre unos y otros). Por ello, si bien hay quien en Venezuela censura la expresión “Constitución Nacional”, por entender que se confunden dos términos de diverso origen (jurídico y sociológico), lo cierto es que ello causaría poco debate de fondo. No sucede igual en los Estados plurinacionales, en los que sería inconcebible hablar de una Constitución Nacional como sinónimo de Constitución del Estado.

En la Constitución venezolana figura escasamente el término Nación. El artículo 304 es una de las contadas normas que lo recogen. Sin embargo, sí aparece en numerosas ocasiones la palabra “nacional”, a la que se le da el sentido de “correspondiente a la República”. Se habla así de Poder Nacional o de competencias nacionales. Basta retroceder unas páginas en este mismo fallo para notar cómo ambos recurrentes –quienes no hacen más que seguir una larga tradición- hacen uso de la palabra con ese sentido. Así, en este caso todo el problema gira en torno a las competencias nacionales (de la República) o las locales (de los Municipios).

El apoderado de las empresas que interpusieron el segundo de los recursos de interpretación es del parecer de que esta Sala debe interpretar el artículo 11 de la Constitución, pues en él se emplea la palabra República para referirse a la persona que ejerce la soberanía en los espacios geográficos venezolanos (entre los que figuran “*los espacios (...) lacustre y fluvial*”). Esta Sala estima, sin embargo, que no es necesario pronunciarse sobre ese artículo 11, pues la interpretación del artículo 304 puede muy bien hacerse sin recurrir a él en especial. La Sala debe ser muy prudente con la resolución de los recursos de interpretación, por lo que debe evitar hacer pronunciamientos sobre normas que no son necesarias para decidir.

Al respecto ha advertido la Sala que todo el texto constitucional se basa en una asimilación entre lo nacional y la República. Por supuesto, en normas concretas puede haber una excepción a ello: en todos aquellos casos en los que la palabra Nación se emplea como sinónimo de pueblo. En el resto de los casos, Nación es República, de la misma forma en que nacional es lo que a esa República se concede o le interesa.

Además, ese significado del término Nación es ya tradicional en Venezuela, al menos en lo referente a la propiedad de los bienes y a la calificación de algunos como del dominio público. Baste citar el artículo 538 del Código Civil, según el cual “*bienes pertenecen a la Nación, a los Estados, a las Municipalidades, a los establecimientos públicos y demás personas jurídicas y a los particulares*”. Por su parte, el artículo siguiente dispone que los “*bienes de la Nación, de los Estados y de las Municipalidades, son del dominio público o del dominio privado*”. Aunque la Sala no interpreta las normas constitucionales con base en disposiciones legales, no puede relegarse al olvido el hecho de que una tradición consolidada ha dado un sentido a las palabras y no es banal el hecho de que precisamente ese sentido se ve reflejado en uno de los textos más antiguos con que cuenta nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, debe entenderse que el término Nación equivale a República en el artículo 304 de la Constitución.

Entendida Nación como sinónimo de República, la conclusión sería que las aguas le pertenecen a ella, como ente político-territorial, negándose entonces la titularidad de las mismas por parte de los estados y los municipios, y más aún por parte de los particulares, sin perjuicio de que, por mecanismos típicos del Derecho Público, personas distintas a la República puedan servirse de las aguas.

Sin embargo, vale la pena mencionar la evolución que ha venido experimentando el concepto de “dominio público”, al que modernamente se le ha desvinculado de la tradicional concepción patrimonialista, al partirse de la idea de que la mayoría de las veces los bienes sobre los cuales recae esa calificación son “*res communes omnium*”, es decir, cosas sobre las cuales no se ejerce, en sentido estricto, ningún derecho de propiedad particularizado. Se trataría de bienes del uso común de todos, por lo que se justifica la inalienabilidad y la imprescriptibilidad que les caracteriza.

Así lo reconoció, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, en sentencia de 29 de noviembre de 1988, dictada con ocasión de una demanda de nulidad por inconstitucionalidad de la Ley 29/1985 (Ley de Aguas). En ese fallo se lee que: “(...) la incorporación de un bien al dominio público supone *no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado*, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así, ante todo, *res extra commercium* y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines” (citado en: García Pérez, Marta, *La utilización del dominio público marítimo-terrestre. Estudio especial de la concesión demanial*, Marcial Pons, Madrid, 1995).

Esta Sala, sin negar de todas formas que las aguas en Venezuela tienen dueño –la República, pues es lo que se desprende de nuestro Derecho positivo- considera a la vez acertada esta nueva concepción del dominio público, en vista de las evidentes diferencias entre algunos de los bienes que así son calificados –las aguas, en este caso- y los bienes que constituyen el dominio privado o que, sencillamente, están en manos particulares.

Por ello, no vacila la Sala en afirmar que la declaratoria constitucional hecha en el artículo 304 responde tanto a la técnica de sustraer las aguas del tráfico jurídico privado como al sentido patrimonialista del concepto “dominio público”. Basta leer lo que sigue, en el artículo 304, a esa declaratoria de demanialidad: que las aguas son “*insustituibles para la vida y el desarrollo*”. Esa expresa declaración, en la que se manifiesta la relevancia vital de las aguas, es lo que hace que incluso el titular del dominio –la República- se vea limitado en sus poderes. De esta manera, el Poder Nacional tiene atribuida, en el numeral 16 del artículo 156 de la Constitución, la competencia para regular la conservación, el aprovechamiento y el fomento de las aguas, pero debe ejercerla orientado por la idea de que su titularidad se dirige a la prestación al pueblo.

La Sala, al efecto, trae a colación la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Aguas, aprobado por la Comisión Permanente de Ambiente, Recursos Naturales y Ordenación Territorial, el 8 de agosto de 2001, a los efectos de su segunda discusión por parte de la Plenaria de la Asamblea Nacional. En ella se lee que la declaratoria de las aguas como bienes del dominio público “*significa que las aguas no son susceptibles de apropiación privada, sino que es propiedad de la Nación pero su uso pertenece a todos*”.

La Sala, en atención a lo expuesto, es del criterio de que las aguas son del dominio público de la República, sin perder de vista que ese carácter le exige aprovecharlas en beneficio colectivo, es decir en beneficio del Pueblo. Nación tiene entonces, en el artículo 304 de la Constitución, un doble sentido: propiedad de la República de unas aguas que deben servir a la población en su conjunto. Así se declara.

V DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la Ley:

PRIMERO: Declara **RESUELTA** las solicitudes de interpretación constitucional presentadas por **Franklin Duno Petit**, Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia, asistido por la abogada Adriana Vigilancia García, y por las empresas **BJ Services de Venezuela, C.A.**, **Nimir Petroleum Venezuela B.V.**, **Baker Hughes de Venezuela, S.A.** y **Servicios Halliburton de Venezuela, S.A.**, representadas por el abogado Rafael Chavero Gazdik, respecto de los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los términos expresados en este fallo, que se resumen de la siguiente forma:

1) La declaratoria de las aguas como bienes del dominio público de la Nación, realizada por el artículo 304 de la Constitución, debe ser interpretada en el sentido de que Nación es sinónimo de República...

V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO1. *Finalidad de la potestad tributaria*

TSJ-SC (1172)

15-6-2004

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación de la Ordenanza sobre Servicios de Aseo Urbano y Domiciliario del Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta.

La finalidad primordial para el establecimiento de la potestad tributaria del Poder Público no es otra que la garantía del bien común mediante la gestión y prestación de servicios públicos y colectivos, con destino a la satisfacción de necesidades generales. Por tanto, el deber correlativo de los ciudadanos de contribuir con los gastos públicos (artículo 133 constitucional) debe determinarse en función del gasto que originó esa prestación, de manera que los servicios no sean deficitarios –lo que, a la larga, conllevaría al colapso de los mismos- pero tampoco que impliquen una fuente de lucro y enriquecimiento del ente público, pues en esa medida se desnaturalizaría la existencia misma y la finalidad de la potestad tributaria.

Corresponde a la Sala el pronunciamiento en relación con la pretensión de nulidad que se planteó contra los artículos 44 y 45 de la Reforma Parcial de la Ordenanza sobre Servicios de Aseo Urbano y Domiciliario del Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta, normas que establecen la obligación del pago de una tasa, por la prestación del servicio de aseo urbano, por parte de los visitantes de dicho Municipio, en los siguientes términos:

“Artículo 44: **Los visitantes al Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta contribuirán con el aseo urbano de la ciudad.** A tal efecto pagarán la tasa de aseo urbano que se establece en el presente capítulo.

Artículo 45: De conformidad con el artículo anterior, los visitantes pagarán como tasa de aseo urbano el tres por ciento (3%) del precio diario que **por concepto de habitación cancelen en los hoteles, hospedajes, pensiones o similares**” (Destacado agregado).

El argumento fundamental de la pretensión de nulidad de dichas normas hace referencia a la supuesta inconstitucionalidad de la doble imposición –que sería discriminatoria- que la Ordenanza en cuestión preceptúa en relación con la prestación del servicio de aseo urbano. En concreto, alegaron que, paralelamente a la tasa que han de pagar los huéspedes de los hoteles, hospedajes, pensiones o similares en calidad de “visitantes” del Municipio, la Ordenanza impone (artículos 37 y siguientes) otra tasa cuyos sujetos pasivos son los “beneficiarios” o usuarios del servicio:

“Artículo 37: La prestación del servicio de recolección y transporte de los desechos sólidos residenciales, comerciales, institucionales y extraordinarios **es una actividad a ser sufragada por los beneficiarios del servicio**, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ordenanza.

Artículo 40: El servicio de Recolección de desechos sólidos **causará mensualmente una tasa de conformidad con la Ordenanza sobre Tarifas** del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Mariño.

Artículo 42: El servicio de recolección Comercial, Industrial e Institucional de Desechos Sólidos **causará mensualmente una tasa de conformidad con la Ordenanza sobre Tarifas** del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Mariño” (Destacado agregado).

De manera que, ciertamente, la Ordenanza cuya nulidad parcial se solicitó preceptúa dos tasas que deben ser pagadas con ocasión de la prestación del servicio de aseo urbano, específicamente de recolección de desechos sólidos: una tasa que deberán pagar los “beneficiarios” del servicio y otra que deberán pagar los “visitantes” del Municipio. Ahora bien, no define la Ordenanza qué debe entenderse por beneficiario, por lo que ha de analizarse otra normativa municipal, la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Mariño, que es a la que se remiten los artículos 40 y 42 antes transcritos:

“Artículo 3: En el Municipio Mariño el servicio de Aseo Urbano y Domiciliario **es obligatorio para todos los definidos como usuarios por esta Ordenanza** y la tasa será exigible en tanto se lleve a efecto la actividad prevista en esta Ordenanza, aunque el obligado no hubiese requerido el servicio.

Artículo 4: **Se consideran usuarios de Aseo Urbano y Domiciliario**, todas las personas naturales o jurídicas, los entes colectivos a los cuales otras ramas jurídicas atribuyen calidad de sujetos de derecho y las entidades o colectividades que constituyen una unidad económica y tenga un patrimonio y una autonomía funcional, **que sea propietario u ocupantes, por cualquier título, de inmuebles ubicados en la jurisdicción del Municipio Mariño**, independientemente que hubiesen o no requerido el servicio.

Artículo 5: **Todo usuario de Aseo Urbano y Domiciliario queda obligado al pago de la tasa** que corresponda de conformidad con las tarifas y criterios establecidos en esta Ordenanza” (destacado agregado).

Sin perjuicio del desorden y deficiente técnica legislativa que observa la Sala respecto de las normas jurídicas que antes se transcribieron, la Ordenanza sobre Servicios de Aseo Urbano y Domiciliario del Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta se refiere a los beneficiarios como los sujetos pasivos de la tasa que ha de pagarse con ocasión del servicio de aseo urbano, mientras que, respecto del mismo tributo, la Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario en el Municipio Mariño se refiere a los usuarios como sujetos obligados, y los define como *todas las personas que sean propietarios u ocupantes, por cualquier título, de inmuebles ubicados en la jurisdicción del Municipio Mariño, independientemente que hubiesen o no requerido el servicio.*

De manera que quien sea usuario del servicio –sea porque es propietario u ocupante de un inmueble- se considera beneficiario de la prestación que se realiza y, en consecuencia, es quien debe satisfacer la tasa como contraprestación del mismo. Ahora bien, la precisión de que sea el propietario u ocupante se realiza, evidentemente, de manera disyuntiva y no copulativa, pues sólo uno de ellos deberá pagar como directo beneficiario la tasa en cuestión. En este sentido, el artículo 17 de la misma Ordenanza sobre Tarifas del Servicio de Aseo Urbano y Domiciliario dispone que *“el propietario del inmueble es responsable subsidiario de la obligación del pago de la tasa cuando el inmueble se encuentre ocupado de cualquier forma por persona diferente a él”*; esto es, que, en principio, se presume que el ocupante del inmueble es el beneficiario directo del servicio y, por tanto, es quien asume la carga tributaria, y si ese ocupante es una persona distinta del propietario, este último será sólo *“responsable subsidiario”* de la obligación de pago, pero en modo alguno puede considerarse que ambos -propietario y ocupante- sean paralelamente sujetos pasivos del tributo y que cada uno pague una tasa para ello, pues tal situación resultaría ciertamente contraria a los principios fundamentales que la Constitución establece respecto de la potestad tributaria.

Esa dualidad de pago por un mismo servicio es la situación que se denunció en este caso y que, efectivamente, la Sala comprueba que se ha verificado. En efecto, por la prestación de un mismo servicio –la recolección de desechos sólidos en un momento determinado y en un inmueble específico- el Municipio Mariño impone un gravamen doble: de una parte, exige el pago de una tasa a quien considera *usuario beneficiario*, que en el caso de autos serían las sociedades hoteleras y, en abundancia, exige el pago de otra tasa a los *visitantes*, que en este supuesto serán los huéspedes de esas compañías hoteleras.

De manera que un solo hecho imponible da lugar a una doble tributación. Aun cuando no puede hablarse de una doble tributación en sentido subjetivo, esto es, que ante un solo supuesto el sujeto pasivo deba pagar dos veces, se evidencia una doble tributación en sentido objetivo, pues por un mismo hecho imponible dos sujetos distintos –el propietario y el visitante ocupante- pagan cada uno una tasa, con lo cual el ente tributario obtiene un enriquecimiento injustificado que va más allá de la finalidad misma de ese tributo, que no es otra que el autofinanciamiento del servicio que presta y el pago de los costos operativos para su mantenimiento.

Así, la finalidad primordial para el establecimiento de la potestad tributaria del Poder Público no es otra que la garantía del bien común mediante la gestión y prestación de servicios públicos y colectivos, con destino a la satisfacción de necesidades generales. Por tanto, el deber correlativo de los ciudadanos de contribuir con los gastos públicos (artículo 133 constitucional) debe determinarse en función del gasto que originó esa prestación, de manera que los servicios no sean deficitarios –lo que, a la larga, conllevaría al colapso de los mismos- pero tampoco que impliquen una fuente de lucro y enriquecimiento del ente público, pues en esa medida se desnaturalizaría la existencia misma y la finalidad de la potestad tributaria.

Tales consideraciones adquieren mayor relevancia cuando se trata del pago de una tasa. En efecto, la tasa es una de las modalidades típicas de los tributos, que consiste en la contraprestación compensatoria que hace el sujeto pasivo o contribuyente con ocasión de la prestación de un determinado servicio público. En este sentido, la carga que el ente público – en este caso municipal- impone a través del pago de ese tributo sólo tiene justificación o finalidad, según se dijo ya, para el autofinanciamiento y la cobertura de los costos de determinado servicio público, en este caso el aseo urbano.

De allí que, en criterio de la Sala, la exigencia del pago doble ante una misma prestación o ante un solo hecho imponible viola el artículo 316 de la Constitución, que dispone que *“El sistema tributario procurará la justa distribución de las cargas públicas según la capacidad económica del o la contribuyente, atendiendo al principio de progresividad, así como la protección de la economía nacional y la elevación del nivel de vida de la población”*.

Asimismo, esa doble imposición implica violación de la proscripción de confiscatoriedad tributaria. En efecto, el carácter confiscatorio de un tributo no sólo se verifica cuando se sustrae una parte sustancial del valor del capital o de la renta del contribuyente, o bien cuando se ocasiona el aniquilamiento del derecho de propiedad porque se vacía de contenido alguno de sus atributos; la confiscatoriedad también se produce cuando existe *“una apropiación ilegítima por parte del Fisco del patrimonio de los ciudadanos, cuando exceden los límites de la razonabilidad de la exacción, por caer en la desproporción entre las cargas impuestas y la capacidad económica del contribuyente, (o) por no haber correspondencia entre el fin perseguido por la norma y el medio elegido para concretarlo...”* (Ruan Santos, Gabriel, “Las garantías tributarias de fondo o principios substantivos de la tributación en la Constitución de 1999”, en la obra colectiva *La tributación en la Constitución de 1999*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2001, p. 92).

Por tanto, cuando la Administración tributaria obtiene un enriquecimiento injustificado a causa de la recaudación de un tributo, más aún cuando éste es una tasa que se exige por la prestación de un servicio, se violan los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, que postulan el apego de la Administración tributaria al principio de la justa distribución de las cargas públicas y se verifica el rasgo confiscatorio del tributo, carácter expresamente proscrito por el constituyente en el artículo 116 del Texto Fundamental. Así se decide.

Asimismo, y en segundo lugar, concluye la Sala que la exigencia del pago de un tributo que carezca de justificación no sólo deviene en confiscatorio, pues implica un lucro indebido del ente público que no responde a la finalidad constitucional de la potestad tributaria, sino que, además, implica violación del derecho de propiedad que establece el artículo 115 de la Constitución de 1999, pues se trataría de una restricción patrimonial que no obedece al deber de justa contribución con un gasto público determinado, que es lo que exige el artículo 133 *eiusdem*. Así se decide.

Por último, considera la Sala que la normativa que se impugnó viola también, tal como se alegó, el derecho a la igualdad y no discriminación que acogió el artículo 21 de la Constitución, derecho que, en el ámbito tributario, se traduce en el principio de la justa distribución de las cargas públicas, pues si bien la Ordenanza se refiere a los visitantes del Municipio como sujetos pasivos de la obligación tributaria, posteriormente limita su cobro a algunos, de tales visitantes, como lo serían *quienes se hospeden en hoteles, pensiones o similares* (artículo 45 de la Ordenanza), sin tomar en consideración aquellos visitantes que pernocten, por ejemplo, en inmuebles arrendados, o bien que sean visitantes de paso, los cuales no están sujetos al pago de dicha tasa. Así se decide.

En consecuencia, es criterio de la Sala que las normas que se impugnaron, esto es, los artículos 44 y 45 de la Ordenanza sobre Servicios de Aseo Urbano y Domiciliario del Municipio Mariño del Estado Nueva Esparta son inconstitucionales y, por ende, deben ser anuladas.

Asimismo, y de manera consecuencial, han de quedar sin efecto el resto de los artículos del Capítulo VI de esa Ordenanza, que regula “De la contribución de los visitantes al Municipio”, los cuales complementan los preceptos anulados de los artículos 44 y 45 de la misma, en relación con los agentes de retención de dicha tasa y las sanciones que serán impuestas en caso de incumplimiento, pues tales normas devienen carentes de operatividad y de asidero jurídico por cuanto se anula la tasa a que se refieren. Así se decide.

Por último, de conformidad con los artículos 119 y 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la Sala fija los efectos de su decisión a partir de la publicación de este fallo. Así se decide.

2. La Potestad Tributaria Municipal

A. Ámbito

TSJ-SC (285)

4-3-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Interpretación de los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La primera parte del artículo 180 de la Constitución debe entenderse como la separación del poder normativo de la República y los estados respecto del poder tributario de los municipios. De esta manera, aunque al Poder Nacional o estatal corresponda legislar sobre determinada materia, los municipios no se ven impedidos de ejercer sus poderes tributarios, constitucionalmente reconocidos. Lo anterior implica que los municipios pueden exigir el pago de los impuestos sobre actividades económicas, aunque la regulación de esa actividad sea competencia del Poder Nacional o de los estados, salvo que se prevea lo contrario para el caso concreto.

Como se ha visto, no sólo el artículo 304 ha sido motivo –ya rechazado por esta Sala– para negar la tributación municipal a las actividades económicas. Otra razón se encuentra en el artículo 156, que prevé las competencias del Poder Nacional, toda vez que en algunos de sus numerales se dispone que a ese nivel se asigna la “*conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques sueltos y aguas*” (numeral 16), así como “*la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo y ordenación del territorio*” (numeral 23).

Esos numerales no disponen expresamente que exista una reserva tributaria nacional en esos casos, sino sólo que existe una reserva legal nacional para la regulación de esas materias. Así, el caso de autos se encuadra directamente en la polémica –largamente sostenida acerca de la extensión de las potestades reguladoras, las cuales para algunos abarcan los aspectos tributarios, mientras que ello es negado por otros.

En esa discusión encuentra ahora lugar especial el primer párrafo del artículo 180 de la Constitución, según el cual:

“La potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades”.

Como se observa, parece desprenderse de ese artículo que la discusión quedó definitivamente zanjada, a favor de la tesis de la separación de potestades. La norma es clara al respecto: la potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma de las potestades reguladoras atribuidas al Poder Nacional o Estatal sobre determinadas materias o actividades. Con esa disposición se dejan a salvo las potestades tributarias locales, que no deben verse afectadas por lo que sólo sean potestades nacionales de regulación. Por supuesto, ello obliga a precisar, entre las potestades nacionales, cuáles son las reguladoras.

La Sala ha visto claridad en la norma, pero no lo ha visto así el apoderado de las cuatro empresas recurrentes, quien sostuvo que “*con la confusa redacción del artículo 180 de la Constitución se ha pretendido hacer ver que los Municipios disponen de potestades tributarias autónomas y distintas a las del Poder Nacional, lo que ha permitido el resurgimiento de la polémica referida a la gravabilidad de servicios prestados en el Lago de Maracaibo, a través del impuesto sobre actividades económicas*”. Admitió el Alcalde accionante que “*para la abrumadora mayoría*” el artículo 180, primer párrafo, “*es ambiguo*”, pero cree que ha sido “*la falta de precedentes de esa disposición constitucional [lo que] ha generado desconocimiento al respecto*”, por lo que recomendó conocer “*los antecedentes que [la] inspiraron*”, a partir de lo cual “*su significado [se haría] bastante obvio*”.

No entiende la Sala cómo puede afirmarse, ante norma tan clara, que su significado tiene una “*confusa redacción*”. Tal vez no sea la mejor, pero no se presta a equívocos, sobre todo a quienes conocen su origen. Quizás personas inexpertas en la materia tributaria ignoren que durante años, y salvo excepciones, doctrina y jurisprudencia unieron potestades reguladoras y tributarias, haciendo a las segundas como una consecuencia natural de las primeras.

Sin embargo, a personas medianamente enteradas de la situación no puede causarles confusión una norma que sólo pretende dar una solución distinta a lo que se había convertido en un criterio consolidado, sobre todo a partir de la década de los noventa.

El propio Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia por momentos acepta que haya lugar a la duda, a causa de que *“la norma se refiere a unas ‘potestades reguladoras’ del Poder Nacional, expresión ésta que no se emplea en ninguna otra parte del texto Constitucional, ni tampoco tiene un significado teórico determinado y ello impide su correcta interpretación y aplicación y por ende implica que la norma pueda volverse inoperante”*. Para eliminar esa incertidumbre, el actor manifiesta la necesidad de que la Sala *“aclare qué es lo que quiso decir el Constituyente de 1999, en el primer párrafo del Artículo 180, al referirse a ‘...las potestades reguladoras que esta Constitución o las leyes atribuyan al Poder Nacional...’ y por qué hubo el Constituyente de aclarar que ‘la potestad tributaria que corresponde a los Municipios es distinta y autónoma’ de esas ‘potestades reguladoras’ del Poder Nacional”*.

La Sala, por considerar que es el punto de partida adecuado, basará la interpretación de la norma contenida en el primer párrafo del artículo 180 de la Constitución, en una breve reseña de los antecedentes que llevaron a su previsión. Al respecto se observa:

La norma sobre la que versa este proceso constituye una de las novedades constitucionales: la expresa distinción entre potestades tributarias y potestades reguladoras. La inclusión de esta disposición obedeció, sin duda, a la necesidad de eliminar una incertidumbre que siempre existió en nuestro Derecho: el alcance del poder normativo de la República y, en mucho menor medida, de los estados, respecto de las competencias municipales, en materia tributaria.

Como es sabido, los municipios cuentan en nuestro ordenamiento con un poder tributario originario, a la vez que la República goza de la exclusividad del poder normativo en un buen número de materias, enumeradas en el artículo 156 de la vigente Constitución. Al vincular ambos aspectos la situación había sido en muchos casos la siguiente: que los poderes normativos de la República han absorbido los poderes tributarios locales.

Para la Sala, la previsión de la primera parte del artículo 180 de la Constitución podría haber sido innecesaria, si se hubiera entendido de manera pacífica la separación de potestades, pero lo cierto es que no fue así. Por ello, no cree que sea como sostuvo el Alcalde del Municipio Simón Bolívar: que se trata de una verdad de Perogrullo. Podría serlo, pero no lo ha sido. De hecho, un caso como el de autos demuestra la conveniencia de su incorporación en la Carta Magna: si con norma tan clara hay aún dudas, ¿qué podría haber ocurrido cuando prevalecía la tesis de la amplitud de los poderes nacionales de regulación?

Cualquiera que conozca la evolución de nuestra doctrina y jurisprudencia tributaria, en particular los problemas presentados en determinadas áreas de actividad económica, sabrá las razones que condujeron al artículo 180 de la Constitución.

No es por coincidencia que en un mismo artículo, el 180, haya dos disposiciones totalmente distintas y que, por técnica legislativa, deberían estar separadas, pues se refieren a asuntos teóricos diferentes, aunque ambos estén relacionados con la potestad tributaria de los Municipios. Su unión simplemente obedece a que, con fundamento en la experiencia adquirida en casos bien conocidos, se quiso rechazar expresamente los dos argumentos principales para la negación de la tributación municipal.

Debe recordarse que en varios de los casos en los cuales se debatió el alcance de las competencias reguladoras del Poder Nacional, ocurría que esa actividad constituía un servicio público. En esos casos, la empresa que llevaba a cabo la actividad regulada por el Poder Nacional actuaba como concesionaria de ese servicio y argumentaba, a los fines de su exclusión de la tributación municipal, que su condición de concesionaria la hacía instrumento del

Estado y, por tanto, inmune a la potestad impositiva del Municipio. Como se observa, en el artículo 180 el Constituyente obviamente quiso rechazar expresamente ambos argumentos. Por ello, en su segundo párrafo se dispuso:

“Las inmunidades frente a la potestad impositiva de los Municipios, a favor de los demás entes político territoriales, se extiende sólo a las personas jurídicas estatales creadas por ellos, pero no a concesionarios ni a otros contratistas de la Administración Nacional o de los Estados”.

En el presente caso sólo se le ha pedido a la Sala que se pronuncie sobre el significado de la primera parte del Artículo 180. Incluso el Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia manifestó no tener interés en esa segunda parte, pero la Sala la ha traído trae a colación porque su presencia en un mismo artículo sólo la justifica la realidad histórica: ciertas empresas han sido excluidas de la tributación local por: a) estar la regulación de ese sector reservada al Poder Nacional; y/o b) por ser concesionarias de la República, la cual le extendía sus inmunidades y privilegios.

Como se observa, los dos párrafos del artículo 180 tienen un elemento en común: precisan dos casos en los que no puede verse disminuido el poder tributario municipal. Ahora, la diferencia sustancial entre ambos supuestos bien pudo aconsejar su división en dos artículos. Si ello no fue así es a causa de que los Constituyentes tenían en mente experiencias bien concretas.

En ocasiones es tarea difícil e improductiva determinar la voluntad del Constituyente o del Legislador. Incluso hay quien niega o duda del interés de hacerlo. Sin embargo, se trata de un elemento más que puede ayudar a la fijación de criterios. Esa intención suele buscarse en el texto que con mayor precisión puede ayudar a hallarla: actas de discusiones, más que en las propias exposiciones de motivos.

En este caso, la Exposición de Motivos en nada ayuda: es sólo una repetición del artículo. Las actas tampoco dan mayor luz: en ellas (v la denominada *Gaceta Constituyente*, publicación del Diario de Debates de la Asamblea Nacional Constituyente) sólo se observa cómo el artículo 195 del anteproyecto se convirtió en el 180 actual y en ese cambio apenas sufrió una alteración de redacción: en el primer párrafo, en lugar de la palabra “autónoma” aparecía el término “independiente”.

Esa falta de debate puede significar muchas cosas, pero lo que es indudable es que hubo un acuerdo. Ese acuerdo se materializó en una norma cuya claridad permite inferir que ningún Constituyente dudó de la necesidad de proteger la tributación municipal frente a la concepción que hasta ahora ha mantenido el Poder Nacional.

Debe recordar la Sala que, en los últimos años, en Venezuela se había venido insistiendo en que la reserva legislativa que establece la Constitución a favor del Poder Nacional - en materia de telecomunicaciones, por citar uno de los ejemplos más conocidos y que aún hoy pervive en el ánimo de muchos e incluso del legislador-, implica necesariamente la exclusividad de la tributación sobre tal actividad, debiéndose entender que sólo la República está constitucionalmente facultada para exigir impuestos a las empresas que se dediquen a ese sector.

La referida interpretación se hizo tanto bajo la vigencia del Texto Fundamental de 1961, como antes, bajo las Constituciones de 1914, 1936 y 1953 e, incluso, se ha seguido efectuando una vez vigente el Texto de 1999. Volviendo al caso de las telecomunicaciones, ello es lo que permitió que el legislador incluyese una disposición en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, según la cual ni los Estados ni los Municipios podrán exigir el pago de tributos por el ejercicio de la actividad de telecomunicaciones (artículo 156).

Ahora bien, observa la Sala que la concepción de que la mera atribución de competencia al Poder Nacional sobre determinadas materias cuya regulación quedaba asignada a ese Poder y que, por ello, escapan de toda tributación, estatal o municipal, no siempre fue sostenida por la jurisprudencia y tampoco por la doctrina, por lo que un repaso a nuestra historia jurídica, en los aspectos que interesan ahora a este Tribunal Supremo, se hace imprescindible.

A comienzos del siglo XX, el legislador nacional era contrario a la idea de la exclusividad de la tributación del Poder Nacional, cuando estuviese asignada a ese nivel del Poder Público la regulación de la actividad cuyo gravamen pretendiese un Municipio. Ese fue el caso de la Ley de Telégrafos y Teléfonos del año 1918, la cual contenía una disposición que aceptaba de forma expresa la convivencia de la tributación Municipal con la tributación nacional específica sobre una actividad económica. De esta manera, en el párrafo único de su artículo 22 se dispuso:

“El impuesto nacional no excluye el derecho de las Municipalidades a cobrar a las mismas empresas patentes de industria y cualquier otro impuesto que les corresponda” .

Como se observa, el legislador, al contrario de lo que ocurrirá luego, no consideró que la existencia de un impuesto nacional específico que recayese sobre las empresas que explotaban el servicio de telecomunicaciones –creado por la ley reguladora del sector- implicase la negación de los tributos municipales por concepto de actividad industrial o comercial.

La referida ley se dictó bajo la vigencia de la Constitución de 1914, en la cual se reconocía “*la autonomía municipal de los Distritos y su independencia del Poder Político del Estado, en lo concerniente a su régimen económico y administrativo*”, disponiéndose además que “*en consecuencia, los Concejos Municipales podrán establecer su sistema rentístico, sujetándose a las disposiciones que contienen las Bases de la Unión números 10,11,12 y 13, al inciso 1 de la garantía 15 del artículo 22 y al artículo 117 de esta Constitución*”.

Está claro que el legislador de 1918 no consideró que una de las limitaciones que estaban contenidas en las “*Bases de la Unión*” para el ejercicio de la autonomía municipal y, por ende, para el establecimiento de los tributos municipales, consistía en no gravar cuando ya existía un impuesto en una materia regulada por el “*Poder Nacional*”, llamado entonces “*Poder Federal*”. Tampoco se pensó que una limitación así pudiera estar contenida en el inciso 1 del artículo 22 (relativo a la igualdad ante la ley y las contribuciones) ni en el artículo 117 (que declaraba las exportaciones libre de impuestos) de aquel texto constitucional.

No era algo excepcional, además, pues el mismo criterio sirvió de base, durante décadas, para aceptar las patentes municipales sobre ciertas industrias o comercios, como la de alcoholes o cigarrillos, pese a que a la vez existen impuestos nacionales específicos que gravan su producción o consumo. Problemas que hoy persisten no existían en aquel entonces. Basta un ejemplo: la conocidísima empresa CANTV fue concesionaria del servicio de telefonía a partir del año 1930, cuando la original concesionaria cedió en su favor el contrato que le unía con el Estado venezolano. En ese contrato de concesión las partes reconocieron la existencia de los impuestos nacionales y locales, y se sometieron a las diversas leyes y ordenanzas que los creasen. Esas cláusulas contractuales fueron incluso invocadas luego por la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en un fallo del 5 de octubre de 1970, con lo que es obvio que esa instancia jurisdiccional las entendió válidas y aplicables.

Las Leyes de Telecomunicaciones de 1936 (que derogó la de Telégrafos y Teléfonos de 1918) y de 1940 (que hizo lo mismo respecto de la de 1936) nada dispusieron sobre los impuestos municipales, con lo que se perdió la norma expresa del texto original. Sin embargo, no se entendió que la situación había variado, y se siguió considerando que la actividad

de telecomunicaciones estaba sujeta tanto al pago del impuesto especial regulado en la ley nacional, como a la “patente” general a cargo de los municipios, y que es común a cualquier actividad económica, fuese de telecomunicaciones o de otra clase.

La gran mayoría de las sentencias de esos años que aceptaban los tributos locales partían de la base de que eran compatibles un impuesto nacional (específico sobre la actividad o el bien objeto de la regulación) y el municipal (de carácter general por recaer sobre cualquier actividad lucrativa).

En casos aislados, sin embargo, sí se excluyó jurisprudencialmente la tributación municipal, con base en la mera existencia de competencia nacional para establecer la legislación sobre la materia o el bien correspondiente, sin que existiera un tributo nacional específico sobre la actividad. Este fue el caso, por ejemplo, de una sentencia de la Corte Federal y de Casación, del 26 de octubre de 1938, en la cual se dispuso:

“En la hipótesis de que la Ley Orgánica del ramo *no estuviesen pechados específicamente los expendios de licores*, los Concejos Municipales tampoco podrían establecer gravámenes legítimos sobre los aguardientes y licores, ni sobre las demás especies que constituyen arbitrios rentísticos nacionales, porque, reservado constitucionalmente *a la competencia federal* todo lo relativo al punto, los Estados y las Municipalidades que tal hicieren, incurrirían en usurpación de facultades y atribuciones”.

Como se observa, en esa oportunidad se sostuvo que existían en el Texto Constitucional, muy similar al de 1914 en lo que respecta a las limitaciones a la potestad tributaria de Estados y Municipios, *una limitación implícita a la potestad tributaria de estos últimos sobre ciertas materias, que habría de encontrarse en la supuesta asignación a la competencia del Poder Nacional de “todo lo relativo al punto”*, es decir, a la actividad de producción de licores.

La prohibición de tributos municipales se basaría, en ese criterio de 1938, en la potestad tributaria implícita de la República sobre ciertas materias. Sin embargo, ese criterio apareció sólo en una minoría de sentencias. La mayor parte se basaba en la incompatibilidad de impuestos: los nacionales y los locales no podían exigirse a la vez. Como ejemplo, en sentencia del 12 de junio de 1953 volvió a aparecer el criterio de la exclusión de la tributación municipal sobre ciertas actividades reguladas por el Poder Nacional, pero una vez más la Corte Federal y de Casación basó su decisión en el hecho de que el tributo municipal recaía sobre una actividad *no sólo regulada*, sino que sobre ella ya existía un impuesto nacional. Se sostuvo entonces que:

“(…) el problema consiste en esclarecer si ha sido o no gravada por las mencionadas Ordenanzas Municipales la misma actividad a que se refiriere el impuesto de uno por ciento establecido por la Ley de Telecomunicaciones. En concepto de la Corte es evidente la concurrencia de esos impuestos sobre una misma actividad. Es indudable, por tanto, que la materia gravada por las Ordenanzas, es la misma sobre la cual pesa el impuesto nacional que establece la Ley de Telecomunicaciones”.

De esta manera, ese criterio de la Corte Federal y de Casación, del año 1953, negando la convivencia de impuestos nacionales y locales. En el fallo puede leerse:

“La Constitución Nacional (Art. 60, Ord. 10, 1953), atribuye a la competencia nacional todo lo relativo a correos, teléfonos y comunicaciones inalámbricas y el Artículo 18 de la misma consagra la autonomía municipal en lo que concierne al régimen económico fiscal y administrativo de la Municipalidad, sin otras restricciones que las establecidas por la Constitución. Por consiguiente, la autonomía municipal se encuentra restringida por la competencia del Poder Nacional y no puede gravar por conceptos de patentes de Industria y Comercio, actividades sobre las que pesa un impuesto nacional”.

Fue clara la Corte Federal y de Casación al negar ambos tributos simultáneos, pero del fallo se extrajo algo más, pese a no estar realmente declarado en él: que aparte de no poder haber impuestos locales en los casos en que existiera uno nacional de carácter específico, a la vez existía un poder tributario implícito a favor de la República para todas las materias que le correspondiese legislar. Es decir, aquella idea de la mencionada sentencia de 1938. Reinó así la confusión entre los poderes de regulación y los de tributación, justo lo que, en 1999, pretendió acabarse con el artículo 180 de la vigente Constitución.

En otra materia, la de navegación –que de alguna manera resulta más relacionada con el caso concreto planteado por el Alcalde del Municipio Simón Bolívar, por la vinculación con los espacios acuáticos- se dictaron sentencias que, de nuevo, excluyeron la potestad tributaria municipal sobre la actividad. En este caso de la navegación, la exclusión de esa potestad tributaria no se hizo depender de la existencia de un impuesto específico del Poder Nacional sobre la misma actividad, sino –una vez más- en la mera atribución a ese nivel político territorial de la competencia para regular “*lo relativo al transporte terrestre, a la navegación aérea, marítima, fluvial y lacustre y a los muelles y demás obras portuarias*”.

Ejemplo de ello son los fallos del 22 de febrero de 1960, con criterio repetido el 2 de octubre de 1985, 19 de noviembre de 1985, 14 de diciembre de 1986 y 4 de mayo de 1988, en los cuales se declaró la inconstitucionalidad de las Ordenanzas sobre Patente de Industria y Comercio dictadas por los Distritos Falcón, Carirubana, Miranda y Cedeño, todos del Estado Falcón. En todos esos casos, las Ordenanzas demandadas establecían un tributo cuyo hecho generador no estaba definido como el ejercicio de una actividad lucrativa sino que el mismo consistía en “*el toque en los puertos y aeropuertos*” del Distrito.

A juicio de esta Sala, no era necesario, a los fines de declarar la inconstitucionalidad de tales Ordenanzas, argumentar que “*el artículo 156 eiusdem, en su ordinal 20° establece que es de la competencia del Poder Nacional todo lo relativo al transporte terrestre, a la navegación aérea, marítima, fluvial y lacustre y a los muelles y demás obras portuarias*”, porque ello implicó crear una limitación a la potestad tributaria municipal que se leyó como “implícita” en la atribución de competencia reguladora al Poder Nacional sobre la navegación. Lo que ocurría era que el Municipio simplemente había creado un tributo que el texto Constitucional no le asignaba, al haber escogido como hecho generador “el toque de puertos y aeropuertos” en vez del ejercicio de actividades lucrativas.

El asunto, sin embargo, fue complicándose. No bastaba un motivo, ni siquiera dos, para la exclusión tributaria. Por ejemplo, a la par de lo ya indicado fue gestándose otra tesis: que las empresas concesionarias de servicios en sectores reservados al Estado –caso de las telecomunicaciones, una vez más- gozaban de una inmunidad fiscal, que les eximía de ciertos tributos. Esa tesis, aplicada con severidad, incluso llevaría a la consecuencia de negar la validez de los propios impuestos nacionales. En cualquier caso, lo que en realidad se pretendía desconocer era el poder de los Municipios –los Estados poco importaban a estos efectos- y dejar que fuese una sola entidad –la República- la que exigiese los tributos.

La jurisprudencia, sin embargo, no fue constante. De los casos llevados a los tribunales puede la Sala destacar algunos. Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia –que había sustituido a la Corte Federal a partir de la Constitución de 1961- sostuvo lo contrario del criterio de la Corte Federal y de Casación sentado en 1953.

En la sentencia dictada en el caso de la empresa CANTV contra el Distrito Sucre de Estado Miranda, de fecha 5 de octubre de 1970, el Alto Tribunal declaró que los Municipios no violaban el ordinal 1° del artículo 18 de la Constitución de 1961, en concordancia con el artículo 34 del mismo texto –muy similares a la “Bases de la Unión” de la Constitución de 1914, como muchas otras que la precedieron o sucedieron- al establecer en sus Ordenanzas el impuesto de industria y comercio, y exigir su pago a quienquiera que, con fines de lucro, se

dedicase a esas actividades en el territorio de su jurisdicción, pues tales contribuciones –se adujo– son por su naturaleza diferentes a los impuestos que sobre la producción o el consumo de determinados artículos atribuye el Legislador ordinario al Poder Nacional. De allí que pudieren coexistir.

Pero antes se había incluso ido más allá: la Sala Político-Administrativa del más Alto Tribunal de la República, en sentencia del 28 de mayo de 1962, declaró que:

“La competencia que al Poder Nacional otorga la Constitución en lo relativo a telecomunicaciones se justifica, principalmente, por razones de seguridad, control y estabilidad del servicio y no por motivos económicos y financieros, quedando siempre a salvo el derecho de la Municipalidad en cuanto a patentes industriales y comerciales”.

En el mismo fallo, además, se sostuvo que no existía inmunidad tributaria para la empresa concesionaria –argumento que iba ganando alguna aceptación, según lo advertido–, puesto que la concesión no le eliminaba su carácter de empresa y, por supuesto, su ánimo de lucro. En concreto se sostuvo:

“La sola cualidad de concesionaria de la Administración Pública, no excluye a la empresa que actúa como tal ni tampoco la sustrae del cumplimiento de sus deberes legales en materia tributaria, en virtud de que quien presta servicios en ese concepto (...) lo hace con espíritu de lucro y nunca asume la cualidad de órgano de la Administración Pública, sino que continúa siendo un ente particular que desarrolla su actividad en provecho propio”.

Las diversas sentencias citadas demuestran que, pese a excepciones, ha habido tres argumentos que se convertían en freno a la obtención de ingresos para los Municipios: uno, la imposibilidad de coexistir impuestos nacionales y locales sobre una misma actividad; dos, la imposibilidad de tributación local en caso de materias reguladas por el Poder Nacional; tres, la exclusión tributaria para concesionarias de servicios públicos.

El más delicado de esos tres argumentos –y que constituye el presente recurso– era aquél según el cual la República tenía un poder tributario implícito, que abarcaba todas las materias de la reserva legal. Ello afianzó el proceso de confusión de poderes que tanta controversia ha creado en el país, enfrentando a República y Municipios.

La narración que ha hecho la Sala revela el continuo vaivén que produjo la tensa relación entre poderes nacionales y locales. En ese vaivén, lo que empezó siendo un criterio aislado acabó por consolidarse como convicción general, a la que se quiso dar fin con el artículo 180 Constitucional.

Sobre todo, el anterior relato permite comprobar la gravedad de la tesis de los poderes implícitos, según la cual la potestad para regular una materia abarca todo, incluido el poder tributario.

Basta leer las normas sobre reserva legal, tanto en la actual Constitución como en las anteriores, para entender el motivo del riesgo de ese poder implícito. Esa lectura revela la gran cantidad de sectores que están enumerados a favor del Poder Nacional, con lo que la República disfrutaría de un amplísimo poder.

Es en el artículo 156 del Texto Fundamental donde figura la lista de las competencias del Poder Nacional, las mismas que para el Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia son meramente “*reguladoras*” –salvo el numeral 12–, lo que implicaría que no incluyen una reserva de poder tributario, mientras que para las cuatro empresas de hidrocarburos que han presentado el segundo de los recursos implican efectivamente esa pérdida, entendiendo que el poder de regulación abarca el de imposición exclusiva.

El referido artículo 156 establece:

“Es de la competencia del Poder Público Nacional:

1. La política y la actuación internacional de la República.
2. La defensa y suprema vigilancia de los intereses generales de la República, la conservación de la paz pública y la recta aplicación de la ley en todo el territorio nacional.
3. La bandera, escudo de armas, himno, fiestas, condecoraciones y honores de carácter nacional.
4. La naturalización, la admisión, la extradición y expulsión de extranjeros o extranjeras.
5. Los servicios de identificación.
6. La policía nacional.
7. La seguridad, la defensa y el desarrollo nacional.
8. La organización y régimen de la Fuerza Armada Nacional.
9. El régimen de la administración de riesgos y emergencias.
10. La organización y régimen del Distrito Capital y de las dependencias federales.
11. La regulación de la banca central, del sistema monetario, del régimen cambiario, del sistema financiero y del mercado de capitales; la emisión y acuñación de moneda.
12. La creación, organización, recaudación, administración y control de los impuestos sobre la renta, sobre sucesiones, donaciones y demás ramos conexos, el capital, la producción, el valor agregado, los hidrocarburos y minas, de los gravámenes a la importación y exportación de bienes y servicios, los impuestos que recaigan sobre el consumo de licores, alcoholes y demás especies alcohólicas, cigarrillos y demás manufacturas del tabaco, y de los demás impuestos, tasas y rentas no atribuidas a los Estados y Municipios por esta Constitución o por la ley.
13. La legislación para garantizar la coordinación y armonización de las distintas potestades tributarias, definir principios, parámetros y limitaciones, especialmente para la determinación de los tipos impositivos o alícuotas de los tributos estatales y municipales, así como para crear fondos específicos que aseguren la solidaridad interterritorial.
14. La creación y organización de impuestos territoriales o sobre predios rurales y sobre transacciones inmobiliarias, cuya recaudación y control corresponda a los Municipios, de conformidad con esta Constitución.
15. El régimen del comercio exterior y la organización y régimen de las aduanas.
16. El régimen y administración de las minas e hidrocarburos, el régimen de las tierras baldías, y la conservación, fomento y aprovechamiento de los bosques, suelos, aguas y otras riquezas naturales del país.

El Ejecutivo Nacional no podrá otorgar concesiones mineras por tiempo indefinido.

La Ley establecerá un sistema de asignaciones económicas especiales en beneficio de los Estados en cuyo territorio se encuentren situados los bienes que se mencionan en este numeral, sin perjuicio de que también puedan establecerse asignaciones especiales en beneficio de otros Estados.

17. El Régimen de metrología legal y control de calidad.
18. Los censos y estadísticas nacionales.
19. El establecimiento, coordinación y unificación de normas y procedimientos técnicos para obras de ingeniería, de arquitectura y de urbanismo, y la legislación sobre ordenación urbanística.

20. Las obras públicas de interés nacional.
21. Las políticas macroeconómicas, financieras y fiscales de la República.
22. El régimen y organización del sistema de seguridad social.
23. Las políticas nacionales y la legislación en materia naviera, de sanidad, vivienda, seguridad alimentaria, ambiente, aguas, turismo, ordenación del territorio.
24. Las políticas y los servicios nacionales de educación y salud.
25. Las políticas nacionales para la producción agrícola, ganadera, pesquera y forestal.
26. El régimen de la navegación y del transporte aéreo terrestre, marítimo, fluvial y lacustre, de carácter nacional; de los puertos, aeropuertos y su infraestructura.
27. El sistema de vialidad y de ferrocarriles nacionales.
28. El régimen del servicio de correo y de las telecomunicaciones, así como el régimen y la administración del espectro electromagnético.
29. El régimen general de los servicios públicos domiciliarios y, en especial, electricidad, agua potable y gas.
30. El manejo de la política de fronteras con una visión integral del país, que permita la presencia de la venezolanidad y el mantenimiento territorial y la soberanía en esos espacios.
31. La organización y administración nacional de la justicia, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo.
32. La legislación en materia de derechos, deberes y garantías constitucionales; la civil, mercantil, penal, penitenciaria, de procedimientos y de derecho internacional privado; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial; la del patrimonio cultural y arqueológico; la agraria; la de inmigración y poblamiento; la de pueblos indígenas y territorios ocupados por ellos; la del trabajo, previsión y seguridad sociales; la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y la de seguros; la de loterías, hipódromos y apuestas en general; la de organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional y demás órganos e instituciones nacionales del Estado; y la relativa a todas las materias de la competencia nacional.
33. Toda otra materia que la presente Constitución atribuya al Poder Público Nacional, o que le corresponda por su índole o naturaleza”.

De todos esos numerales es predicable el mismo aserto: no deben confundirse potestades de regulación con las de tributación. El Alcalde accionante, al igual que lo hizo respecto del caso de las aguas, hizo uso de la argumentación *ad absurdum*, a fin de demostrar lo irrazonable que es unir nociones que deben mantenerse separadas. Basta leer los nada menos que 33 numerales del artículo 156 para eliminar las dudas acerca de las supuestas competencias implícitas: de ser ciertas, prácticamente no habría poder tributario estatal o municipal, debido a que la República goza de un poder regulador amplísimo, que abarca la casi totalidad de las materias o sectores de interés.

Es más: la Sala manifiesta la misma extrañeza que el Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia, pues no encuentra la razón para negar la tributación en algunas materias reguladas por el Poder Nacional y no en otras. Bancos y seguros constituyen un ejemplo fácil. Se trata de dos sectores no sólo regulados totalmente a nivel nacional, sino controlados por órganos nacionales especializados, y en ningún momento se discute la exigencia del tributo local a las actividades lucrativas. Ello sucede en otros casos, a la par que han ocurrido casos curiosos citados en el expediente, como el del impuesto municipal a las naves.

Con esa premisa, vuelve la Sala a los dos numerales del artículo 156 que interesan al caso de autos: el 16 y el 23, ambos sobre aguas. Destaca al efecto la Sala que aunque las empresas accionantes se dedican a prestar servicios a la industria de los hidrocarburos, en ningún momento alegaron esa materia particular para justificar su eximente de pago de tributos. Todo el caso se ha basado en las aguas (acerca de si la propiedad, el aprovechamiento y el poder de regulación abarca los tributos exclusivos).

Tanto en el numeral 16 como en el 23 se observa que no se hace mención alguna a la tributación sobre las aguas, sino sobre su “*conservación, fomento y aprovechamiento*”, así como a sus “*políticas nacionales y legislación*”. De esos términos el único que podría prestarse a confusión es el de “*aprovechamiento*”, pues éste puede darse tanto por parte de quien hace uso de las aguas como de la propia República, su propietaria, que exija tributos por ello. Ahora bien, debe insistirse, para lo que se remite la Sala al apartado correspondiente, que la presente causa no versa sobre “*aprovechamiento*” de aguas, sino sobre actividades realizadas en áreas cubiertas por aquéllas.

Como se observa, esos dos numerales del artículo 156 no incluyen potestades tributarias sino sólo reguladoras y de administración de las aguas, por lo que debe aplicarse el artículo 180 en la forma en que se ha indicado: separando potestades, sin aceptar la tesis de los poderes implícitos. Se ha visto cómo esta Sala no sólo no tiene dudas acerca del sentido y alcance del primer párrafo del artículo 180 de la Constitución, sino que tampoco las tiene acerca de su origen y justificación. En tal virtud, la primera parte del artículo 180 de la Constitución debe entenderse como la separación del poder normativo de la República y los estados respecto del poder tributario de los municipios. De esta manera, aunque al Poder Nacional o estatal corresponda legislar sobre determinada materia, los municipios no se ven impedidos de ejercer sus poderes tributarios, constitucionalmente reconocidos. Lo anterior, aplicado al caso de autos, implica que los municipios pueden exigir el pago de los impuestos sobre actividades económicas, aunque la regulación de esa actividad sea competencia del Poder Nacional o de los estados, salvo que se prevea lo contrario para el caso concreto. Así se declara.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la Republica, por autoridad de la Ley:

PRIMERO: Declara **RESUELTA** las solicitudes de interpretación constitucional presentadas por **Franklin Duno Petit**, Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia, asistido por la abogada Adriana Vigilancia García, y por las empresas **BJ Services de Venezuela, C.A., Nimir Petroleum Venezuela B.V., Baker Hughes de Venezuela, S.A.** y Servicios Halliburton de Venezuela, S.A., representadas por el abogado Rafael Chavero Gazdik, respecto de los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los términos expresados en este fallo, que se resumen de la siguiente forma:...

...3) Debe ser entendido como principio general que las competencias enumeradas en el artículo 156 de la Constitución, atribuidas al Poder Nacional, sólo pueden ser consideradas de manera restrictiva, por lo que no puede presumirse poder tributario alguno por el hecho de que el Poder Nacional cuente con la atribución de regular determinado sector.

4) La primera parte del artículo 180 de la Constitución fue incluido en ese Texto Fundamental para dar por terminada la discusión doctrinal y jurisprudencial en torno al problema del poder tributario implícito en los casos en que se contemple un poder regulador. Esa primera parte del artículo 180, en consecuencia, sólo ha recogido lo que constituye un principio general y debe ser interpretado como la imposibilidad de presumir que una competencia

reguladora nacional implica necesariamente un poder de tributación exclusivo sobre dicha actividad o materia. Los Estados y Municipios pueden, por tanto, dictar normas para exigir los tributos que constitucionalmente se les reconocen, aun en el caso de actividades cuya normación sustantiva corresponde al Poder Nacional.

Voto salvado del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero

Quien suscribe, Jesús Eduardo Cabrera Romero, salva su voto con relación al fallo emitido en este juicio, por las siguientes razones:

Primero: Comparte la doctrina establecida en la decisión sobre las potestades tributarias y reguladora; e incluso, comparte la posibilidad que un Municipio pueda gravar actividades ocurridas en el subsuelo acuático, el cual es separable de las aguas del dominio público.

Segundo: Pero en el caso de autos, quien disiente considera que el poder tributario municipal sólo se ejerce en los tributos del Municipio y no fuera de él; y es decisivo para sostener plenamente la doctrina del fallo, declarar que el poder tributario municipal sólo tiene lugar dentro de los límites territoriales del Municipio.

No puede pretender un Municipio costanero pechar actividades –por ejemplo- que se realizan en el lecho marítimo (mar territorial) o zona adyacente) que limita con el Municipio. No se trata de que las aguas sean o no del dominio público, sino que la potestad municipal estaría desbordando el área donde puede ejercerse.

Aceptar tal posibilidad es permitir se graven actividades previstas en la Ley Orgánica de los Espacios Acuáticos e Insulares, como sería la labor para crear islas artificiales (ancladas en el subsuelo) en el mar, lagos o ríos (v. artículos 53 y 56 de la citada Ley), por Municipios que no sólo son ajenos a esas islas, sino que podrían ser económicamente inferiores a lo que se desarrolle en ellas.

Queda así expresado el criterio del disidente

B. Impuesto sobre Actividades Económicas

TSJ-SC (59)

4-2-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Impugnación de la Ordenanza sobre Patente de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

El impuesto a las actividades económicas grava el ejercicio de éstas, no el desempeño del contribuyente. Sólo se eximiría del pago si carece de ingresos (al perderse la base imponible), pero si hay algún ingreso, de él se tomará el impuesto, como un costo más en su actividad, de idéntica manera en que se paga por los servicios públicos.

Según la parte actora, en la Ordenanza se asimiló “*actividad comercial o industrial desarrollada dentro de un Municipio*” a “*actividad lucrativa*”, sin tomar en cuenta que no son nociones idénticas. En su criterio, el texto impugnado lo que hace es gravar la segunda, entendida como “*la ganancia, utilidad o provecho que se saca de una cosa, en especial, beneficio logrado con una inversión monetaria*”. Con base en ello la accionante denunció que en realidad se ha violado el poder tributario nacional, toda vez que el impuesto sobre la renta corresponde a la República, la cual lo reguló ya en la Ley de Impuesto sobre la Renta, todo con base en el numeral 12 del artículo 156 de la Constitución.

Al respecto se observa:

El recurrente incurrió en evidente error: afirmar que la Ordenanza impugnada en realidad grava la renta y no el ejercicio de una actividad económica. Error inexplicable en su propia argumentación previa, pues en otros párrafos del recurso se insiste en que ni siquiera se grava la renta sino la obtención de ingresos por el ejercicio de una determinada actividad, sin importar la existencia de ganancias.

Ha sido jurisprudencia reiterada de la Sala, cónsona con las disposiciones constitucionales, que el impuesto municipal como el del caso de autos recae siempre sobre el ejercicio de una actividad susceptible de generar ingresos y nunca sobre la renta misma. La confusión de la parte actora fue común en el país, pero ya ha sido superada, deslindándose con claridad el ámbito del poder de la República y de los municipios: la primera grava las ganancias obtenidas por cualquier persona, es decir, los enriquecimientos; los segundos gravan el ejercicio de actividades económicas, haya o no ganancia.

Observa la Sala que la confusión de la parte actora revela desconocimiento de las nociones tributarias, en especial lo referido al hecho generador y a la base imponible: la primera es la causa que da origen al tributo; la segunda es lo que debe tomarse en cuenta para hacer el cálculo correspondiente. Así, aunque se tomen los ingresos (brutos) como base imponible, el hecho generador es el ejercicio de la actividad económica. Por ello, no existe ninguna coincidencia con el hecho generador del impuesto sobre la renta.

Además, debe insistirse en algo que el actor pretende negar: que a los efectos del tributo local lo correcto es tomar como base los ingresos brutos, por lo que incluso nada importa si hay o no renta (es decir, ganancia), mientras que a nivel nacional es ello lo determinante: sin provecho no hay impuesto, ya que es esa ganancia el hecho generador (a la par, en ese caso, que la base imponible).

Por ello, respecto del impuesto local a las actividades económicas, debe evitar el legislador establecer como base imponible la renta, debiendo siempre referirse a los ingresos brutos, toda vez que de ponerse el hincapié en la real utilidad el hecho generador parece desplazarse de lugar, dejando de ser el ejercicio de actividades económicas para convertirse en la generación de provechos.

Precisamente esa desvinculación del impuesto municipal respecto de las ganancias es relevante a los efectos de deslindar los tributos: si lo que se grava a nivel local es el ejercicio de la actividad debe ser irrelevante el resultado de la misma. Por supuesto, no puede perderse de vista que todo impuesto requiere una base imponible, por lo que aunque no sea necesaria la renta, sí debe haber un ingreso, a partir del cual poder exigir el pago.

Por otra parte, la accionante sostuvo que lo correcto, aparte de exigir que el impuesto se genere sólo si hay renta, *“es que el Municipio de una u otra forma peche las actividades comerciales con tasas fijas por el ejercicio de la actividad económica pero no cobrar en base al monto del total de las ventas brutas, sin comprobar previamente la situación económica de la empresa y los verdaderos resultados del ejercicio económico”*.

Como se observa, se trata de dos aspectos distintos: por un lado, que debe haber *“tasas fijas”*; por otro, que debe tomarse en cuenta la situación real de la contribuyente. Al respecto se observa:

En primer lugar, toda actividad generadora de ingresos debe quedar sujeta a la imposición municipal, sin exclusiones, salvo que el propio texto constitucional lo disponga expresamente. Para los entes locales lo relevante es el ejercicio de actividad lucrativa dentro de su jurisdicción, a fin de exigir parte de los ingresos brutos. Ello tiene una justificación evidente: el municipio en el que se asienta una actividad que reporta ganancias a quien la hace, debe

tener derecho a participar en las mismas y, con el producto de lo recaudado, emprender obras o prestar servicios útiles a la comunidad. Por eso, todo municipio tiene interés en fomentar la actividad económica en su territorio, sabiendo que así obtendrá también el beneficio correspondiente, que deberá trasladar a la sociedad.

En realidad los municipios ni siquiera tienen necesidad de establecer distinciones entre actividades, pues ellos no gravan cada actividad *concretamente considerada*, sino los ingresos que en general sea capaz de generar. Sin embargo, por justicia tributaria, cada ordenanza incluye una diferenciación, a través de los llamados clasificadores, con la intención de fijar alícuotas más altas o más bajas según el sector de que se trate. Esos clasificadores, entonces, sólo sirven para distinguir las alícuotas de cada actividad. Por ello, la actividad de que se trate no se grava por estar en un código específico del clasificador: se grava por ser actividad económica desarrollada en el Municipio; el clasificador regula el porcentaje del ingreso bruto que debe ser tomado en cuenta para el cálculo del impuesto.

Por ello, si bien una Ordenanza podría contener esas “tasas fijas” que mencionó la parte actora, sin duda esa determinación podría en algunos casos vulnerar la justicia tributaria, por lo que es aconsejable seguir la tradición de los clasificadores de actividad. Precisamente lo que pretende la accionante es que se tome en cuenta la situación de las empresas. Los clasificadores son una forma de, sin referirse al contribuyente concreto, tomar en consideración el sector específico en el que desarrolle su actividad.

En segundo lugar, como se ha indicado, la parte actora sostuvo que debe gravarse sólo según la situación particular del contribuyente. Es una forma de insistir en que no deben ser los ingresos brutos, sino la renta, la que debe tomarse en cuenta. Esa aseveración —advierte la Sala— encierra en sí misma el propósito de negar el impuesto, puesto que si se toma la utilidad del contribuyente, la demandante alega que se invade el poder de la República, al coincidir el impuesto nacional a la renta y el local a las actividades económicas. Ahora bien, aparte de que en definitiva lo cierto es que la demandante no acepta la constitucionalidad del impuesto ni porque se tome los ingresos brutos ni porque se tome la renta, estima la Sala que nunca puede tomarse en cuenta la situación particular de la empresa.

En efecto, el impuesto a las actividades económicas grava el ejercicio de éstas, no el desempeño del contribuyente. Sólo se eximiría del pago si carece de ingresos (al perderse la base imponible), pero si hay algún ingreso, de él se tomará el impuesto, como un costo más en su actividad, de idéntica manera en que se paga por los servicios públicos.

Por lo expuesto, se desestima la denuncia de usurpación de la competencia nacional. Así se declara.

TSJ-SC (59)

4-2-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Impugnación de la Ordenanza sobre Patente de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

Los municipios gravan las actividades realizadas en su territorio, generen o no ganancias. Si la falta de renta suficiente hace que el impuesto que se deba pagar supere varias veces el monto de aquélla, no convierte el tributo en confiscatorio.

Denunció el actor que buena parte de sus ingresos se dirigen al pago de impuestos, tanto el de las rentas (pagado a la República), como el de las actividades económicas (pagado al Municipio San Cristóbal). Según sostuvo, no sólo paga a las dos entidades, sino que entrega mucho más dinero al municipio: 24,8 veces más que a la República. No sólo eso: expresó en su libelo que llega a pagar al municipio casi cuatro veces más de lo que gana realmente, pues de sus ingresos brutos (sobre los que se hace el cálculo del tributo) queda poca utilidad. Todo ello le llevó a concluir que el demandado es *“un excesivo impuesto que va en contra de los principios constitucionales relativos a la libertad económica y el papel que debe jugar el estado (sic) para regular sus tributos, sin invadir la esfera de las competencias atribuidas tanto al poder público nacional, así como el estatal y municipal”*.

Para el opositor al recurso, como en el impuesto a las actividades económicas no importa la obtención de beneficios, sino de ingresos, puede darse el caso de pagar tributo sin recibir ganancia. Ello se justificaría por el hecho generador: es un tributo a la actividad y no a la renta. Ahora, reconoce que no puede haber impuestos confiscatorios, si bien sostuvo una alícuota como la que corresponde a la accionante por su actividad (el 0,40%) no puede ser considerada confiscatoria, mucho menos si se piensa que *“es inferior a la que alcanza la mayoría de los Municipios Venezolanos a los establecimientos que operan en el mismo ramo de actividad”*. En todo caso, al opositor resulta *“muy sospechoso”* que con sus ingresos brutos, la actora haya generado tan escasa utilidad como para que el impuesto municipal sea 3,72 veces superior a aquélla. En su opinión, esa situación puede deberse o a *“mala administración”* de la empresa o a una *“soterrada intención de evadir el Impuesto Sobre la Renta”*.

Al respecto, se observa:

Los tributos confiscatorios están prohibidos constitucionalmente, de la misma manera en que se proscribe cualquier clase de confiscación.

Ahora bien, el exigir un impuesto sin importar la obtención de renta no es en modo alguno confiscatorio: es sólo el pago que merece el municipio por parte de quien realiza actividades económicas en su territorio. Ocasionalmente el ejercicio de esa actividad no genera ganancias, pero es el ánimo del empresario el recibirlas. Las obtenga o no, el municipio le grava por su actividad. La falta de renta le libraría del impuesto nacional correspondiente, por supuesto.

Asimismo, tal como lo plantea la representación municipal, la alícuota que se prevé para el caso de autos no parece confiscatoria. Al contrario, es pequeña comparada con el de otras actividades, tal vez porque se le considera menos rentable o por cualquier otra razón que haya guiado al legislador. El que con base en esa alícuota la empresa pague mucho más al municipio que a la República no convierte al impuesto en confiscatorio.

Además, el que la falta de renta suficiente haga que el impuesto que deba pagar supere varias veces el monto de aquélla tampoco es asunto que importe a estos efectos. Sólo sería la demostración, de continuar el negocio en esa situación, de una escasa rentabilidad que aconsejaría su abandono. Si con apenas una alícuota del 0,40% de los ingresos brutos como monto del impuesto el contribuyente debe pagar varias veces su renta real al municipio, es evidente que la empresa debe analizar seriamente su situación financiera.

Estima la Sala que los municipios deben ser prudentes, a fin de no exigir una cantidad excesiva de dinero, que incluso desestime a los particulares a ejercer su actividad en su territorio. Debe evitarse, pues, el supuesto de una tributación excesiva, peligroso para el propio ente local, que podría ahuyentar a industriales y comerciantes o, en general, a todo aquel que se dedique a una actividad lucrativa no laboral. Es el caso, sin embargo, que esta Sala no observa exceso alguno en la alícuota fijada.

Distinto es el caso en que, por el gran número de municipios, así como por la coexistencia de impuestos en todos los niveles territoriales, se produzca una tributación excesiva, a causa de la suma de cada uno, así sean de alícuotas ínfimas. Para esos casos, además de la prudencia municipal como forma de autolimitación, nuestro actual ordenamiento constitucional permite a la Asamblea Nacional dictar la legislación para evitar el fenómeno de la excesiva tributación. Es la competencia que prevé el artículo 156, numeral 13, del Texto Fundamental, conforme al cual el parlamento nacional podrá armonizar tributos.

Por lo expuesto, se desestima la denuncia de la parte actora. Así se declara.

TSJ-SC (59)

4-2-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Impugnación de la Ordenanza sobre Patente de Industria, Comercio, Servicio e Índole Similar del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira.

La Sala Constitucional reitera su criterio respecto al rechazo de la figura del transeúnte, en relación con el impuesto sobre actividades económicas. A tal efecto señala, que éste constituye gravamen al ejercicio de cualquier actividad lucrativa, salvo que el Constituyente disponga lo contrario; que los llamados transeúntes son en realidad contribuyentes, desde el momento mismo en que, con permanencia (aunque temporal), pero sin instalaciones, ejercen actividad lucrativa.

Sobre la figura de los contribuyentes no residentes:

La parte actora denunció, por último, que la inconstitucionalidad de la Ordenanza “*se agrava aún más cuando la misma Patente pecha la actividad comercial que sea ejercida por cualquier persona natural o jurídica aun cuando la misma no resida en el Municipio*” y a continuación citó un breve extracto de una sentencia que ni siquiera se identifica con sus datos, en el que se habría hecho hincapié en que el impuesto municipal a las actividades económicas se basa en la permanencia del contribuyente en el territorio municipal. Es todo cuanto se lee al respecto en el recurso.

Aun cuando excesivamente escueta, considera la Sala que la denuncia se comprende con facilidad, pues se corresponde con uno de los problemas más debatidos en el Derecho Tributario y sobre el que esta Sala tuvo ocasión de pronunciarse en fecha reciente: el de los denominados contribuyentes transeúntes.

La Sala, en esta oportunidad, debe reiterar su criterio al respecto: el rechazo a la figura del transeúnte se ha basado en el olvido de la nota característica del impuesto sobre actividades económicas: que éste constituye gravamen al ejercicio de cualquier actividad lucrativa, salvo que el Constituyente disponga lo contrario. Los llamados transeúntes son en realidad contribuyentes, desde el momento mismo en que, con permanencia (aunque temporal), pero sin instalaciones, ejercen actividad lucrativa.

Destaca la Sala que, en principio, no hay razón para negar la posibilidad de imposición sobre cualquier actividad generadora de ingresos. Si se recuerda la relevancia constitucional de los impuestos locales resulta evidente que el rechazo a los llamados transeúntes no puede ser compartido, ya que con ello se limita indebidamente el espectro de sujetos pasivos del tributo en referencia, dejando de lado una idea básica: que todo aquel que desarrolle una actividad económica en el territorio de un Municipio debe tributar, para que el Municipio en

el que se lleve a cabo también pueda sacar provecho. La tesis que excluye a los llamados transeúntes implica, entonces, una exclusión inaceptable por discriminatoria. Nada justifica que quienes se lucren en un Municipio queden eximidos de pagar a éste un aporte, mientras que otros sí deban hacerlo.

Para la Sala, y sin perjuicio de que en casos concretos los Municipios puedan efectivamente incurrir en tales excesos e invasiones, *la sola previsión del gravamen sobre unos denominados contribuyentes transeúntes no implica inconstitucionalidad*, por cuanto toda actividad generadora de ingresos debe quedar sujeta a la imposición municipal, *sin exclusiones, salvo que el propio texto constitucional lo disponga expresamente*. La denominación de transeúnte identifica a un contribuyente que sólo se diferencia del residente a ciertos efectos, pero no en cuanto a la realización del hecho generador. Sin duda, los problemas que siempre ha ocasionado esa figura se deben en realidad a un desafortunado bautizo, pues el nombre hace pensar en alguien que no sólo está de paso, cuando la verdad es que no es así. Por supuesto, advierte la Sala que si un Municipio gravase la actividad de quien no mantiene en su territorio ninguna forma de permanencia estaría incurriendo en inconstitucionalidad, pero no por la figura del transeúnte en sí, sino por imponer su gravamen a personas que no dan lugar al hecho generador de la obligación.

Sólo es necesario contar con un establecimiento permanente en el caso del comercio, por ser sumamente difícil determinar, y por ello fiscalizar, el lugar de la realización efectiva de una venta. La figura del establecimiento permanente suple ese problema y hace imputar la operación al sitio en el que exista una sede física, con independencia de que sea realmente el lugar de la transacción.

De esta manera, el establecimiento permanente es imprescindible (y por ello fue todo un hallazgo del que no se desprende el Derecho Tributario) a los efectos de la actividad comercial. Ahora, en los casos no comerciales desaparece total o parcialmente la dificultad de determinación del lugar de las operaciones, por lo que no es necesario recurrir a esa figura de origen meramente práctico.

Ya esta Sala, en sentencia n° 2705 del 9 de octubre de 2003 (caso: Shell), se encargó de precisar los requisitos que permiten determinar la presencia de una persona en el territorio de un municipio, de manera de entender que la actividad que desarrolla en él (así sea temporal y sin infraestructura) es suficiente para generar el impuesto a las actividades económicas.

Por lo expuesto, se desestima esta última denuncia de la actora y, con ella, la totalidad del recurso intentado contra la Ordenanza analizada. Así se declara.

TSJ-SC (285)

4-3-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Interpretación de los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

El dominio ejercido por el Poder Nacional sobre las aguas no acepta la exclusión del poder de los otros entes territoriales –en especial los municipios, a través de los impuestos sobre actividades económicas- sobre las actividades que se desarrollen en o bajo las mismas, salvo excepción expresa.

Ahora bien, lo anterior sólo ha sido el preámbulo para entrar en lo que realmente preocupa a los recurrentes: si la declaratoria de demanialidad sobre esas aguas que pertenecen a la Nación, entendida como República, hace que sólo sea la República la que pueda regular lo relativo a las mismas, incluido el impuesto a las actividades económicas desarrolladas en ellas.

Al respecto se observa:

Para la Sala es clara la confusión en que incurrir quienes sostienen que la declaratoria de las aguas como bienes del dominio público nacional implica que las actividades que se lleven a cabo en o bajo las mismas también quedan sometidas al poder exclusivo —en este caso, tributario— de la República.

Ello es un error, estima la Sala, pues al artículo 304 de la Constitución no puede atribírsele un significado mayor al que su propio texto proporciona: las aguas son del dominio público nacional, por lo que toca a la República su aprovechamiento, como titular del derecho de propiedad. Ahora, nada en esa disposición puede conducir a pensar que lo que suceda en o bajo las aguas también pasa al poder tributario de la República, pues con ello se estaría extendiendo el sentido de la norma.

No entiende la Sala cómo pudo surgir una interpretación semejante, con la que se confunden nociones muy distintas. Dedicarse a actividades relacionadas con la industria de los hidrocarburos, y hacerlo bajo las aguas de un lago, como hacen los accionantes del segundo recurso, no es explotar las aguas, como tan infelizmente se ha afirmado.

Con sobrada razón afirmó el Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia que la interpretación que esta Sala ahora rechaza *“tiene su génesis en una profunda confusión entre el sentido de los conceptos de ‘dominio público’ sobre las aguas, ‘competencia’ para la regulación de su conservación, fomento y aprovechamiento y para regular la navegación, y ‘jurisdicción’, como delimitación del ámbito territorial donde pueden ejercer sus respectivas competencias, muchas veces concurrentemente, los entes político-territoriales respectivos”*.

Ciertamente, son todas nociones distintas, imposibles de mezclar sin llegar a despropósitos como el que se produjo en el caso de autos. Debe distinguirse siempre entre aspectos tan diversos como la *condición de las aguas como bienes del dominio público, la jurisdicción sobre los lechos de los ríos o las cuencas de los lagos por donde surcan o se estancan esas aguas, y las competencias para regularlas*.

Estima la Sala que sólo uniendo esas nociones es que puede concluirse que quien sea el titular del derecho sobre las aguas ejerce poder exclusivo sobre todo lo que sucede en o bajo ellas, como si también le pertenecieran necesariamente los lechos de los ríos o las cuencas de los lagos. Además, sólo confundiendo nociones se puede llegar a concluir que la propiedad sobre las aguas implica un poder absoluto para regularlas y, en especial, para aprovecharse de los tributos sobre cualquier actividad que se desarrolle en ellas. Parece olvidarse, por ejemplo, que la propiedad de las aguas bien pudo ser atribuida a los particulares, con lo que quizás nadie hubiera jamás pensado en relacionar, hasta confundirlas, todas las nociones indicadas.

Por ello, también comparte la Sala la afirmación contenida en el recurso presentado por el Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia, en el sentido de que, *“por las consecuencias que se le pretenden atribuir a tal interpretación”*, se demuestra que se incurre en *“desconocimiento del hecho cierto de que el régimen legal de los lechos de ríos y lagos es distinto del régimen legal de las aguas”*. Diferenciar debe ser la actitud adecuada frente al caso planteado.

En virtud de lo indicado, no tiene importancia que leyes recientes hayan insistido en el dominio público nacional de las aguas, como se pretende en el segundo de los recursos. Así, ni el Decreto-Legislativo Orgánico de los Espacios Acuáticos e Insulares (cuyo artículo 2° dispone que los espacios acuáticos de la República “*comprenden todas las áreas marítimas, fluviales y lacustres del Espacio Geográfico Nacional*”) ni el Decreto-Legislativo de Zonas Costeras (cuyo artículo 9 establece que es del dominio público de la República “*todo el espacio acuático adyacente a las zonas costeras y la franja terrestre comprendida desde la línea de la más alta marea hasta una distancia de menos de ochenta metros*”) pueden implicar una limitación a competencias –como la tributaria– que sólo tienen que ver con el agua en la medida en que la actividad económica se realiza en ellas.

En el primero de los recursos –a cuyo expediente se le dio el número 2306– el actor se mostró sorprendido por la conclusión a la que se ha llegado al negar la tributación municipal cuando la actividad se desarrolla en aguas, cuando eso no es más que una “*particularidad*”, de la que “*se pretende obtener una especie de ‘inmunidad’ tributaria, (...) ya que, de ejecutarse en tierras no cubiertas por agua, sin duda, serían gravables*”. Asimismo, se sostuvo que “*no puede sino causar extrañeza*” que se impida gravar actividades de las empresas de servicios a la industria de los hidrocarburos, si se desarrollan bajo las aguas de Lago de Maracaibo, “*mientras que en la propia jurisdicción del Estado Zulia y en el resto de los Municipios ‘petroleros’ del país, otros Operadores y subcontratistas en idénticas condiciones –salvo por no contar con la “suerte” de operar campos o pozos petroleros que estén cubiertas por agua– deben ‘soportar’ todas las cargas tributarias existentes en la República y/o tienen derecho al reembolso de los impuestos municipales, por parte de PDVSA*”.

La Sala muestra idéntica sorpresa: no logra comprender cómo algo que es simplemente un accidente geográfico –que el territorio esté cubierto por agua– puede implicar un tan grande cambio de régimen jurídico, de manera que una empresa pague si trabaja en tierra y no lo haga si hace lo mismo en las aguas. La desigualdad es más que evidente. Si la empresa explotase las aguas sería diferente; el caso es que no lo hace: se trata, en el supuesto objeto de este proceso, de empresas de servicios destinadas a la industria de los hidrocarburos. ¿Qué diferencia hay –haciéndose la Sala la misma pregunta que el actor del primero de los recursos entre desarrollar una misma actividad en tierra o en agua?

Esa situación absurda obliga a la Sala a mencionar el caso analizado y decidido por la extinta Corte Suprema de Justicia, en fecha 17 de agosto de 1999, con ocasión de la demanda que se interpuso, por razones de inconstitucionalidad, contra la llamada “*apertura petrolera*”, el cual versaba sobre el régimen legal para la explotación de los hidrocarburos. En esa sentencia se decidió que las actividades que implican auténtica explotación de hidrocarburos, por cuanto conllevan la adquisición de propiedad sobre el crudo extraído por parte de las asociaciones empresariales conformadas tanto el capital público como por capital privado, son las que escapan de la tributación municipal, mas no las actividades que llevan a cabo quienes ejecutan los llamados “*Convenios de Servicios Operativos*”, en los cuales expresamente se excluye que la titularidad sobre el crudo pase a los operadores del campo –entes eminentemente privados– por lo cual se entiende que tales entes llevan a cabo servicios comerciales que no significan explotación del hidrocarburo. En consecuencia, esos Convenios y cualesquiera otros en los cuales el particular no se apropie del hidrocarburo, en asociación con el Estado venezolano, quedan sujetos a los tributos municipales.

Ahora bien, la extinta Corte Suprema de Justicia jamás distinguió entre quienes operaban en tierra y quienes lo hacían en aguas, a los fines de una pretendida no sujeción a la imposición municipal. Quienes sí lo hicieron fueron los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, los cuales además incurrieron en otros errores, como pretender que cualquier empresa que presta servicios a la industria petrolera ejecuta actividades que comportan la explotación de hidrocarburos.

Hizo bien la desaparecida Corte Suprema de Justicia en no distinguir, pues ya en este fallo se han podido ver las exageraciones a las que conduce la tesis sostenida por quienes quieren ver en las aguas una excepción al poder de los municipios.

El Alcalde del Municipio Simón Bolívar proporcionó ejemplos, sin duda exagerados y que nadie hasta ahora ha sostenido seriamente, pero que permiten demostrar la sinrazón de esa especie de “*inmunidad fiscal*”: “*que las vallas publicitarias que estén ubicadas sobre autopistas Estadales o nacionales (bienes de dominio público nacional o estatal), no podrían dar origen al impuesto de propaganda comercial que tenga sancionado el Municipio por cuya jurisdicción atravesase la respectiva autopista y que los locales comerciales y viviendas que estén construidos sobre agua (...) en Puerto La Cruz, Estado Anzoátegui, o por qué no, los palafitos en la Laguna de Sinamaica (...) no estarían sujetos al impuesto sobre inmuebles urbanos, no en razón de alguna consideración social o económica que justifique la no tributación, sino únicamente en razón de su ubicación ‘privilegiada’ sobre aguas*”. Se trata de una argumentación *ad absurdum*, pero que precisamente sirve para poner de relieve que algo falla en la interpretación hasta ahora sostenida.

Un ejemplo distinto, no absurdo, pero sí improbable, que también se incluyó en el recurso presentado por el Alcalde del Municipio Simón Bolívar: es “*si las aguas, por una eventualidad fáctica, dejaran de acumularse en la cuenca del Lago, poco a poco volvería al Estado Zulia la jurisdicción sobre la cuenca, habida cuenta de que lo que soporta la tesis de la ‘jurisdicción exclusiva’ del Poder Nacional es el hecho de la dominialidad nacional sobre las aguas y de la competencia nacional para regular su fomento y aprovechamiento y la navegación*”. Por ello, se preguntó el recurrente si en el caso de los terrenos “*que dejen de estar cubiertos por aguas, (...) ¿[t]endríamos, acaso, que concluir que al desaparecer las aguas regresarían todas las competencias y potestades del Estado Zulia y de los Municipios sobre las actividades ejercidas en los terrenos que quedaran descubiertos?*” A lo que agregó: “*En el caso concreto de la potestad tributaria, ¿es científico sostener que la potestad tributaria puede estar sujeta al vaivén de las aguas? Porque no es descartable que un río se seque o cambie de curso, por ejemplo*”. Para el actor –y para la Sala– carece de sentido pensar que si en el lecho de un río “*se hubieran estado llevando a cabo actividades petroleras*” y éste se secara, regresase “*la potestad tributaria (...) con la ‘salida’ de las aguas*”.

Esa situación –que el actor calificó como “*poco menos que ridícula*”– podría efectivamente darse, pues citó el ejemplo del llamado Río Tamare del Estado Zulia, el cual “*se seca durante algunas épocas del año*”. De ser correcta la interpretación que sostienen las empresas que interpusieron el segundo de los recursos, debería llegarse a la conclusión que anuncia el Alcalde del Municipio Simón Bolívar: que si “*existiesen yacimientos de hidrocarburos*” en él, “*la potestad tributaria que le pudiese corresponder a su Municipio sobre personas o actividades que se ubicasen en la mitad del cauce que le está asignado a su jurisdicción, podría considerarse existente sólo en las épocas de sequía*”.

Por lo expuesto, no puede aceptar la Sala que se interprete que la declaratoria de demanialidad que hace el artículo 304 de la Constitución implique afectación de ninguna clase sobre las competencias que antes distintos a la República puedan tener por las actividades desarrolladas en o bajo las aguas. En concreto, las actividades económicas desarrolladas en las aguas son gravables con los impuestos municipales correspondientes, salvo que se trate de un supuesto de excepción expresa. Así se declara.

Para el caso de autos carece de importancia el hecho de que el Estado Zulia no haya incluido bajo la jurisdicción de ninguno de sus municipios la cuenca del Lago de Maracaibo. Cualquiera que sea la razón –sobre lo que esta Sala no se pronunciará– lo cierto es que lo relevante es precisar que quien tenga poder sobre la cuenca del lago o el lecho del río puede ejercerlo sin importar las aguas que se encuentren en tales lugares.

En efecto, aunque el representante de las empresas mencionadas ha sostenido que en esta materia no es aplicable la teoría del establecimiento permanente, estima la Sala que sí lo es.

Debe recordarse que, en materia tributaria municipal, constituyó un avance jurisprudencial la introducción de la figura del establecimiento permanente, la cual significó un cese o mitigación de la múltiple imposición interna sobre actividades inter jurisdiccionales, precisamente porque esa noción lleva aparejada la consecuencia de que lo que termina por ser relevante no es, en todos los casos, el Municipio en el cual se ejerce la actividad, sino aquél desde donde ella se ejerce, entendido esta última expresión como atributiva de potestad impositiva a la jurisdicción en la cual el contribuyente fije una presencia física estable, desde donde ejerza la actividad (el “establecimiento permanente”).

De manera que si una empresa tiene un establecimiento en un Municipio, aunque desarrolle una actividad en otro lugar, en principio puede válidamente ser gravada por el Municipio del establecimiento permanente. Si esta norma ha sido aceptada para evitar que dos o más Municipios pretendan gravar la misma actividad económica, sin que se dé coordinación o división de base imponible entre ellos. Pretender que se debe obviar tal regla porque de su aplicación resultará que una actividad económica será gravada al menos por un Municipio –en vez de quedar completamente no sujeta en razón de que se atiende sólo al lugar en donde se ejecute- constituiría una discriminación para con otros operadores de campos petroleros que no tengan la ventaja de actuar en territorios cubiertos por aguas.

No hay, pues, razón jurídica ni lógica para excluir en estos casos la herramienta de armonización que significa el establecimiento permanente, menos aún cuando esa noción está ya arraigada en materia de tributación. Quedará al criterio del legislador nacional, cuando regule la hacienda pública municipal, proveer la definición más apropiada de “establecimiento permanente”, a los fines de la tributación municipal, ya que se trata de uno de los elementos que constituye factor de conexión con el derecho de imposición de una jurisdicción municipal, frente a otra. Reitera la Sala el criterio sostenido en sentencia del 6 de octubre de 2003, en el sentido de que la aceptación de dicho factor de conexión no significa pretender desconocer el lugar donde efectivamente se ejecuta una actividad económica como el más relevante a los fines de reconocer poder tributario a un Municipio, frente a otros que también lo disputen, pues cuando ese lugar pueda ser atribuido a una jurisdicción municipal determinada y, de la misma manera, el ejercicio de la actividad no deje dudas acerca del lugar donde se está ejecutando –en el caso de ciertos servicios o construcción de obras, por ejemplo- ese lugar de la ejecución de la actividad deberá ser el primordial a la hora de atribuir derecho de imposición a un municipio determinado.

La Sala destaca lo mismo que el recurrente del expediente 2306, respecto a que la mayor parte de quienes sostienen la imposibilidad de gravar a las empresas de servicios que operan en el Lago de Maracaibo hayan dejado de lado la tesis del establecimiento permanente. Resulta extraño ese abandono, cuando esa figura incluso ha sido en ocasiones exageradamente utilizada por la doctrina tributaria y alabada continuamente. Pareciera que la existencia de las aguas nubló el entendimiento de la situación, no dejando lugar para ninguna otra consideración.

Aceptar que ningún municipio zuliano puede exigir impuestos por actividades que se extiendan hacia el Lago de Maracaibo por el hecho de que su cuenca no es parte de su territorio, implica desconocer que el establecimiento permanente en tierra es suficiente para lograr la imputación de la actividad. Como sostuvo el primero de los recurrentes: la tesis del establecimiento permanente no significa que se desentienda el Derecho del principio de la territorialidad; simplemente que se exige un tributo a través de un elemento diferente al lugar de efectivo desarrollo de la actividad.

Esta Sala destacó la utilidad de la figura en materia tributaria municipal, declarando que si bien se trata de una herramienta útil, no es la única relevante a los fines de fijar la jurisdicción competente a los efectos de la tributación sobre una actividad económica. El concepto es de imprescindible referencia cuando resulte casi imposible determinar el lugar preciso en el cual se ejecuta la actividad económica (caso de las actividades que comportan compra-venta de bienes efectuada con puntos de contacto entre distintas jurisdicciones municipales) o cuando, como en el presente caso, no se puede precisar el Municipio con jurisdicción concreta sobre el lugar en el cual se ejerce una actividad que, como es el caso de los servicios, resulta de relativamente fácil constatación fáctica el lugar de ejecución de las prestaciones de “hacer” que comportan.

Por tanto, la Sala comparte el parecer expuesto en el recurso presentado por el Alcalde del Municipio Simón Bolívar, en el sentido de que si bien ningún municipio zuliano tiene territorio en la cuenca del Lago de Maracaibo, sí podría cualquiera de ellos gravar a las empresas prestadoras de servicios a la industria de los hidrocarburos, en el caso en que *“el contribuyente tenga fijado su ‘establecimiento permanente’ (en el sentido más tradicional en imposición municipal venezolana, entendido como ‘sucursal’, ‘oficina’, ‘local’), con lo que “atrae para sí todos los ingresos que le reporten esas actividades al respectivo contribuyente”.*

Por lo expuesto, esta Sala declara que el artículo 304 de la Constitución de la República debe ser interpretado en el sentido exacto de su letra: que las aguas son del dominio público de la República, aprovechables en beneficio colectivo. Ese dominio ejercido por el Poder Nacional no acepta la exclusión del poder de los otros entes territoriales –en especial los municipios, a través de los impuestos sobre actividades económicas- sobre las actividades que se desarrollen en o bajo las mismas, salvo excepción expresa.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la Ley:

PRIMERO: Declara **RESUELTA** las solicitudes de interpretación constitucional presentadas por **Franklin Duno Petit**, Alcalde del Municipio Simón Bolívar del Estado Zulia, asistido por la abogada Adriana Vigilancia García, y por las empresas **BJ Services de Venezuela, C.A.**, **Nimir Petroleum Venezuela B.V.**, **Baker Hughes de Venezuela, S.A.** y Servicios Halliburton de Venezuela, S.A., representadas por el abogado Rafael Chavero Gazdik, respecto de los artículos 156, 180 y 304 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los términos expresados en este fallo, que se resumen de la siguiente forma:

- 1) La declaratoria de las aguas como bienes del dominio público de la Nación, realizada por el artículo 304 de la Constitución, debe ser interpretada en el sentido de que Nación es sinónimo de República.
- 2) Esa declaratoria de demanialidad no tiene efecto alguno sobre las potestades tributarias que puedan corresponder a los entes político-territoriales, por lo que no puede servir de base para excluir de la imposición municipal a las actividades económicas que se desarrollen en o bajo las aguas. Tal declaratoria sólo tiene como consecuencia la aplicación a las aguas del régimen legal del dominio público...

VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA**1. El Procedimiento Administrativo: Principio de la confianza legítima (buena fe)****TSJ-SPA (87)****11-2-2004**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Instituto Universitario Politécnico "Santiago Mariño" (IUPSM) vs. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

El principio de la buena fe (confianza legítima) es aplicable a todas las relaciones jurídico administrativas, limitando el comportamiento de los sujetos que forman parte de ella, esto es, tanto para la Administración como para el administrado, quien debe actuar dentro de los límites de sus derechos y libertades.

Planteado lo anterior, esta Sala no deja de advertir que en este caso, la institución recurrente incurrió en una grave irregularidad, lo que generó la violación del principio de buena fe de los estudiantes que venían cursando las carreras no autorizadas, originándoles consecuencias perjudiciales y vista dicha situación violatoria de un derecho constitucional, como lo es el de la educación, la Administración quiso salvaguardar el derecho al estudio del alumno afectado tomando las medidas pertinentes.

En efecto, en el presente caso, el Instituto Universitario Politécnico "Santiago Mariño" vulneró el principio de la buena fe, también conocido como principio de la confianza legítima de los alumnos afectados por la actuación irregular del Instituto Universitario, quienes iniciaron sus estudios basados en la creencia de una conducta leal o correcta del mismo en el cumplimiento de sus obligaciones.

Como ha precisado la Doctrina, la buena fe, como las buenas costumbres, constituye una vía de comunicación del Derecho con la Moral. El legislador en su labor de creación de normas jurídicas no puede prever todas las exigencias éticas de comportamiento, lo que puede generar que alguna conducta jurídicamente correcta, moralmente sea recusable. Es por ello que la buena fe, aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al ordenamiento, informan la labor interpretativa y constituyen instrumento decisivo de integración de la labor hermenéutica en el Derecho. Asimismo, debe destacarse que este principio es aplicable a todas las relaciones jurídico administrativas, limitando el comportamiento de los sujetos que forman parte de ella, esto es, tanto para la Administración como para el administrado, quien debe actuar dentro de los límites de sus derechos y libertades.

La buena fe, significa confianza, seguridad y honorabilidad, se refiere a que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de otra en el comportamiento de sus obligaciones, fiado en que ésta no lo engañará. La buena fe significa que el hombre cree y confía que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos análogos. (Vid. González Pérez, Jesús, *El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo*, 2ª Edición, Editorial Civitas, Madrid. 1989.)

Debe indicarse que la noción de buena fe en el ámbito jurídico no hace referencia a toda confianza psicológicamente cierta, sino sólo a aquella que además de existir en sentido psicológico, es válida en sentido jurídico por no encontrar en los usos sociales o en Derecho un límite.

En el presente caso, aprecia la Sala que el Instituto Universitario vulneró la buena fe de los alumnos, al ofrecer carreras distintas a las autorizadas, con el riesgo que dichos estudios no tuvieran el reconocimiento legal por parte del Ministerio de Educación, ni de ninguna Institución Superior y no podría ser objeto de equivalencias, quedando en juego el derecho al estudio de los estudiantes cursantes de dichas carreras.

Por otra parte, si bien es cierto que los alumnos afectados por la actuación del Instituto Universitario, pueden ejercer las acciones pertinentes contra el Instituto Universitario por los daños y perjuicios que pudieron ocasionarse por la conducta ilegal del Instituto al impartir carreras para las cuales no estaba autorizado, de tal forma que puedan obtener una indemnización por los gastos ocasionados por los costos matriculares, de transporte y estadía y cualquier otro que se hubiese generado con motivo de la transferencia de cada alumno afectado, ello implica una carga muy onerosa y de tiempo para los afectados, quienes se inscribieron en dicho Instituto Universitario, confiando que las carreras a cursar contaban con las respectivas autorizaciones.

En consecuencia, los costos ocasionados a los alumnos afectados estaban implícitos en el hecho mismo del ofrecimiento ilegal de los estudios, por lo que lo correcto, en este caso, es que el pago de los gastos deba ser asumido por la Institución que indujo los mismos. Es por ello que considera la Sala que el Instituto Universitario Politécnico “Santiago Mariño” debe asumir los gastos que se generen por el traslado de los alumnos afectados a otras Instituciones Universitarias, ya que los mismos fueron ocasionados por su actuación irregular, toda vez que lo contrario, constituiría una situación injusta para los alumnos afectados. Así se decide.

TSJ-SC (442)

23-3-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Revisión de sentencia (Ismael García)

Con respecto a los principios de buena fe y de confianza legítima, la Sala considera que no son aplicables en la constatación de la validez de actos de participación política, donde debe verificarse la autenticidad de quienes manifestaron su voluntad de solicitar la revocatoria del mandato del Presidente de la República, y también la voluntad de quienes no se adhieren al referendo petitionado. No siendo tal voluntad un ejercicio de derechos civiles regidos por la autonomía y del principio contractual de derecho privado, corresponde al Consejo Nacional Electoral garantizar, por medio de su competencia inquisitiva, propia de la Administración Pública, que la voluntad del electorado se ajuste a la manifestación propia de lo querido por ésta para el funcionamiento del principio democrático. La Sala no encuentra, por tanto, que el Consejo Nacional Electoral haya incurrido en violación de los artículos 24 (irretroactividad de la ley) y 49, 1 y 2 (debido proceso y presunción de inocencia), y así también se declara.

2. *Actos Administrativos*

A. *Vicios. Vicio de forma. Inmotivación*

TSJ-SPA ACC (00389)

22-4-2004

Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi

Caso: Omar Arenas Candelo vs. Consejo de la Judicatura

La motivación constituye un elemento sustancial para la validez del acto ya que la ausencia de causa o fundamentos abre campo para el arbitrio del funcionario, pues en tal situación jamás podrán los administrados saber el por qué se les privó de sus derechos o se le sanciona. Corolario de lo precedentemente expuesto, es que la motivación del acto permite el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos, constituyéndose en garantía de los derechos de los administrados, por lo que todo acto administrativo viciado de inmotivación, conlleva a su vez la lógica consecuencia de su nulidad absoluta.

1.- Del acto administrativo impugnado

La Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece en su artículo 18 los requisitos mínimos que debe contener todo acto administrativo para ser válido. Así, la Ley establece:

Artículo 18.- Todo acto administrativo deberá contener:

(omissis...)

5. Expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes.

En efecto, una de las condiciones de validez de los actos administrativos, es la motivación del acto. La motivación del acto administrativo es la exposición de las razones que han movido a la Administración a tomar el acuerdo en que el acto consiste. El motivo del acto administrativo está configurado por las situaciones de hecho que autorizan la actuación del órgano o del funcionario que dicta el acto, y que coincidan con las previstas en los supuestos de hecho que motivan legalmente la actuación.

Ha precisado esta Sala en diferentes oportunidades, que toda resolución administrativa resulta motivada cuando contiene los principales elementos de hecho y de derecho, esto es, cuando contemple el asunto debatido y su principal fundamentación legal, de modo que el interesado pueda conocer el razonamiento de la Administración y lo que la llevó a tomar la decisión.

Es doctrina pacífica y jurisprudencia reiterada por este Supremo Tribunal que la insuficiente inmotivación de los actos administrativos, sólo da lugar a su nulidad cuando no permite a los interesados conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron los motivos en que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión, pero no cuando, a pesar de la sucinta motivación, ciertamente, permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por el funcionario.

La motivación que supone toda resolución administrativa no es necesariamente el hecho de contener dentro del texto que la concreta, una exposición analítica o de expresar los datos o razonamientos en que se funda de manera discriminada; pues una resolución puede considerarse motivada cuando ha sido expedida con base en hechos, datos o cifras concretas y cuando estos consten efectivamente y de manera explícita en el expediente. La motivación del acto puede ser anterior o concomitante, y puede, estar en el contenido de la norma cuya aplicación se trata si su supuesto es unívoco o simple, es decir, si no llegare a prestarles dudas por parte del interesado. (Entre otras, véase sentencia de esta Sala Político Administrativa de 3 de agosto de 2000, número 01815. Ponente: Magistrado Yolanda Jaimes Guerrero).

Es fundamental la motivación del acto administrativo, ya que como lo señaló la doctrina francesa “*motivar una decisión es expresar sus razones y por eso es obligar al que la toma a tenerlas. Es alejar todo arbitrio*”. (T. Sauvel citado por C. Perelman. *Lógica Jurídica y Nueva Retórica*, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 202).

Este particular ya ha sido establecido por este Alto Tribunal, al señalar:

"En general, todo acto administrativo para que pueda ser dictado, requiere: a) que el órgano tenga competencia; b) que una norma expresa autorice la actuación; c) que el funcionario interprete adecuadamente esa norma; d) que constate la existencia de una serie de hechos del caso concreto, y e) que esos supuestos de hecho concuerden con la norma y con los presupuestos de hecho. Todo ello es lo que puede conducir a la manifestación de voluntad que se materializa en el acto administrativo. En tal sentido, los presupuestos fácticos o los supuestos de hecho del acto administrativo son la causa o motivo de que, en cada caso, el acto se dicte. Este requisito de fondo de los actos administrativos es quizás el más importante que se prevén para el control de la legalidad de los actos administrativos a los efectos de que no se convierta en arbitraria la actuación de un funcionario. Por ello, la Administración está obligada a comprobar adecuadamente los hechos y a calificarlos para subsumirlos en el presupuesto de derecho que autoriza la actuación. No puede, por tanto, la Administración, dictar actos fundados en hechos que no ha comprobado. La necesidad de comprobar los hechos como base de la acción administrativa y del elemento causa está establecida expresamente en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos". (Sentencia de la Sala Político Administrativa de 20 de julio de 2000. Sentencia n° 01705. Ponente. Carlos ESCARRÁ MALAVÉ).

Si bien es cierto que la exigencia del requisito de motivación de los actos administrativos no implica la obligación de expresar todas y cada una de las razones de hecho y de derecho que fundamentaron la emisión del mismo, sí requiere la mención de los elementos principales del asunto debatido y del derecho aplicable, pues de lo contrario se constituiría el vicio formal de inmotivación y se impediría a la autoridad competente el control de la legalidad de los motivos del acto con posterioridad a su emisión. *La Administración está entonces obligada a declarar los motivos cuando toma una decisión.*

Por consiguiente, el acto administrativo impugnado en el presente caso, requiere como uno de sus elementos constitutivos la motivación donde aparezcan los fundamentos de hecho que tuvo en consideración el extinto Consejo de la Judicatura para tomar la decisión de no reelegir a un determinado juez. Así lo imponía no sólo la naturaleza del acto sino la garantía constitucional de la defensa de que debe gozar todo ciudadano frente a los actos de los poderes públicos.

En este sentido este Despacho verifica que la Resolución número 9 de 7 de junio de 1980, únicamente señala en su encabezado el siguiente argumento:

"Resuelto: El Consejo de la Judicatura en ejercicio de la atribución que le confieren las letras a) y b) del artículo 121 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, hace las siguientes designaciones para la Circunscripción del Distrito Federal y Estado Miranda:..."

Y a continuación se verifica la lista de nuevos jueces designados, entre los que está la designación de la jueza Rosa Rosales de Rodríguez, con sus respectivos suplentes en el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda.

Así, el acto impugnado efectivamente no contiene elementos de hecho ni de derecho que permitan conocer al interesado las razones por las cuales no fue ratificado en su cargo. Simplemente se colige que en el Juzgado Décimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda fue designada una persona distinta a quien para esa fecha era su titular, el ciudadano OMAR ARENAS CANDELO.

Tal afirmación incluso ha sido aceptada por ambas partes, en razón que en ningún momento, el extinto Consejo de la Judicatura negó que el recurrente fuese el titular del cargo de Juez Décimo de Primera Instancia en lo Penal de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda.

Efectivamente, el acto no señala ningún elemento, ninguna razón objetiva que permita una información acerca del por qué no fue ratificado el mencionado ciudadano. Por ende, es necesario señalar que la actividad administrativa necesariamente requiere de algún motivo para que la misma tenga efectos. La Administración mal podría actuar deliberadamente, incluso, en los casos de actividades discrecionales, sin tener un motivo que lo mueva a conseguir el fin específico.

Todo acto administrativo necesariamente debe estar motivado, tal como lo establece la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ya que la Administración no puede actuar caprichosamente –máxime si el acto desmejora la condición de un sujeto-, sino que tiene que hacerlo, necesariamente, tomando en consideración las circunstancias de hecho que se correspondan con base legal que autoricen su actuación. En esta línea argumental esta Sala ha dejado señalado:

“La jurisprudencia ha dejado sentado que éste se produce cuando no es posible conocer cuáles fueron los motivos del acto y sus fundamentos legales, o cuando los motivos del acto se destruyen entre sí, por ser contrarios o contradictorios. La insuficiente motivación de los actos administrativos, sólo da lugar a su nulidad cuando no permite a los interesados conocer los fundamentos legales y los supuestos de hecho que constituyeron los motivos en que se apoyó el órgano administrativo para dictar la decisión, pero no cuando, a pesar de su sucinta motivación, permite conocer la fuente legal, las razones y los hechos apreciados por la Administración”. (Sentencia de la Sala Político Administrativa, del 19 de septiembre de 2002, número 01117. Ponente: Levis Ignacio ZERPA).

Tales hechos y expresiones por su contenido general e impreciso, no pueden asimilarse a la forzosamente necesaria motivación para que la no reelección de un juez se produzca. Motivación que, como ya señalara esta Sala Político Administrativa, en decisión de 2 de diciembre de 1982 (Caso Depositaria Judicial en ponencia del Magistrado Luis Enrique FARÍAS MATA), es particularmente exigible en los actos predominantemente discrecionales, discrecionalidad esta consagrada en el artículo 11 de la Ley del Poder Judicial de 1948, vigente para la fecha en que se produjo la remoción del recurrente.

La ausencia de motivación vicia esos actos administrativos de falsedad en la causa y los hace anulables, sin que quepa alegar una pretendida discrecionalidad técnica, como lo alega la representación del Consejo de la Judicatura (folio 72 al 74 y 106).

En efecto, la discrecionalidad técnica es aplicable cuando la Administración tenga atribuida la competencia para dictar actos que requieran la aplicación de conocimientos especializados de distintas disciplinas, por lo que, la decisión que adopte la Administración, va a depender del criterio técnico que los especialistas en esa área científica determinen; la autoridad administrativa competente tiene atribuido un poder discrecional con un contenido técnico, y según la doctrina creadora de esta tesis –CAMMEO, PRESUTTI, MORATTI y la vieja Escuela del Derecho administrativo italiano- debido a que los indicados criterios técnicos forman parte del margen de libertad de elección de la Administración este tipo de discrecionalidad estará exenta de control judicial (José Peña Solís, “El Principio de Legalidad y la Discrecionalidad Administrativa en Venezuela”, *Contraloría General de la República. Fondo Editorial 60 años*, Caracas, 1998, p. 71 y 72).

Vale decir que la teoría de la discrecionalidad técnica no ha tenido acogida jurisprudencial en Venezuela, ya que carece de fundamentación en el Derecho positivo. Algunos doctrinarios patrios (BREWER CARÍAS, PÉREZ LUCIANI) han defendido la posición, mientras que otros más bien la rechazan (RONDÓN de SANSÓ, PEÑA SOLIS), pero lo cierto es que la misma no ha tenido receptividad en la jurisprudencia contencioso administrativa venezolana, puesto que como se ha señalado, esta figura no constituye forma alguna de apreciación valorativa por parte del órgano administrativo, por cuanto con la misma no le es dado determinar la oportunidad y conveniencia del acto, y no escapa del control del conten-

cioso administrativo, en razón que el juez podrá verificar si el juicio técnico se realizó o no y si fue correcto o no (Hildegard Rondón De Sansó, *Teoría General de la Actividad Administrativa*, Ediciones Liber, Caracas, 2000, p. 74).

En todo caso, el hecho que la discrecionalidad sea técnica o administrativa no exime a la Administración de motivar sus actos. En efecto, como ya se señaló *supra*, la Administración tiene la obligación de motivar *todos* sus actos administrativos, salvo que sean de mero trámite, y ello no excluye a los actos dictados con base a la discutida y cuestionada teoría de la discrecionalidad técnica. El hecho que la Administración utilice criterios técnicos para dictar ciertas resoluciones, no le permite dictarlos sin motivar aquellos.

Más aún, en el caso en concreto, donde el acto impugnado no reeligió a un funcionario judicial, sin señalar las razones ni los parámetros utilizados para esa decisión, mal puede argumentarse una aparente discrecionalidad técnica, puesto que no se requiere de una especialidad técnica para designar a un juez o no reelegir a otro, sino mas bien la decisión deberá atender a los parámetros establecidos en las leyes.

En definitiva, hay inmotivación ante un incumplimiento total de la Administración de señalar las razones que tuvo en cuenta para resolver; en cambio, no hay inmotivación cuando el interesado, los órganos administrativos o jurisdiccionales al revisar la decisión pueden inferir cuáles son las normas y hechos que sirvieron de fundamento de la decisión. En fin, no se trata de una exposición rigurosamente analítica o de expresar cada uno de los datos o de los argumentos que se funda de una manera extensa y discriminada, puesto que se ha llegado a considerar suficientemente motivado un acto cuando ha sido expedido con base a hechos, datos o cifras ciertas que consten de manera expresa en el expediente, o incluso, cuando la motivación se desprenda del mismo expediente administrativo, siempre que el destinatario del acto administrativo haya tenido el necesario acceso a tales elementos.

Por tanto, considera esta Sala Político-Administrativa Accidental que la motivación constituye un elemento sustancial para la validez del acto ya que la ausencia de causa o fundamentos abre campo para el arbitrio del funcionario, pues en tal situación jamás podrán los administrados saber el por qué se les privó de sus derechos o se le sanciona. Corolario de lo precedentemente expuesto, es que la motivación del acto permite el control jurisdiccional sobre la exactitud de los motivos, constituyéndose en garantía de los derechos de los administrados, por lo que todo acto administrativo viciado de inmotivación, conlleva a su vez la lógica consecuencia de su nulidad absoluta.

Por otra parte, si un acto administrativo no contiene en su cuerpo la inmotivación, el juez contencioso-administrativo está en la obligación de revisar los autos a fin de verificar si de los mismos se desprenden los motivos que dieron vida al acto administrativo. En ese sentido, esta Sala dictaminó en su oportunidad:

En efecto, no es necesario que la motivación constara en el texto del propio acto impugnado –aunque ello sea lo más adecuado–, sino que igualmente podría reemplazarse con actas u otros instrumentos que se desprendan del expediente administrativo y de los autos en general. En esta forma se dejaba abierta para el extinto Consejo de la Judicatura la posibilidad de otorgar los elementos probatorios pertinentes de la motivación omitida, aún durante la secuela del proceso de impugnación del correspondiente acto administrativo. Más no consta de los autos ninguna actuación ni deliberación específica del Cuerpo de Judicatura relacionada con la no reelección del juez Omar ARENAS CANDELO.

No puede soslayar esta Sala Político-Administrativa Accidental el hecho de que, en anteriores oportunidades ya la propia Sala ha declarado la nulidad parcial de la referida decisión número 9 de 7 de junio de 1980, por cuanto es el mismo supuesto jurídico del presente caso. Esto quiere decir, que la cuestionada Resolución está viciada de nulidad por falta de

motivación. En ese sentido, las sentencias de 7 de junio de 1982, caso Héctor Zamora Izquierdo, con ponencia del Magistrado René DE SOLA y 16 de mayo de 1983, caso Horacio Morales Longart, con ponencia del Magistrado Luís Henrique FARÍAS MATA, señalaron que la motivación es “*particularmente exigible en los actos predominantemente discrecionales*” (Caso Horacio Morales Longart). Criterio al cual se acoge este Despacho.

En efecto, la sentencia de 7 de junio de 1982 expresa textualmente:

“Ahora bien, consideró la Corte entonces –y hoy lo ratifica- que no era necesario, sin embargo, que la motivación apareciera en el texto del propio acto impugnado, sino que igualmente podría suplirse por actas u otros instrumentos idóneos. En esta forma se dejaba abierta para el Consejo de la Judicatura la posibilidad de hacer las pruebas pertinentes de la motivación omitida, aún durante la secuela del proceso de impugnación del correspondiente acto administrativo.

(...) Ya antes quedó dicho que al pedido del expediente administrativo, el Consejo de la Judicatura respondió con el simple envío del acta de la sesión plenaria durante la cual fueron designados los jueces y Defensores Públicos de Pesos para el período 1979-1984, y, ante la reiteración de esta Sala, remitió posteriormente copias certificadas de “documentos relacionados con el Tribunal del cual era titular el Dr. Héctor Zamora Izquierdo.

Fuera de los instrumentos en referencia, ningún otro aporte probatorio hizo el Consejo de la Judicatura.

Examinados los reiterados por esta Sala, se observa que ninguna motivación aparecer allí cerca de la no reelección del Dr. Héctor Zamora Izquierdo para el desempeño del cargo del cual era titular.

(...) El análisis objetivo del material probatorio que corre a los autos lleva a esta Sala a la clara conclusión de la existencia de las bases legales requeridas para la decisión tomada por el Consejo de la Judicatura de no reelegir al recurrente Dr. Héctor Zamora Izquierdo, quien –según quedó demostrado- ha observado conducta intachable y demostrado eficiencia en el desempeño del cargo, circunstancias éstas que le confieren el derecho preferente a continuar en el mismo cargo o a pasar a otro de igual o superior jerarquía”.

Efectivamente, comparativamente aconteció en las situaciones anotadas que en el presente caso se verifica a este tenor, puesto que el acto cuestionado adolecía de una ausencia absoluta de motivación; no se remitieron a esta Sala Político Administrativa Accidental elementos probatorios que permitieran dar un indicio acerca del motivo que dio lugar al acto; y meramente se remitió copia del acta de nombramiento de nuevos jueces.

No existiendo, entonces, constancia en autos de las motivaciones que justificaron el proceder del órgano designante, es forzoso para esta Sala Político Administrativa Accidental, declarar como en efecto se hace, la nulidad absoluta de la Resolución número 9 de 7 de junio de 1980 emanado del extinto Consejo de la Judicatura, en cuanto a todo aquello que afecte al recurrente, por estar el acto administrativo cuestionado viciado de ilegalidad por inmotivación, en consideración a los elementos legales señalados, y a la propia jurisprudencia de esta Sala Político Administrativa. Así se declara.

3. Contratos Administrativos

A. Competencia Tribunal Supremo de Justicia. Sala Político Administrativa

TSJ-SPA (00357)

14-4-2004

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Empresa Constructora Irpresent vs. Alcaldía San Carlos de Austria del Estado Cojedes.

Los contratos bajo estudio son de naturaleza administrativa, en consecuencia de lo cual se estima que efectivamente, les resulta aplicable la norma contenida en el ordinal 14, del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual otorga a esta Sala la competencia para conocer de las acciones de cualquier naturaleza que se interpongan con ocasión de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos celebrados por la República los Estados o los Municipios.

Mediante escrito de fecha 2 de octubre de 2003, el abogado **ELIAS PINTO OSORIO**, antes identificado, actuando en su carácter de apoderado judicial del Ciudadano **DANIEL CABRERA HERNÁNDEZ**, también identificado, en representación de la Firma Personal **EMPRESA CONSTRUCTORA IRPRESENT**, igualmente identificada, demandó a la **ALCALDÍA SAN CARLOS DE AUSTRIA DEL ESTADO COJEDES**, por cobro de bolívares, derivados de los contratos: "...a) Contrato n° CM-P99-020 de fecha 23 de diciembre de 1999, consistente en la Pavimentación de la Calle El Canal, Brisas Las Margarita de la Ciudad de San Carlos de Austria, b) Contrato n° CM-P99-016 de fecha 31 de diciembre de 1999, consistente en la Construcción de Drenaje en el Complejo Deportivo Luis "Paiza" Salcedo, c) Contrato n° CM-P99-021 de fecha 23 de diciembre de 1999, consistente en la Pavimentación de la Calle Ciega; Barrio Los Samanes I de la Ciudad de San Carlos, y d) Contrato n° CM-P99-031 de fecha 14 de diciembre de 1999, consistente en la Construcción de Aceras en la Ciudad de San Carlos..".

Por decisión de fecha 17 de noviembre de 2003, el Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario, del Trabajo y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, se declaró incompetente para conocer y decidir la presente causa de conformidad con el artículo 42, ordinal 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y en consecuencia, declinó la competencia ante esta Sala, por tratarse de contratos de naturaleza administrativa.

Por auto de fecha 27 de noviembre de 2003, el tribunal de la causa, ordenó remitir las actuaciones de la presente causa a la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en virtud de que dicha decisión no fue objeto de impugnación alguna.

COMPETENCIA DE LA SALA

En el presente caso, la parte actora demandó a la Alcaldía del Municipio San Carlos de Austria del Estado Cojedes, por cobro de bolívares.

En tal sentido el Juzgado Primero de Primera Instancia Civil, Mercantil, Agrario, del Trabajo y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Cojedes, declaró que esta Sala es la competente para conocer de la causa, vista la naturaleza administrativa de los contratos cuyo cumplimiento se reclama.

Al respecto, se observa que:

El ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece:

"Es de la competencia como más alto Tribunal de la República:

14. Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades".

La referida norma en concordancia con el artículo 43 *eiusdem*, determina la competencia de esta Sala para conocer del presente asunto.

En efecto, el artículo transcrito consagra la competencia de esa Sala para conocer de cualquier acción que se interponga, referente a los contratos administrativos en los que sean parte los entes político-territoriales mencionados en la norma, en virtud de lo cual resulta indispensable determinar la naturaleza de los contratos que dio origen a la presente demanda y en tal sentido, se observa:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: a) que una de las partes contratantes sea un ente público; b) que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad pública o servicio público; c) y como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en dichos contratos consideradas como exorbitantes, aun cuando no se encuentren expresamente plasmadas tales características en el texto de los mismos.

En el presente caso, se evidencia del expediente que los contratos que dieron origen a la demanda cumplen con las características arriba señaladas, toda vez que: una de las partes es un órgano público, perteneciente a uno de los entes políticos-territoriales mencionados en la disposición antes citada, como lo es la Alcaldía del Municipio San Carlos de Austria del Estado Cojedes y los contratos tienen por objeto: "...a) Contrato n° CM-P99-020 de fecha 23 de diciembre de 1999, consistente en la Pavimentación de la Calle El Canal, Brisas Las Margarita de la Ciudad de San Carlos de Austria, b) Contrato n° CM-P99-016 de fecha 31 de diciembre de 1999, consistente en la Construcción de Drenaje en el Complejo Deportivo Luis "Paisa" Salcedo, c) Contrato n° CM-P99-021 de fecha 23 de diciembre de 1999, consistente en la Pavimentación de la Calle Ciega; Barrio Los Samanes I de la Ciudad de San Carlos, y d) Contrato n° CM-P99-031 de fecha 14 de diciembre de 1999, consistente en la Construcción de Aceras en la Ciudad de San Carlos.", de evidente utilidad o interés público.

En razón de lo antes expuesto, concluye esta Sala que los contratos bajo estudio son de naturaleza administrativa, en consecuencia de lo cual estima que efectivamente, resulta aplicable al presente caso la norma contenida en el ordinal 14, del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la cual otorga a esta Sala la competencia para conocer de las acciones de cualquier naturaleza que se interpongan con ocasión de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos celebrados por la República los Estados o los Municipios. Así se decide.

TSJ-SPA ACC (00186)

9-3-2004

Magistrado Ponente: Teodoro Correa Aponte

Caso: Constructores Venezolanos Compañía Anónima (COVENCA) vs. Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS).

La Sala, luego de haber efectuado una revisión al criterio jurisprudencial considera que el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, debe ser interpretada de manera restrictiva atribuyéndole a la ley el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador (Artículo 4 del Código Civil venezolano), en el entendido que sólo conocerá de las causas que versen sobre contratos administrativos celebrados por las unidades político territoriales señaladas expresamente en la ci-

tada norma, estos es, la República, los Estados o las Municipalidades. Ello no significa que se pierde el fuero atrayente que sobre dichas causas, por tener implícito un interés público, tiene la jurisdicción contencioso administrativa, pues cuando la causa se refiera a contratos celebrados por entidades regionales distintas a las citadas en el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, corresponderá conocer a los tribunales de primera instancia de esta jurisdicción especial, es decir, los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo.

El 30 de noviembre del 2002, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia declaró procedente el recurso de revisión interpuesto por la abogada Graciela Gallo de Hudde, en representación de la firma Constructores Venezolanos Compañía Anónima (COVENCA). En virtud de ello la sentencia que pronunció el 12 de diciembre del 2002 la Sala Político-Administrativa fue declarada nula por ser contraria a los principios constitucionales y a la doctrina de esa Sala Constitucional sentada en fallo n° 956, dictada el 1° de junio de 2001; y ordenó remitir esa decisión a la Sala Político-Administrativa para que sentencie la demanda que por cobro de bolívares intentó la recurrente en revisión, contra el Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS).

La Sala Constitucional en orden a un pronunciamiento suyo en ejercicio de su labor interpretativa de la Constitución estableció la imposibilidad de *que se* declare la perención de la instancia ante la inactividad del órgano jurisdiccional después de vista la causa, que dicho criterio debió ser aplicado a partir del 1° de junio de 2001; que en el presente caso se solicitó la revisión de una sentencia de la Sala Político-Administrativa, que declaró la perención después de haber dicho “vistos”, sentencia posterior y contraria al criterio vinculante establecido por la Sala en la sentencia antes dicha, en relación con la constitucionalidad de la declaratoria de perención después de vista la causa, lo que la hace susceptible de revisión de acuerdo con jurisprudencia pacífica y reiterada de la Sala.

Vistas las consideraciones anteriores, esta Sala Político-Administrativa Accidental, observa:

En el presente caso la representación judicial de la sociedad mercantil Constructores Venezolano Compañía Anónima (COVENCA) interpuso demanda por cumplimiento de contrato respecto de una prestación de pago de bolívares contra el Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS). Como quiera que media un contrato de naturaleza administrativa, la Sala Político-Administrativa en un caso semejante: sentencia n° 01205 del 3 de octubre de 2002, Expediente n° 2002 - 0585, ha dictaminado lo siguiente:

"Ahora bien, observa la Sala que el contrato de autos, reúne las características que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido como esenciales a la naturaleza de los contratos administrativos, a saber, que una de las partes contratantes sea un ente público, que el objeto del contrato sea la prestación de un servicio público y como consecuencia de lo anterior, la presencia de cláusulas exorbitantes de la administración, aún cuando no estén expresamente establecidas en el texto de la convención. En efecto, el ente contratante es una persona pública perteneciente a la Administración Pública Descentralizada Municipal el Instituto Municipal de Transporte Colectivo Urbano de Pasajeros del Municipio Maracaibo del Estado Zulia (IMTCUMA), el objeto del contrato es la ejecución de una obra pública, como es el reasfaltado y bacheo en el Barrio San Pedro, Parroquia Manuel Dagnino en el Municipio Maracaibo, y por último existen cláusulas exorbitantes de la administración contratante, como por ejemplo, la potestad de resolución unilateral del contrato. Establecido lo anterior, el ordinal 14 del artículo 42 en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece que corresponde a la Sala Político-Administrativa, 'Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o

resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades’.- Con fundamento en lo expuesto en la mencionada norma, la Sala había venido interpretando en sentido amplio, el fuero atrayente de su competencia para conocer de las causas que versaran sobre contratos administrativos, llegando a pronunciarse en causas en que el ente administrativo contratante era distinto a las unidades político territoriales taxativamente señaladas en la norma antes transcrita.- Sin embargo, el examen detenido de los principios consagrados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; particularmente, del mandato relacionado con la descentralización del Poder Judicial (Artículo 269) como mecanismo que coadyuve a la prestación de servicio de una administración de justicia accesible, expedita y eficaz (Artículo 26 ejusdem), conduce a la Sala a revisar el criterio jurisprudencial antes aludido. Así, el respeto a los señalados principios de eficacia, rapidez y fácil acceso a la justicia, que garantiza el enjuiciamiento constitucional de descentralización del Poder Judicial, exige atender a la conveniencia de que la causa en primera instancia se eleve al conocimiento de un Juez que desempeñe su actividad jurisdiccional en la región donde ocurrieron los hechos garantizándose de esta forma un mayor acceso al expediente por parte de los interesados o sus apoderados, ya que no tienen que trasladarse, sino dentro de su región para revisarlo, lo que igualmente y sin lugar a dudas, supone también un ahorro del tiempo y dinero necesarios para llevar adelante un procedimiento judicial- En concordancia con lo señalado, considera entonces la Sala, que la norma bajo estudio, esto es el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, debe ser interpretada de manera restrictiva atribuyéndole a la ley ‘el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador’ (Artículo 4 del Código Civil venezolano), en el entendido que sólo conocerá de las causas que versen sobre contratos administrativos celebrados por las unidades político territoriales señaladas expresamente en la citada norma, estos es, la República, los Estados o las Municipalidades.- Ello no significa que se pierda el fuero atrayente que sobre dichas causas, por tener implícito un interés público, tiene la jurisdicción contencioso administrativa, pues cuando la causa se refiera a contratos celebrados por entidades regionales distintas a las citadas en el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, corresponderá conocer a los tribunales de primera instancia de esta jurisdicción especial, es decir, los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo. Así se declara. Atendiendo a los motivos que preceden, por cuanto se observa que en el caso de autos se interpuso una demanda por cumplimiento de contrato y cobro de bolívares contra un órgano de la Administración Pública Descentralizada Municipal, específicamente el Instituto Municipal de Transporte Colectivo Urbano de Pasajeros del Municipio Maracaibo del Estado Zulia (IMTCUMA), el competente para conocer y decidir el caso de autos es un Tribunal Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Región Occidental, con sede en Maracaibo a cuya sede se ordena remitir las presentes actuaciones. Así se declara”.

En el caso de autos se produce exactamente la situación de la jurisprudencia transcrita. Por los términos del libelo de la demanda y sin que sobre los mismos se haya dado alguna controversia, se verifica cuál es el objeto de la obra convenida. Dice la actora que “El Instituto Nacional de Obras Sanitarias, INOS, Organismo Oficial Autónomo, creado por Decreto Presidencial (...) con la finalidad de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos de Acueducto y Cloacas de la Ciudad de Maracaibo, contrató a la Empresa Constructores Venezolanos, Compañía Anónima, COVENCA para que ejecutara diversas reparaciones en las tuberías de acueducto y colectores de aguas negras. También le contrató para realizar unos trabajos que revestían carácter de *emergencia, que consistieron* en la operación, mantenimiento, suministro de lubricantes y alquiler de equipos y maquinarias requeridas en la ejecución de esas obras (...)”. Aparte de las facturas acompañadas al libelo, en su mayoría correspondientes al pago por alquiler de maquinarias y equipos, dos de ellas refieren al concepto que constituye la finalidad de la que se dice dueña de la obra, como por ejemplo, “(...) reparación de una aducción en la Carretera de la Cañada, cruce con la carretera de Perijá, Maracaibo (...)”, factura n° 046 - 89; “(...) reparación del Colector de la Avenida El Milagro con la calle n° 97 y la reparación del Colector Cañada La Honda (...)”, Facturas n° 167 - 89 y n° 168 - 89 (...).

Ahora bien, observa esta Sala Político - Administrativa Accidental que en el presente caso la representación judicial de la sociedad mercantil Constructores Venezolanos Compañía Anónima COVENCA interpuso demanda por cumplimiento de contrato y cobro de bolívares, contra el Instituto Nacional de Obras Sanitarias, (INOS), y que el contrato en cuestión reúne las características que tanto la doctrina y la jurisprudencia han entendido como esenciales a la naturaleza de los contratos administrativos, tal como hubo de precisarse *conforme a la jurisprudencia pretranscrita*. Por tanto, *el ordinal 14 del artículo 42 en concordancia con el artículo 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia*, al establecer que corresponde a la Sala Político - Administrativa: "*Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad nulidad validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades*". Los términos de esta disposición deben ser interpretados de manera restrictiva atribuyéndoles "*el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador*" (Artículo 4 del Código Civil), en el entendido que sólo conocerá de las causas que versen sobre contratos administrativos celebrados por las unidades político territoriales señaladas expresamente en la citada norma, esto es, la República, los Estados o las Municipalidades. La competencia sigue siendo de la jurisdicción contencioso administrativa, pues cuando la causa se refiera a contratos celebrados por entidades regionales distintas a las citadas en el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, corresponderá conocer a los tribunales de primera instancia de esta jurisdicción especial, es decir los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso - Administrativo de la respectiva circunscripción judicial, y en alzada a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así se declara.

Con atención a los motivos que preceden, observándose que en el caso de autos se interpuso demanda por cumplimiento de contrato en cobro de bolívares contra un órgano de la administración pública descentralizada, específicamente el Instituto Nacional de Obras Sanitarias (INOS), el competente para conocer y decidir el caso de autos es el Tribunal Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental, con sede en Maracaibo. Con atención a ello y con fundamento en el artículo 84, ordinal 2º, de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia la acción de autos es inadmisibile. Así se declara.

B. *Naturaleza*

TSJ-SPA (500)

20-5-2004

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Inversiones y Desarrollo P & R Compañía Anónima (IN-VERDPRCA) vs. Centro Rafael Urdaneta, S.A. y Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia.

En relación a la naturaleza de los contratos administrativos la doctrina como la jurisprudencia han entendido como esenciales, que una de las partes contratantes sea un ente público, que el objeto del contrato sea la prestación de un servicio público y, como consecuencia de lo anterior, la presencia de cláusulas exorbitantes de la Administración, aún cuando no estén expresamente establecidas en el texto de la convención.

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la competencia para conocer el caso de autos, para lo cual se observa, en primer término, que la acción ejercida versa sobre una demanda por indemnización de daños y perjuicios, lucro cesante y daño emergente, incoada

por los ciudadanos Ninoska Hibet Morales Parra y Clemente Pierro Richetti, actuando este último en su condición de Presidente de la sociedad mercantil Inversiones y Desarrollo P & R Compañía Anónima (INVERDPRCA), contra la sociedad mercantil Corporación Centro Rafael Urdaneta S.A. y la Alcaldía del Municipio Cabimas del Estado Zulia, derivados de la imposibilidad de ejecución del contrato de comodato celebrado entre la ciudadana *supra* mencionada y la referida Alcaldía.

Al respecto, debe advertirse que el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 43 *eiusdem*, señala que corresponde a esta Sala: “Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades”.

La norma en cuestión contiene una cláusula general que le otorga competencia para conocer de toda acción intentada en razón de un contrato administrativo, bien que éste sea el objeto mismo del recurso o bien cuando se impugne una actuación administrativa distinta, pero directamente vinculada a aquél, es decir, con independencia de cuál sea el objeto de la acción y, además, con independencia también de la pretensión esgrimida, sea ésta de índole anulatoria, condenatoria, restitutoria o de cualquier naturaleza distinta.

En el caso de autos, no se ejerce acción alguna referida al contrato de comodato *in commento*, sin embargo, la empresa accionante alega que no ha podido dar cumplimiento a lo establecido en el contrato de comodato, toda vez que la hoy demandada impidió tal actuación; de ello puede deducirse que la acción incoada implica una pretensión relacionada con el incumplimiento del contrato.

Ahora bien, una vez establecido que las reclamaciones de la parte accionante devienen del incumplimiento del referido contrato, debe determinarse la naturaleza del mismo ya que si la pretensión deriva de un contrato administrativo, entonces efectivamente la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, específicamente a esta Sala, y si por el contrario se considera un contrato de derecho privado de la Administración, correspondería a la jurisdicción ordinaria.

Así, debe precisarse que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido como esenciales a la naturaleza de los contratos administrativos, a saber, que una de las partes contratantes sea un ente público, que el objeto del contrato sea la prestación de un servicio público y, como consecuencia de lo anterior, la presencia de cláusulas exorbitantes de la Administración, aún cuando no estén expresamente establecidas en el texto de la convención.

En el caso de autos, a los fines de comprobar si el contrato de comodato cumple con las características de los contratos administrativos, se observa:

1.- El ente contratante es una persona pública perteneciente a la Administración Pública Descentralizada Territorialmente, a saber, el Municipio Cabimas del Estado Portuguesa.

2.- El objeto del contrato versa sobre la construcción de una obra denominada Proyecto Laguna Mall, en el cual estaba previsto la construcción de centros habitacionales, educativos, etc., lo que lleva de suyo la prestación de un servicio público, evidenciándose el interés público que presenta el mismo.

3.- Finalmente, del contenido del contrato de comodato se evidencia la existencia de cláusulas exorbitantes de la administración contratante, entre las cuales destacan las establecidas en las cláusulas cuarta y séptima, referidas a la obligación del comodatario de restituir el terreno objeto de contrato, incluyendo las bienhechurías, sin que el comodante tenga que pagar cantidad alguna por ese concepto, y a que el incumplimiento del comodatario de cualquier obligación estipulada en el contrato, dará derecho al comodante a ejercer las acciones para resolverlo de pleno derecho.

En consecuencia, al estar satisfechos todos los requisitos establecidos en el ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y de conformidad con lo expuesto anteriormente, esta Sala se declara competente para conocer de la demanda incoada. Así se decide.

C. *Características*

TSJ-SPA (0654)

21-4-2004

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: David Goncalves Carrasqueño vs. Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia.

El Tribunal Supremo de Justicia señala los requisitos establecidos por Ley para la existencia de un contrato administrativo.

Mediante escrito de fecha 5 de febrero de 2004, la representación judicial de la parte demandada promovió la cuestión previa contenida en el ordinal 1º del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa a *la falta de jurisdicción del Juez, o la incompetencia de éste, o la litispendencia, o que el asunto debe acumularse a otro proceso por razones de accesoriadad, de conexión o de continencia.*

En tal sentido, manifestó que la Sala Político-Administrativa es incompetente para conocer de la presente acción, por considerar que la demanda intentada en contra de su representado debe ser ventilada por ante los Tribunales Ordinarios como lo prevé la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 183, ordinal 1º, que reza:

“Los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, conocerán en primera instancia, en sus respectivas Circunscripciones Judiciales:

1º de cualquier recurso o acción que se proponga contra los Estados o Municipios;...”

Asimismo, señaló que el demandante contrató con la Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia, con el fin de realizar un proyecto denominado “Gimnasio Cubierto de la Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt”, cuyo pago se debería regir o equiparar, en su decir, al pago de honorarios profesionales.

De igual manera indicó, que aún cuando existen diversidad de criterios para determinar si un contrato es administrativo o no, la doctrina y la jurisprudencia han establecido una serie de características que generalmente de manera concurrente, son determinantes para inferir tal calidad, tales como que el mismo sea suscrito por la Administración Pública, que el objeto del contrato sea la prestación de un servicio público o satisfacer un interés colectivo y la presencia de cláusulas exorbitantes del derecho común.

Al respecto alegó, que en el presente caso no se cumplen las características determinantes o esenciales del contrato administrativo, salvo la de ser su representada un ente de la Administración Pública, toda vez que la misma contrató en condiciones que lo haría cualquier particular con el objetivo de obtener un proyecto de obra, no la obra como tal y que en consecuencia no se está prestando en ningún momento un servicio público de interés alguno para la colectiva tal y como quedó establecido en el libelo.

Del mismo modo, destacó sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, n° 71, de fecha 11 de agosto de 1983, que establece: “Cuando la administración pública celebra convenios con los particulares en un plano de igualdad frente a estos o que no sean determinantes para la realización del servicio público, el conocimiento de los litigios que pueda derivar de ellos compete a los órganos jurisdiccionales ordinarios.”

Finalmente, consideró no estar ante la presencia de un contrato administrativo, al caer el mismo de las características esenciales establecidas jurisprudencial y doctrinariamente, que se deben tomar en cuenta para la determinación de éste tipo de contratos.

Vistos los alegatos aportados por ambas partes, corresponde a la Sala emitir su pronunciamiento.

En tal sentido, aprecia la Sala que la parte demandada opuso la cuestión previa contenida en el ordinal 1° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, relativa a *la falta de jurisdicción del Juez, o la incompetencia de éste, o la litispendencia, o que el asunto debe acumularse a otro proceso por razones de accesoriedad, de conexión o de continencia*, específicamente en este caso, la incompetencia de esta Sala Político-Administrativa para conocer y decidir de la presente demanda, aduciendo que el conocimiento de la misma corresponde, a los tribunales ordinarios tal y como lo prevé la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en su artículo 183, ordinal 1°.

Al respecto, se observa que el artículo 42, ordinal 14 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, establece lo siguiente:

“Es competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:

14. Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades;”

En efecto, el artículo transcrito consagra la competencia de esta Sala para conocer de cualquier acción que se interponga, referente a los contratos administrativos en los que sean parte los entes político-territoriales mencionados en la norma, en virtud de lo cual resulta indispensable determinar la naturaleza del contrato que dio origen a la presente demanda y en tal sentido, se observa:

Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han señalado como características esenciales de los contratos administrativos, las siguientes: (a) que una de las partes contratantes sea un ente público; (b) que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad o servicio público (aspecto éste que puede evidenciarse cuando la actividad contratada resulte importante para la prestación de un servicio público, cuando sea de tal forma inherente o conexas con la actividad pública o de servicio público que sin aquélla no se podría llevar a cabo esta última, o cuando el contrato en cuestión suponga un subsidio evidente a favor del beneficiario del servicio y a cargo de una de las partes contratantes). Como consecuencia de lo anterior, debe entenderse la presencia de ciertas prerrogativas de la administración en dichos contratos, consideradas como exorbitantes, aún cuando no se encuentren expresamente plasmadas en el texto del mismo.

Del análisis del expediente se evidencia, que la demanda incoada tiene como objeto el cumplimiento del contrato referente a la elaboración del proyecto denominado “Gimnasio Cubierto de la Universidad Nacional Experimental Rafael María Baralt”, suscrito entre el actor y la Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia, y en consecuencia el pago del saldo restante del contrato suscrito, es decir, la cantidad de Diez Millones de Bolívares sin Céntimos (Bs. 10.000.000,00), los intereses compensatorios y la corrección monetaria de dicha cantidad, en virtud del incumplimiento de la demandada.

Ahora bien, debe esta Sala precisar la naturaleza del contrato suscrito entre las partes, a los fines de determinar la competencia cuestionada por la representación judicial de la demandada con la interposición de la mencionada cuestión previa.

En este sentido, se observa que el primero de los requisitos exigidos, relativo a que una de las partes contratantes sea un ente público, se encuentra satisfecho al observarse que la parte demandada es la Alcaldía del Municipio Miranda del Estado Zulia, por lo tanto, pasa esta Sala a analizar el resto de los requisitos antes expuestos.

El segundo de los requisitos, relativo a que la finalidad del contrato se encuentre vinculada a una utilidad o servicio público, se observa que la demandada plantea la ausencia de este requisito toda vez que en su decir, lo contratado por el actor no fue una obra propiamente dicha, sino un proyecto de obra, con lo cual basa su argumento en el hecho que el mencionado proyecto no es un servicio público de interés alguno para la colectividad.

En efecto, el contrato versa sobre la elaboración de un proyecto de obra denominado "Gimnasio Cubierto de la Universidad Nacional Experimental", por lo que resulta según la Doctrina y la Jurisprudencia la actividad contratada importante para la prestación de un servicio público.

Ahora bien, para construir una obra de la envergadura contratada, se requiere de un proyecto previo, a tal punto que sin la elaboración de tal proyecto no se podría llevar a cabo la obra, que por su naturaleza presta un servicio público, es por lo que esta Sala concluye que el segundo de los requisitos establecidos para la determinación de un contrato administrativo se encuentra lleno. Así se decide.

Finalmente debe esta Sala determinar la procedencia del tercero de los requisitos, esto es, la existencia de las llamadas cláusulas exorbitantes, de este modo se observa que las prerrogativas concedidas por la Ley a la Administración, aún cuando éstas no estén expresamente plasmadas en el texto del contrato, se consideran insertas en el mismo, por lo cual, la presencia de tales prerrogativas, hace procedente la existencia en el contrato de las cláusulas exorbitantes a que se refiere la Doctrina, por tanto, al estar llenos los extremos relativos a la existencia de un contrato administrativo, debe necesariamente ser aplicado el contenido del ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual le otorga la competencia a esta Sala Político-Administrativa, para conocer y decidir la presente causa. Así se decide.

TSJ-SPA (00339)

29-4-2004

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Cerpa

Caso: James Robert Edgar vs. Alcaldía del Municipio Autónomo Ma-neiro del Estado Nueva Esparta.

Concluye entonces la Sala que una interpretación coherente del ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con los principios contemplados en la nueva Constitución y el sentido original de ese texto legal como instrumento destinado a organizar transitoriamente la jurisdicción contencioso administrativa, conduce a sostener que el conocimiento de causas relacionadas con la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de contratos administrativos celebrados por autoridades municipales sobre terrenos ejidos, corresponde a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo regionales.

Adujo la representación judicial del recurrente en el libelo de demanda, lo siguiente:

Que su representado adquirió del ciudadano Luis Alberto Peraza, titular de la cédula de identidad n° 516.512, previa autorización del Alcalde del Municipio Autónomo Maneiro del Estado Nueva Esparata, en fecha 04 de octubre de 1991, una parcela de terreno propiedad del citado Municipio, situada en el lugar denominado "Cerro El Calvario" en la ciudad de Pampatar, el cual consta de veinte metros (20^m) de frente con cuarenta metros (40^m) de fondo y cuyos linderos son los siguientes: Norte: Caja de Agua; Sur: que es su frente, con carretera en construcción; Este y Oeste: terrenos municipales, mediante documento protocolizado por ante la Oficina de Registro Público del Distrito Maneiro del Estado Nueva Esparata, en fecha 02 de diciembre de 1991, quedando anotado bajo el n° 10, folios 47 al 49, Protocolo Primero, Tomo 22 de los Libros llevados por esa oficina.

Que su causahabiente adquirió a su vez el referido inmueble del Concejo Municipal del Municipio Autónomo Maneiro del Estado Nueva Esparata, según consta de documento protocolizado por ante la Oficina Subalterna de Registro Público del Distrito Maneiro, en fecha 24 de marzo de 1965, quedando anotado bajo el n° 27, folios 40 al 42, Protocolo Primero, Primer Trimestre del señalado año, y que estaba debidamente autorizado por la citada Municipalidad para efectuar la venta del aludido bien, según consta en el Oficio n° 108, de fecha 04 de octubre de 1991, emanado del Alcalde de aquélla.

Que luego de haber adquirido el aludido bien inmueble, el recurrente solicitó al citado Concejo Municipal: a) integrarlo con una parcela colindante al mismo, propiedad del solicitante; b) la constancia de conformidad con las variables urbanas fundamentales; c) permiso para construir sobre las referidas parcelas y d) permiso para ampliar la construcción.

Que todas las solicitudes elevadas fueron debidamente aprobadas por el mencionado ente administrativo, por lo cual se otorgó la integración de los terrenos, se expidió la constancia de conformidad con las variables urbanas fundamentales y se obtuvieron los permisos de construcción y de ampliación de construcción.

Que posteriormente, el referido Consejo Municipal realizó una serie de actos perturbadores de los derechos del recurrente sobre el inmueble en cuestión, revocando los permisos de construcción y ampliación que le fueran otorgados, lo que implicó la paralización de la obra iniciada; razón por la cual, el actor interpuso acción de amparo constitucional ante el Tribunal Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito, Agrario y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Nueva Esparata, el cual fue acordado por decisión de fecha 20 de diciembre de 1993. Que a pesar del mandamiento de amparo acordado a favor del actor, el Concejo Municipal del Municipio Maneiro del Estado Nueva Esparata no cesó de perturbar al ciudadano James Robert Edgar.

Que finalmente, el tantas veces aludido Concejo Municipal, emitió el acto que ahora se recurre, mediante el cual se ordenó estampar en la Oficina Subalterna de Registro Público del Distrito Maneiro, las respectivas notas marginales en los documentos de protocolización correspondientes a los lotes de terreno propiedad del recurrente, en virtud de la reivindicación que de la misma se aprobara, en sesión de fecha 24 de noviembre de 1993.

Que la citada providencia administrativa era nula, por incurrir en los vicios de falso supuesto de hecho y de derecho y desviación de poder, entre otros

MOTIVACIONES PARA DECIDIR

La controversia que ha dado lugar al presente juicio, versa sobre la reivindicación de un terreno ejido propiedad del Municipio Autónomo Maneiro del Estado Nueva Esparata, el cual había sido enajenado mediante la celebración de un contrato administrativo, suscrito entre la citada Municipalidad y el ciudadano Luis Alberto Peraza, antes identificado, de quien lo adquirió posteriormente el actor.

Advierte la Sala, que a raíz de la entrada en vigencia del nuevo Texto Fundamental, la Sala reinterpreto el contenido del ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en relación con los contratos administrativos que versan sobre terrenos ejidos; en tal sentido, en sentencia n° 392 de fecha 05 de marzo de 2002, Caso: Otilia Josefina Gallardo Camaripano vs. Municipio Francisco de Miranda del Estado Guárico, dispuso:

(...)Ahora bien, ese criterio en extremo rígido, centraliza en la Sala Político-Administrativa el conocimiento del contencioso de todos los contratos administrativos, entre estos, los contratos que versan sobre terrenos de origen ejidal, apartándose del verdadero sentido del texto legal en referencia, pues soslaya lo que fueron sus principales fines, en tanto instrumento destinado a organizar transitoriamente la jurisdicción contencioso-administrativa: acercar la justicia en esta materia a las regiones y, relevar a la Sala Político-Administrativa del conocimiento de materias que hasta la promulgación de la Ley concentraba, como único tribunal contencioso administrativo general de esta jurisdicción.

(...omissis...)

(...)la intención del proyectista de la Ley fue desde un principio, como regla general, otorgar competencia a los Tribunales Contencioso-Administrativos regionales para conocer del contencioso de los contratos administrativos vinculados con entidades estatales o municipales, por lo que la interpretación que ha debido darse a la norma no era extensiva, sino limitando el conocimiento de esta Sala en materia de contratos administrativos, además de aquellos suscritos por la República, sólo a las causas relacionadas con contratos administrativos de Estados o Municipios que, por su trascendencia y repercusión en el colectivo, ameriten elevarse al conocimiento del Alto Tribunal.

Tales consideraciones, relegadas mediante una interpretación literal de la norma, motivadas en la necesidad de evaluar los resultados del régimen transitorio de la jurisdicción contencioso administrativa inaugurado con la vigencia de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en el año 1977, cobran nueva relevancia dada su coincidencia con principios fundamentales recogidos expresamente en el nuevo texto constitucional: la descentralización administrativa y jurisdiccional del Poder Judicial, como manera de acercar la justicia al ciudadano que se sienta afectado por actuaciones de los órganos públicos (artículo 269) y a la vez, con esta medida, apuntalar el objetivo de una tutela judicial efectiva (artículo 26), permitiendo que pueda ser ofrecida oportunamente, ya que un tribunal congestionado difícilmente puede satisfacer adecuadamente las demandas de la administración de justicia, en una sociedad cada vez más numerosa y compleja en sus relaciones jurídicas.

A la vez, dado el grado de desarrollo alcanzado por la jurisdicción contencioso administrativa bajo la vigencia del instrumento que todavía transitoriamente la gobierna, el criterio de interpretación literal del ordinal 14 artículo 42 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Alto Tribunal, ya no es sostenible y, antes bien, resulta reñido con la racionalidad que debe caracterizar la organización de toda jurisdicción, pues dada la experiencia ganada con el funcionamiento de los tribunales contencioso administrativos regionales, lo que ha motivado su reorganización cada vez más especializada en once circunscripciones judiciales (Resolución n° 235 del 24 de abril de 1995 del Consejo de la Judicatura); permite sostener que no existen ya fundamentos válidos para que los jueces revisores de la legalidad de actos unilaterales emanados de personas político territoriales distintas de la República, no conozcan también de aquellos actos de naturaleza bilateral que emanan de esos mismos entes, y que por la naturaleza de los intereses debatidos, no sean susceptibles de incidir de manera grave y directa en la colectividad, no ameriten el examen del más Alto Tribunal.

Por el contrario, estima la Sala que la cercanía con el acontecer local y con los justiciables, en cuyas esferas de derechos inciden directamente tales actos, es una razón adicional que aconseja, como regla general, que sean los jueces superiores regionales de lo contencioso-administrativo quienes conozcan en primera instancia de los problemas suscitados con el cumplimiento, caducidad o nulidad de los contratos administrativos relacionados con ejidos.

En fin, que la suma de consideraciones antes expuestas así como el nuevo ordenamiento constitucional, entendido de acuerdo al principio de interpretación progresiva de la Ley, invocado en otras oportunidades por la Sala Político-Administrativa, conforme al cual debe el órgano jurisdiccional interpretar el sentido y alcance de las leyes adaptándolas a la sensibilidad, al pensamiento y a las necesidades de los nuevos tiempos, con el fin de ponerlas a tono con el ordenamiento jurídico ahora establecido, debiéndose rechazar los criterios anacrónicos que se opongan o dificulten la efectiva vigencia y fundamento del sistema jurídico; todo lo cual obliga a adaptar la interpretación de la norma comentada a los principios recogidos expresamente en el nuevo texto fundamental.

Concluye entonces la Sala que una interpretación coherente del ordinal 14 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, con los principios contemplados en la nueva Constitución y el sentido original de ese texto legal como instrumento destinado a organizar transitoriamente la jurisdicción contencioso administrativa, conduce a sostener que el conocimiento de causas relacionadas con la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de contratos administrativos celebrados por autoridades municipales sobre terrenos ejidos, corresponde a los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo regionales. Así se declara.

En este orden de ideas, visto que la presente causa versa sobre la nulidad de un contrato de venta sobre un terreno de origen ejidal, debe forzosamente esta Sala declarar su incompetencia para conocer y decidir el caso de autos, y en consecuencia, declinar su conocimiento en el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Central, con sede en la ciudad de Maracay, Estado Aragua. Así se declara. (...)

(Negrillas de la Sala)

En virtud de lo anterior y visto que la presente causa versa sobre la validez de un contrato administrativo cuyo objeto es un terreno de origen ejidal, cuestión que por su naturaleza no es susceptible de incidir de manera grave y directa en la colectividad, concluye la Sala que el presente caso reviste carácter afín con las competencias atribuidas a los Tribunales Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo, resultando forzoso para esta Sala declarar que el tribunal competente para conocer del presente asunto es el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Nor-Oriental. Así se decide.

Finalmente, conviene destacar que este juicio ha sido sustanciado siguiendo un procedimiento en el cual se cumplieron las formalidades indispensables para garantizar a las partes su derecho a la defensa y al debido proceso. Por esta razón, en virtud de la celeridad procesal y del perjuicio que ocasionaría a las partes el anular todo lo actuado en el expediente, considera la Sala procedente ordenar al Tribunal Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental que pase a conocer de la presente causa con todos los elementos cursantes en autos, previa notificación de las partes. Las señaladas pautas de decisión constituyen aplicación concreta de los principios contenidos en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, especialmente de la garantía de justicia equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles, consagrado en su artículo 26. Así también se declara.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley **DECLINA LA COMPETENCIA** para conocer y decidir la presente causa en el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Nor-Oriental, con sede en la ciudad de Barcelona, Estado Anzoátegui.

E. *Concesiones Mineras*

TSJ-SC (37)

27-1-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Impugnación de los artículos 129 y 132 de la Ley de Minas.

La Sala Constitucional analiza la constitucionalidad de los artículos 129 y 132 de la Ley de Minas, las cuales permiten mantener intactas las concesiones (artículo 129) otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, y convertir un contrato minero en una concesión (artículo 132) cuando en la misma área de explotación existe ya una concesión.

2. Sobre la impugnación de los artículos 129 y 132 de la Ley de Minas:

La parte actora ha impugnado dos artículos de la Ley de Minas y en ocasiones ha fundamentado su demanda en un mismo motivo, con independencia de la disposición de que se trate. Sin embargo, estima la Sala que es imprescindible hacer una precisión, pues al menos una de las denuncias referidas al artículo 132 debe ser rechazada, por falta de vigencia de parte de su enunciado.

Al respecto se observa:

La actual Ley de Minas, dictada por Decreto del Presidente de la República, contiene una norma –la tantas veces mencionada del artículo 132- cuyo propósito fue el de regular, durante el inicio de su vigencia, la situación de quienes disfrutasen de contratos mineros celebrados con la C.V.G. y pretendiesen convertirlos en concesiones.

Tanto la parte actora como los distintos intervinientes en el proceso han procurado explicar a la Sala, cada uno desde su punto de vista, la situación creada por la existencia de concesiones otorgadas por el Ejecutivo Nacional y contratos celebrados por la Corporación Venezolana de Guayana. La actora ha expuesto, al respecto, su disconformidad con esos contratos mineros, pero en particular con el que benefició a la Asociación Minera “Las Alicias”, llegando incluso a impugnarlo ante la Sala Político-Administrativa de este Alto Tribunal. El resto de quienes participan en este proceso –tanto particulares como órganos estatales- mostraron su aceptación de esos contratos, en especial el ya mencionado, celebrado con “Las Alicias”.

Ahora bien, sin que tenga importancia a los efectos de la decisión de esta Sala la validez o invalidez del contrato entre C.V.G. y “Las Alicias”, lo cierto es que la Ley de Minas estableció, para ese tipo de contratos, un procedimiento para su conversión en concesiones.

No interesa a esta Sala entrar en consideraciones acerca de las razones que llevaron al legislador a permitir esa conversión, si bien se nota con facilidad que la intención fue la de sustituir los contratos que la C.V.G. celebró por unas concesiones, al ser la concesión la figura tradicional de explotación minera.

De esta manera, la corrección o no de los referidos contratos –el de “Las Alicias” o cualquier otro; es decir, la corrección de la figura en sí misma- es asunto que escapa en este momento del interés de la Sala. La nueva Ley de Minas, cualquiera fuese la causa, previó que esos contratos podían pasar a ser concesiones y para ello fijó un procedimiento en su artículo 132, en el que se lee:

“Los contratos suscritos por la Corporación Venezolana de Guayana (C.V.G.) con anterioridad a la entrada en vigencia de esta Ley, y previa la ocupación del territorio otorgado por los organismos competentes, podrán ser convertidos en concesiones o en autorizaciones de explotación para el ejercicio de la pequeña minería según el caso, conforme al procedimiento siguiente:

a) Los titulares de contratos, dirigirán al Ministerio de Energía y Minas una solicitud de conversión de dichos contratos en concesiones o en autorizaciones de explotación, según sea el caso, que habrán de regirse por las disposiciones de esta Ley;

b) La solicitud deberá ser introducida dentro de los tres (3) meses siguientes a la entrada en vigencia de esta Ley, y deberá contener la ubicación de las parcelas objeto del contrato y su respectiva delimitación en coordenadas Universal Transversal Mercator (UTM), la extensión de área, los programas de exploración, el plan de explotación, los planos de parcelas; así como los documentos que acrediten su idoneidad técnica y su capacidad económica, el estado de ejecución de los mencionados contratos, sin perjuicio de que el Ministerio de Energía y Minas solicite cualquier otro recaudo para la correcta evaluación de solicitud de conversión;

c) El Ministerio de Energía y Minas publicará la solicitud de conversión en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela, dentro de los treinta (30) días continuos siguientes a su recepción; y los interesados deberán hacer publicar en un diario de reconocida circulación nacional y en otro de la localidad, a los fines de la oposición que pudiera surgir en caso de ser afectados derechos mineros de terceros. Dicha oposición deberá ejercerse ante el Ministerio de Energía y Minas, dentro de los quince (15) días siguientes a la última de las publicaciones;

d) El Ministerio de Energía y Minas decidirá la incidencia de oposición dentro de los sesenta (60) días continuos siguientes a su presentación, su decisión agota la vía administrativa;

e) Declarada sin lugar la oposición, el Ministerio de Energía y Minas acordará la conversión de los contratos respectivos mediante resolución que se publicará en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela, y ordenará expedir el título de exploración, el certificado de explotación o la autorización de explotación según corresponda, sólo sobre el mineral o en la forma de presentación a que se refiere el contrato respectivo, en un lapso de treinta (30) días continuos siguientes a la publicación de la conversión; también señalará los lapsos pendientes y el monto de los impuestos que deben pagar y seguir satisfaciendo en virtud de la conversión. Por consiguiente, si durante el lapso comprendido entre la entrada en vigencia de esta Ley y la fecha de publicación del título respectivo, el titular de contratos que hubiere satisfecho algún impuesto, deberá pagar la diferencia que exista entre los impuestos pagados y los impuestos causados conforme a esta Ley.

Parágrafo Único: En la solicitud de concesión se tendrán como ofrecidas las ventajas especiales u otras cargas contenidas en los contratos.”

Como puede observarse, el artículo 132 contiene dos disposiciones: una, consistente en permitir la conversión; la segunda, consistente en fijar el procedimiento para solicitarla y obtenerla. La demandante en realidad no ha objetado la posibilidad de convertir contratos en concesiones, si bien sí la discute cuando en la misma área del contrato existían previamente concesiones, como es el caso del conflicto entre “La Salvación” y “Las Alicias”. Lo que sí censura duramente la demandante –y por ello solicita la anulación del artículo– es el procedimiento que fijó la Ley para tramitar la petición de conversión, al entender que es poco garantista de los derechos de concesionarios previos.

Ahora, esta denuncia se enfrenta a un obstáculo: que la parte del artículo 132 cuya corrección se niega constituye una norma de carácter claramente transitorio: rigió para el caso de los beneficiarios de contratos mineros con la C.V.G., que en los tres primeros meses a partir de la entrada en vigencia de la Ley desearan convertirlos en concesiones.

Las solicitudes que fuesen presentadas en esos tres meses –y sólo en ellos- serían tramitadas conforme a un procedimiento relativamente breve: precisamente el señalado en el artículo 132, que se resume así:

- Solicitud ante el Ministerio de Energía y Minas, dentro de los treinta días continuos a partir de la entrada en vigencia de la Ley.
- Publicación de la solicitud, por parte de ese Ministerio, en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela, dentro de los treinta días continuos siguientes a su recepción.
- Publicación de la solicitud por parte de los interesados, en un diario de reconocida circulación nacional y en otro de la localidad, a los fines de la oposición que pudiera surgir en caso de ser afectados derechos mineros de terceros.
- Oposición de terceros ante el Ministerio, dentro de los quince días siguientes a la última de las publicaciones.
- Decisión acerca de la oposición, dentro de los sesenta días continuos siguientes a su presentación.
- Conversión del contrato, por parte del Ministerio, si se declarase sin lugar la oposición.
- Publicación de la Resolución en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela.
- Expedición del título de exploración, el certificado de explotación o la autorización de explotación según corresponda, sólo sobre el mineral o en la forma de presentación a que se refiere el contrato respectivo, en un lapso de treinta días continuos siguientes a la publicación de la conversión.

La actual Ley de Minas entró en vigencia con su publicación en la *Gaceta Oficial*, el día 28 de septiembre de 1999. A partir de ese momento corrieron los tres meses para las solicitudes de conversión de contratos. La Asociación Minera “Las Alicia’s”, con la que está en evidente controversia la Asociación Cooperativa Mixta “La Salvación”, introdujo su petición casi de inmediato: el 6 de octubre de 1999. Según consta en autos, otra empresa hizo lo mismo dentro del plazo, pero respecto de un área y unos minerales que no interesan a la parte actora. En cualquier caso, sea una o sean muchos los solicitantes de conversión, lo cierto es que su plazo era breve: tres meses. Quien haya dejado de hacerlo dentro de éste, perdió el derecho. No es el caso de la asociación denominada “Las Alicia’s”, por lo que ha comparecido ante esta Sala en su defensa.

Han transcurrido más de cuatro años a partir de las solicitudes de conversión, por lo que la tramitación de las mismas se han hecho, si bien de una manera que la parte actora juzga lesiva de sus derechos e intereses. De hecho, la accionante ha expuesto insistentemente que esa conversión permitida por la Ley sólo obedeció al ánimo de favorecer a las dos empresas que hicieron la petición ante el Ministerio de Energía y Minas, cosa que de todas maneras no ha probado en este juicio.

El transcurso del tiempo hizo que el artículo 132 perdiera totalmente su vigencia: ya nadie puede solicitar conversión ni el Ministerio de Energía y Minas tiene necesidad o posibilidad alguna de aplicar el procedimiento establecido en él. Ya lo hizo, en su momento, aunque llegase a un resultado ciertamente contrario a las pretensiones de la parte impugnante.

Se trata, entonces, de un artículo legal que ha perdido vigencia. La Ley de Minas permanece inalterada, pero –salvo en lo atinente a la posibilidad de convertir contratos en concesiones- la parte procedimental de su artículo 132 tenía evidente vocación de transitoriedad.

Ahora bien, la jurisprudencia de esta Sala admite que, en dos casos, persiste el interés en declarar la inconstitucionalidad de un texto cuya vigencia se ha perdido: 1) cuando la norma impugnada se trasladó a un nuevo texto, que sí esté vigente; y 2) cuando, aun sin ese traslado, la disposición recurrida mantiene sus efectos en el tiempo.

Así, en principio no es necesario pronunciarse sobre un recurso dirigido contra una disposición sin vigencia, pues ya ha desaparecido del ordenamiento jurídico, con lo que la decisión judicial sería innecesaria. Sólo en los dos casos mencionados existe necesidad del fallo: en el primero, porque en realidad la norma impugnada se eliminó, pero lo dispuesto en ella aún integra el ordenamiento; en el segundo, porque es necesario analizar si es procedente declarar el vicio de la norma –no su anulación, que sería inútil– cuando el demandante ha planteado una situación en la que subsiste un interés concreto en relación con el pronunciamiento.

El primer supuesto es sencillo; no así el segundo, el cual requiere cierta precisión. Al respecto observa la Sala:

Si se parte de la idea de que todo texto legal produce efectos –o al menos es esa su vocación– siempre habría efectos que considerar, aunque la Sala desconozca cuáles puedan ser exactamente. De entenderse así, en realidad no habría posibilidad de rechazar recursos contra normas que han perdido su vigencia, cuando lo cierto es que el principio general es el contrario.

Ahora, dado que los dos supuestos que ha reconocido la jurisprudencia son excepcionales y su interpretación ha de ser restrictiva, lo correcto es entender que no es cualquier efecto jurídico el que justifica la resolución de las demandas dirigidas contra normas que perdieron su vigencia durante el juicio.

En el caso de autos, el artículo cuya anulación se pidió previó un procedimiento para la conversión de contratos mineros. La impugnación se basó en que, para el actor, no se garantizó el debido proceso a los titulares de concesiones previas. El efecto de esa norma sería la declaratoria de conversión o su rechazo por parte de la Administración. Sin embargo, el que se haya generado ese efecto no implica que una norma que ya perdió su posibilidad de volver a ser aplicada –que es lo que caracteriza a las normas: su posible repetición cada vez que se presente su supuesto de hecho– pueda ser analizada a través de un recurso de anulación.

En efecto, carece de interés general y a futuro el pronunciamiento que se haga. Para enfrentarse al efecto de la norma –una vez perdida su vigencia– sólo quedan las acciones concretas contra el mismo: contra la conversión por ejemplo. En el caso concreto, se observa cómo es lo que precisamente ha hecho la parte actora en esa compleja estrategia procesal.

Por lo expuesto, esta Sala declara la improcedencia de la denuncia de violación al debido proceso formulado contra el procedimiento de conversión contenido en el artículo 132 de la Ley de Minas.

Rechazada esa denuncia, la Sala pasa a analizar el resto del caso. Al efecto se observa:

Aunque son artículos muy distintos, la parte actora ha fundido sus denuncias contra el número 129 y el 132 de la Ley de Minas, pues su premisa necesariamente los une: es inconstitucional convertir un contrato minero en una concesión (artículo 132) cuando en la misma área de explotación existe ya una concesión. Por ello, es también inconstitucional mantener intactas las concesiones (artículo 129), cuando lo cierto es que debieron ser extendidas hasta cubrir todas las presentaciones de minerales en un mismo sector, así fuesen explotados antes por un contratista y no por el concesionario.

Ya esta Sala ha transcrito el texto del artículo 132 de la Ley de Minas, por lo que a continuación hace lo mismo con el del 129, que constituye la norma destinada a regular la situación de las concesiones mineras otorgadas por el Ejecutivo Nacional con anterioridad a la entrada en vigor de ese texto legal. En él se dispone lo siguiente:

“Las concesiones vigentes otorgadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, quedarán sujetas a sus disposiciones en los siguientes términos:

- a) Conservarán su derecho de explotación sólo sobre los minerales y en la forma de presentación, conforme fueron otorgados en el título respectivo.
- b) Pagarán los impuestos en ella previstos, luego de vencido el término de un (1) año, a contar desde la fecha de publicación de esta Ley en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela;
- c) La duración de cada concesión será la establecida en el título original a contar desde la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela;
- d) Le serán aplicadas de forma inmediata aquellas disposiciones referentes al ambiente u otras materias de alto interés nacional contempladas en las leyes;
- e) Las demás disposiciones de esta Ley se aplicarán vencido el lapso de un (1) año, contado a partir de la fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela;
- f) Las ventajas especiales estipuladas a favor de la República ofrecidas por el concesionario continuarán vigentes.”

Según la parte accionante, este artículo es inconstitucional, por cuanto:

- Viola el debido proceso, “*cuando da por sentados derechos absolutos de una parte sobre otra, está impidiendo a esa otra, que en este caso es nuestra representada, su defensa. El artículo llega a una conclusión para la cual no abre procedimiento ni posibilidad de defensa alguna. Se trata de una norma que omite el desarrollo de procedimiento alguno, por lo tanto es violatoria del artículo 49 constitucional*”.

- Viola el principio de progresividad de los derechos, por cuanto se favorece a los contratistas de la Corporación Venezolana de Guayana por encima de los titulares de derechos de concesiones mineras otorgadas por el propio Ministerio de Energía y Minas, estableciendo todo un mecanismo procedimental para la conversión de contratos de la C.V.G. en concesiones mineras, pero no prevé mecanismo alguno para la ratificación de los derechos de los titulares de concesiones mineras, violando incluso principios consagrados en la propia Ley de Minas como lo es el principio de la unidad de la mina.

- Viola el artículo 112 de la Constitución, que establece el derecho a dedicarse libremente a actividades económicas, toda vez que se permite una pluralidad de sujetos explotando una misma porción de terreno en sus diversas presentaciones (manto, veta y aluvión), lo que imposibilita materialmente que el titular del derecho de explotación sobre la presentación más cercana a la superficie, explote su derecho si para llegar al próximo nivel de explotación el otro titular necesariamente necesita remover la capa contentiva de la presentación aluvión.

- Viola los artículos 87, 88, 89 y 118 de la Constitución, contentivos de los derechos laborales así como del derecho de los trabajadores y comunidades para desarrollar asociaciones con fines económicos, por cuanto en su opinión las normas impugnadas estarían dirigidas a favorecer a un pequeño grupo de sujetos, conformados por los contratistas de la Corporación Venezolana de Guayana, en perjuicio de las comunidades mineras asentadas en la región de Guayana.

- Incurre en usurpación de funciones, puesto que el Presidente de la República en ejercicio de una potestad sustancialmente legislativa, estaría otorgando concesiones y desconociendo derechos legítimos de particulares, siendo que el órgano competente para otorgar y revocar las concesiones es el órgano administrativo (en este caso Ministerio de Energía y Minas).

Al respecto se observa:

En primer lugar, debería sorprender que el demandante impugne el artículo 129 de la Ley de Minas, pues se trata de una norma que le favorece.

En efecto, el referido artículo garantiza el mantenimiento de los derechos derivados de las concesiones mineras celebradas con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo texto legal. No podía ser de otra manera, estima la Sala, a fin de garantizar el principio de seguridad jurídica y el de respecto a las situaciones jurídicas preexistentes. El legislador de 1999 quiso sustituir los contratos mineros, dando la oportunidad a sus beneficiarios para convertirlos en concesiones, pero para ello no podía, por supuesto, obviar que existían ya concesiones sobre distintos minerales, formas de presentación y áreas geográficas.

El artículo 129, entonces, constituye una norma para garantizar los derechos de quienes previamente actuaban por la vía de la concesión. Por ello, la primera reacción ante esta denuncia debería ser la sorpresa, pues no hay forma de que viole el derecho al debido proceso de los concesionarios. La actora hace ver que es necesaria una especie de ratificación de las concesiones y que en el curso del procedimiento respectivo los concesionarios tendrían que defenderse, cuando lo cierto es que la ratificación procede *ope legis*: no es necesario solicitarla ni mucho menos podría el Estado desconocerla luego.

Sin embargo, esa primera impresión cede de inmediato al pensarse que la denuncia de la parte accionante en realidad implica la afirmación siguiente: que ese procedimiento que supuestamente falta en el artículo 129 de la Ley de Minas no es para ratificar lo ya existente, sino para lograr la extensión de las concesiones hasta abarcar todas las presentaciones de minerales. Ello obliga a considerar lo siguiente:

Todas las denuncias contra los artículos 129 y 132 de la Ley de Minas –salvo la ya desechada acerca del debido proceso para la oposición a la conversión– se basan en la misma concepción: son denuncias dirigidas contra la simple ratificación de concesiones y la posibilidad de convertir contratos mineros, pues se entiende que los concesionarios tienen un derecho preferente que les permite extender sus relaciones con el Estado y que le colocan en ventaja frente a los contratistas.

Para la parte actora, el principio de la unidad de la concesión obliga a otorgar a los concesionarios la explotación de los minerales, cualquiera que fuese su presentación, lo que en ocasiones implicaría una extensión de la concesión primigenia. Así, a la demandante, a quien sólo se le concedió la explotación de minerales en aluvión, debería otorgársele también la de los minerales en veta o manto. No habría otra forma –según afirmó– de satisfacer el propósito del legislador de 1999. Los opositores al recurso, así como el Ministerio de Energía y Minas y la Procuraduría General de la República, rechazaron tal aserto, con base en la inexistencia de ese principio y, además, con el alegato de que es técnicamente viable la repartición de minerales y formas de presentación entre distintas personas.

Al respeto la Sala observa:

Según su Exposición de Motivos, la Ley de Minas vigente establece el principio de concesión única e indivisibilidad de la mina. En ella se lee:

“Es importante señalar el establecimiento del régimen de concesión única, la cual será de exploración y subsiguiente explotación, cuya duración no excederá de veinte (20) años, con posibilidad de prórrogas que sumadas no podrán ser superiores a ese período. Otra característica de la concesión diseñada, consiste en la eliminación de la distinción basada en la presentación del mineral, en cuanto a veta, manto y aluvión, es decir, el concesionario tendrá derecho a la explotación del mineral cualquiera que sea su presentación”.

Por supuesto, no basta con lo que la Exposición de Motivos indique, sino que es necesario comprobar que sus supuestos propósitos se materializaron en la Ley. Al efectuar la revisión correspondiente se observa:

El artículo 24 de la Ley de Minas establece el derecho de los concesionarios mineros para explotar, con exclusividad, un área determinada. Ello, aunque no lo diga expresamente, implica la posibilidad de explotar en ese territorio el mineral de que se trata, cualquier que sea su presentación. De esta manera, en el artículo se dispone:

“La concesión minera es el acto del Ejecutivo Nacional, mediante el cual se otorgan derechos e imponen obligaciones a los particulares para el aprovechamiento de los recursos minerales existentes en el territorio nacional.

La concesión minera confiere a su titular el derecho exclusivo a la exploración y explotación de las sustancias minerales otorgadas que se encuentren dentro del ámbito espacial concedido.”

El artículo 26 *eiusdem*, por su parte, establece que el espacio geográfico abarca todo el volumen de terreno que exista entre los linderos establecidos en la superficie hasta el centro de la tierra, descendiendo de forma piramidal. Así, el contenido del aludido artículo 26 es del siguiente tenor:

“El ámbito espacial sobre el cual se ejerce la concesión es un volumen piramidal, cuyo vértice es el centro de la tierra y su límite exterior, en la superficie, es un plano horizontal medido en hectáreas y de forma rectangular cuyos vértices y linderos están orientados de acuerdo al sistema de proyección Universal Transversal Mercator (U.T.M.) u otro de mayor avance tecnológico a ser adoptado por el Ministerio de Energía y Minas.”

Este ámbito espacial, se complementa con la regulación de la extensión horizontal y vertical de la concesión, que la propia Ley realiza en el artículo 28 *eiusdem*:

“La extensión horizontal de la concesión será de forma rectangular, y estará determinada por puntos fijos y líneas rectas sobre la superficie terrestre, cuya unidad de medida superficial será la hectárea (ha). La extensión vertical estará definida por la proyección de su extensión horizontal hacia el centro de la tierra e ilimitada en profundidad. (...)”

Ahora bien, tal como quedara precedentemente evidenciado, el referido artículo 129 establece un régimen distinto respecto de aquellos concesionarios que hubiesen obtenido sus derechos mineros con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley de Minas de septiembre de 1999, pues su letra a) dispone que estos concesionarios mineros conservarán su derecho de explotación sólo sobre los minerales y en la forma de presentación, conforme fueron otorgados en el título respectivo.

Por tanto, la Ley de Minas vigente acepta la división del área y la distinción de concesionarios según las formas de presentación de los minerales. Lo fundamental, para el legislador, fue garantizar los derechos previos, tanto de concesionarios como de contratistas.

Con ello no hizo más que respetar situaciones ya existentes, lo que no sólo no es inconstitucional, sino que es lo correcto. Ello, claro está, sin perjuicio de que los contratos mineros concretos –o incluso las concesiones– sean inválidos, lo cual es un aspecto sobre el que la Sala nada tiene que decir.

Entiende la Sala, así, que la premisa de los artículos 129 y 132 es válida: mantener concesiones y permitir convertir contratos. Con ambas decisiones se mantiene la seguridad jurídica y se respetan situaciones ya creadas. No era una elección del legislador, sino su obligación. Si en un caso concreto alguien tiene objeciones, puede plantearlas: es lo que ya ha hecho la Asociación Cooperativa Mixta “La Salvación” por al menos dos vías: 1) impugnar el contrato entre C.V.G. y “Las Alicia”, y 2) oponerse a la conversión del mismo en una concesión. No es esta Sala la que le dará respuestas, sino los órganos judiciales y administrativos competentes en cada caso.

Lo expuesto evidencia la razón por la que, además, no hay violación alguna al principio de progresividad de los derechos. En realidad no existe el derecho que alega la accionante. Existe sólo el de mantener la situación previa; no el de extender la concesión a otros supuestos. Esa progresividad del derecho –de ser cierta- implicaría negar a otro –el contratista con la C.V.G.- su propia progresividad, pues si bien concesiones y contratos mineros no son equivalentes, ambos sí son instrumentos de los que se ha valido el Estado para otorgar ciertos derechos de explotación. Unos derechos y otros son igualmente respetables y deben encontrar idéntico respeto.

Asimismo, no es posible sostener que se ha violado el artículo 112 de la Constitución, contenido del derecho a dedicarse libremente a actividades económicas, toda vez que la aceptación de dos concesionarios no está prohibido en estos casos, sino que por el contrario es lo exigible desde el punto de vista de la justicia.

Menos fundamento aún tienen la denuncia de violación de los artículos 87, 88, 89 y 118 de la Constitución, contentivos de los derechos laborales así como del derecho de los trabajadores y comunidades para desarrollar asociaciones con fines económicos. Como se ha expuesto por parte de los opositores al recurso, la parte actora ni siquiera ha cumplido con su deber de explicar con seriedad en qué consiste tal infracción. Se denunció que las normas impugnadas estarían dirigidas a favorecer a un pequeño grupo de sujetos, conformados por los contratistas de la Corporación Venezolana de Guayana, en perjuicio de las comunidades mineras asentadas en la región de Guayana, pero nada se hizo para demostrarlo.

Por último, carece de base la denuncia de usurpación de funciones, pues es realmente inconcebible que se sostenga que el Presidente de la República es el que otorga las concesiones a los contratistas, cuando la norma es clara en sentido contrario.

Por todo lo expuesto, esta Sala desestima la presente demanda de anulación de los artículos 129 y 132 de la Ley de Minas. Así se declara.

Voto Concurrente del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero

El Magistrado quien suscribe, emite con relación a esta fallo su voto concurrente, ya que está de acuerdo con el dispositivo de la sentencia, por no corresponder a la Sala Constitucional pronunciamiento distinto al de la supuesta inconstitucionalidad del procedimiento de conversión previsto en el Decreto N° 295 con rango y fuerza de Ley de Minas.

Sin embargo, y de allí la razón del voto concurrente, la conversión se refiere a un tipo de contratos mineros, cuya inconstitucionalidad no se demandó, pero que al ser su existencia la razón del procedimiento de conversión, considera quien aquí concurre, que han debido ser tratados en el fallo tales contratos, ya que ¿Podía la Corporación Venezolana de Guayana (C.V.G.) celebrar contratos de explotación minera con terceros, conforme a la Constitución de 1961 y a la Ley de Minas de 1945?

En el derecho minero venezolano ha sido principio “la necesidad de obtener concesión para el ejercicio de la explotación, lo cual se ha mantenido como un principio cardinal de este derecho, principio, que, como se ha visto es alterado por la vía de excepción en la Ley de Minas vigente, cuando se introduce la figura de la explotación directa por el Ejecutivo Nacional” (Elsa Amorser, *El régimen de la explotación minera en la legislación venezolana*, Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1991, p. 155). De hecho, la Ley de Minas de 1945 disponía el principio de la necesidad de la concesión en su artículo 13, según el cual el derecho de explotar las minas que se adquirían por denuncia y las concesibles potestativamente por el Ejecutivo nacional, ya lo sean mediante contratos especiales o por el Régimen que se establecía en el Libro Tercero para las zonas reservadas, no podían concederse sino en virtud de concesiones del Ejecutivo nacional, salvo la excepción relativa a la facultad que tenía el Ejecutivo de ejercer directamente la industria

minera cuando fuere facultativo el otorgamiento de la concesión (Ezequiel Monsalve Casado, *Manual de ciencia jurídico-minera*, Buenos Aires 1947, Talleres Gráficos Padilla y Contreras, p. 182-184).

Respecto de la concesión, fue el Derecho francés el primero que utilizó la idea concesional mas la redujo en sus aplicaciones a la teoría del servicio público, por lo que fue la doctrina italiana la que realizó la síntesis unificadora del concepto concesional al establecer Ranelletti que la concesión difiere de la autorización en que se trata de un acto administrativo creador de derechos, ex novo, por el que surge una relación jurídica, que es de carácter administrativo.

Hoy parece haberse llegado a una ampliación del concepto con el que se alude tanto a aquellos actos que transfieren a un particular facultades originariamente administrativas, como a los que crean a su favor un derecho o capacidad previstas en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, el contrato administrativo de concesión minera será en lo específico una concesión traslativa sobre el dominio público en tanto implica la subrogación del particular en las facultades de disfrute exclusivo de que la Administración pública es titular en relación con un determinado bien del dominio público (Fernando Garrido Falla, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo I, Tecnos, 12^{ma} ed., Madrid 1994, p. 433).

En lo que toca a la concesión minera se ha dicho que no tiene carácter contractual, ya que el complejo jurídico que ella representa se consolida en un status legalmente preestablecido y tratándose de una atribución del Estado, el objeto no es de los que permiten la celebración de un contrato (José Luis Bonnemaïson y Gabino Fraga. Apud. José Román Duque Sánchez, *Manual de derecho minero venezolano*, UCAB, Caracas 1967, p. 78-79, quien comparte el criterio); más recientemente, la concesión administrativa de minería se ha insertado dentro del género de los contratos celebrados por el Estado, pero no es un contrato de derecho privado sino de derecho público, específicamente un contrato administrativo, cuyas notas lo sitúan dentro de los contratos administrativos de concesión (Agustín Gordillo "Contrato administrativo de concesión minera", en *Contratos administrativos*, Tomo II, Astrea, Buenos Aires 1982, p. 50 y 54); tesis ésta que en Venezuela es defendida entre otros por Luis González Bertí, quien sostiene que la concesión es un acto bilateral, vale decir, es contractual, y el Estado aún desde su posición privilegiada, no puede, sin incurrir, en una arbitrariedad, violar las normas preestablecidas en la Ley que generan para el concesionario verdaderos derechos frente a él (*Compendio de derecho minero venezolano*, ULA, Tomo I, 4^a ed. Mérida 1981, p. 198).

Más específicamente, sobre el contenido de las concesiones explica Miguel Marienhoff (*Tratado de derecho administrativo*, Tomo V, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1992, p. 421) lo que sigue:

"(...) las concesiones tienen dos aspectos: uno contractual o simplemente bilateral, que es inalterable; otro reglamentario, que es modificable por el estado en ejercicio del poder de policía. La parte contractual o bilateral abarca aquellas cláusulas fundamentales como las referentes a la 'duración' del derecho concedido, a las cláusulas de 'caducidad', a las obligaciones pecuniarias a cargo del concesionario, etc.; en cambio, el segundo aspecto comprende todo lo relacionado con la forma de ejercer el derecho concedido, lo cual siempre podrá ser modificado por la Administración Pública cuando lo juzgue oportuno, desde que las disposiciones meramente 'reglamentarias' no constituyen precisamente la base de un derecho, sino la forma como éste ha de ser ejercido."

Ahora bien ¿cómo se explica que en un sistema de derecho minero en el que impera el principio de la necesidad de la concesión puedan otorgarse contratos de explotación minera a terceros?

El antecedente administrativo necesario para el análisis de tal situación lo constituye la figura de lo que cierta autora venezolana ha denominado la “encomienda”, la cual se encuentra inicialmente esbozada en el Decreto n° 984 del 17 de mayo de 1972, publicado en *Gaceta Oficial* n° 29812 del 24 de mayo de 1972, conforme al cual se estableció que se encomienda al Instituto autónomo “Corporación Venezolana de Guayana” (C.V.G.) la realización de labores de exploración, evaluación y desarrollo del área, que comprende el Estado Bolívar y el Territorio Federal Delta Amacuro, a fin de determinar la existencia de concentraciones minerales de aluminio económicamente aprovechables (art. 1°); de acuerdo a los programas que la C.V.G. presentaría al Ministerio de Minas e Hidrocarburos para su aprobación previa por el Ministro (art. 2°); estando la inspección y fiscalización de la ejecución de estos programas a cargo de éste último Ministerio, por lo que la C.V.G. estaba en la obligación de presentar los resultados parciales e informe final de los trabajos realizados (art. 3°), pero no se contemplaba la cesión del derecho de disponer del mineral cuya existencia se determinase a través de los trabajos exploratorios (Elsa Amores, *ob. cit.* p. 155-156).

El ejercicio de la explotación directa por la figura de la “encomienda”, sin disposición por parte del ente explotador del mineral extraído, se mantuvo constante como criterio del Ministerio de Minas e Hidrocarburos y su Consultoría Jurídica, conforme: i) al anexo al Memorando n° 981-CJ del 15 de octubre de 1976 de la Consultoría Jurídica de dicho Ministerio, con ocasión del proyecto de decreto a dictarse con motivo de la explotación diamantífera a ser ejecutada debido a la continuación de los trabajos de la tercera etapa del complejo Hidroeléctrico Raúl Leoni, cuando iban a ser inundadas por las aguas del Rfo Caroní extensas zonas; ii) y a tenor del Memorando n° 410 del 25 de mayo de 1977, referido a la explotación directa de los yacimientos de cuarzo para suplir las plantas de ferrosílice de VENBOZEL y siderúrgica del Orinoco, C.A. (SIDOR).

De dichas opiniones de la Consultoría Jurídica del Ministerio de Minas e Hidrocarburos, se desprendería que es de admitir que el Jefe del Ejecutivo Nacional puede ordenar a dicho Ministerio el ejercicio directo del derecho de explotación minera (art. 35 de la Ley Orgánica de la Administración Central) y que el Ministerio puede recibir colaboración y apoyo de órganos estatales especializados, relación que puede quedar regida por convenios elaborados al efecto, por lo que se debe entender que los medios que puede utilizar el Estado para el ejercicio del derecho de explotación minera son, además de la gestión directa por parte del Estado, la encomienda a un órgano del Estado, cuyo objeto sea compatible con la materia, para realizar las operaciones conducentes a la explotación de los yacimientos; y la contratación con terceros para realizar dichas operaciones, manteniéndose en estos dos últimos casos la permanencia integral en el Estado del derecho a la explotación (*Ibidem*, p. 156-159).

Sin embargo, el criterio fue modificado cuando el Ejecutivo Nacional, mediante Decreto n° 2.322 del 17 de agosto de 1977, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 31.299 de la misma fecha, “encomienda” al Ministerio de Energía y Minas el ejercicio del derecho de explotación del mineral de cuarzo en los yacimientos indicados en dicho Decreto y, a su vez, el Ministerio de Energía y Minas “encomienda” el ejercicio del derecho de explotación a la Corporación Venezolana de Guayana, sin limitación alguna, y con facultad de disponer del mineral extraído de parte de dicho Instituto Autónomo, la cual nunca se concretó en un acto de permisión como lo exigen las normas de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional. Dicho Decreto sirvió a su vez de precedente administrativo para una práctica administrativa en la que se fundamentan los Decretos n° 1046, 1047 y 1048 del 19 de marzo de 1986, publicados en *Gaceta Oficial* n° 33.438 del 31 de marzo del mismo año, referidos a la explotación del oro y del diamante. En todos estos decretos, salvo el n° 1048, se encomienda a su vez a la C.V.G. el ejercicio de la explotación, con la facultad de constituir o contratar empresas para estos trabajos de explotación, estableciéndose además el pago de impuestos, tasas y contribuciones nacionales, con lo que se atribuyó a un tercero, el ejercicio de la explotación directa que legalmente conservaba el Ejecutivo nacional, y además, se está disponiendo del mineral extraído (Elsa Amores, *ob. cit.* p. 159-161).

Un análisis de esta última faceta de la “encomienda” minera permite realizar las siguientes apreciaciones:

En primer lugar, el artículo 117 de la Constitución de 1961 establecía que “*La Constitución y las leyes definen las atribuciones del Poder Público, y a ellas debe sujetarse su ejercicio*” por lo que conforme al tradicional criterio del “postulado de la permisión expresa” de que habla el tratadista argentino Juan Francisco Linares, *Derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires 1986, p. 244-248) para el caso concreto debe entenderse que la competencia de los entes u órganos estatales representa una habilitación normativa excepcional en tanto autoriza a éstos a realizar sólo lo que está expresamente permitido.

En tal sentido, al contrario de la amplitud y elasticidad que caracterizan a las normas potestativas que crean poderes, las normas imperativas y las normas taxativas o preceptivas son creadoras de deberes para la Administración, llamadas “preceptos de deber”. Ahora bien, las normas imperativas imponen el deber absoluto e incondicionado de obrar, mientras que las normas taxativas establecen el deber de que, al obrar se haga únicamente en los términos por ella señalados (Antonio Moles Caubet, *Estudios de derecho público*, UCV, Caracas 1997, p. 310-311), como en el caso del artículo 13 de la Ley de Minas de 1945. Por lo tanto, al no ser expresamente competente el Ejecutivo Nacional, por órgano de Ministerio de Energía y Minas, para constituir las denominadas “encomiendas” con apropiación del material extraído de parte del sujeto “encomendado”, y estando vigente el principio de la necesidad de la concesión, el Estado venezolano ha violentado el criterio del “postulado de la permisión expresa” mencionado, actuando a sabiendas de la inexistencia de un poder jurídico previo que legitime su actuación, lo cual en aplicación de lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, acarrea la nulidad absoluta del acto administrativo impugnado. Además, el artículo 121 de la Constitución de 1961 establecía “*El ejercicio del Poder Público acarrea responsabilidad individual por abuso de poder o por violación de la ley*”.

En segundo lugar, si bien la encomienda minera se fundamenta en el hecho de que el obrar administrativo estatal requiere la colaboración voluntaria de particulares u otros entes públicos, y el contrato es una de las técnicas de colaboración de los administrados con la Administración, en materia de suministros, servicios públicos, obra pública, etc (José Roberto Dromí, *La licitación pública*, Astrea, 4^a reimpresión, Buenos Aires 1989, p. 2-3), debe ser también tomado en consideración que al ser la explotación directa por parte del Poder Ejecutivo una excepción al principio general de necesidad de la concesión, las excepciones y privilegios deben interpretarse con criterio restrictivo a la luz del principio de igualdad ante la ley, lo cual pasa por determinar explícitamente de parte del Ejecutivo la causa y motivación sobre la cual se prefiere aplicar la excepción y no el principio general previsto en la Ley, requisito que también ha sido incumplido en el caso *sub judice* por el Estado venezolano. Aunado al hecho de que se violenta el carácter *intuitu personae* de la concesión (Jorge Sarmiento García, *Concesión de servicios públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires 1996, p. 47) pues no hay “impersonalidad” de los contratos públicos -con lo cual esta prohibido salvo autorización expresa la cesión del contrato para introducir un tercero en lugar del contratante en la relación administrativo contractual, así como la subcontratación en la cual una persona extraña a la relación contractual asume facultades que atañen a la posición de una de las partes por vía de sucesión constitutiva, sin que se extinga la primitiva relación - (José Roberto Dormí, *ob. cit.* p. 54-55).

En tercer lugar, al constituir una “encomienda” de tal naturaleza la adjudicación de hecho de una concesión minera, sin el cumplimiento de los requisitos legales, ello implica una transmisión voluntaria de titularidad del dominio público a otra entidad que implica

cambio de afectación, esto es, una modificación del destino de bienes de propiedad administrativa a un fin público, lo cual resulta inaceptable desde el punto de vista de la regla a la cual sirve de fundamento, vale decir, la inalienabilidad del dominio público -institución que protege mediante una indisponibilidad teleológica o de destino la afectación o destino público de los bienes del dominio público, manteniendo la titularidad administrativa de los bienes, por lo que si bien no caben transmisiones de nuda propiedad del dominio público a particulares, sí caben ciertos cambios de titularidad del dominio público entre entidades administrativas y, en supuestos muy restringidos, entre Estados, so pena de la nulidad de tales enajenaciones- regla que protege el uso o el servicio público concreto al que están destinados los bienes, y en el presente caso sufre la función pública en concreto a la que está adscrito dicho bien, pues no se conserva la titularidad administrativa o pública de los bienes, sin que se produzca el requisito de forma previo de la desafectación de tales bienes de dominio público para su posterior transmisión como bienes patrimoniales a otra entidad administrativa (Manuel Clavero Arévalo, *Estudios de derecho administrativo*, Civitas, Madrid 1992, p. 394, 396, 409 y 430).

También implica el quebrantamiento de varias normas constitucionales que controlan tal procedimiento como la prevista en el artículo 126 de la Constitución de 1961 conforme a la cual: “(...) *No podrá en ningún caso procederse al otorgamiento de nuevas concesiones de hidrocarburos ni de otros recursos naturales que determine la ley, sin que las Cámaras en sesión conjunta, debidamente informadas por el Ejecutivo Nacional de todas las circunstancias pertinentes, lo autoricen, dentro de las condiciones que fijen y sin que ello dispense del cumplimiento de las formalidades legales (...)*”. Tal autorización implica un acto administrativo de control que se produce con anterioridad al dictado del acto controlado, mediante el cual el órgano legislativo faculta al órgano ejecutivo a otorgar un contrato de concesión sobre recursos naturales levantando el obstáculo jurídico que impide actuar a la Administración, y cuyos efectos jurídicos se producen *ex nunc*, desde la emisión del contrato autorizado, incidiendo en su validez (José Roberto Dormí, *ob. cit.* p. 41-43).

Desde el mismo ángulo pero desde perspectiva diversa, al ser bienes nacionales las minas, el artículo 136, ordinal 10° y 80, de la Constitución de 1961, estableció que es la competencia del Poder Nacional el régimen y administración de las minas, así como la organización, recaudación y control de la renta de minas, competencia total que debe ser ejercida por el Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de Energía y Minas, por lo que con la figura utilizada de la “encomienda”, el material extraído, como cuerpo de bienes del dominio fiscal, pasó por disposición de un acto administrativo no previsto en ley, de la masa patrimonial de la Nación al patrimonio de un ente autónomo, con personalidad jurídica propia y patrimonio independiente del Fisco Nacional, no sometido al régimen de los bienes nacionales y que no goza de las prerrogativas del Fisco, a menos que sus leyes lo acuerden expresamente, por lo que refiriéndose el caso concreto a materia de disposición de bienes pertenecientes al dominio público, su enajenación no se hizo conforme a la Ley de la materia y a las disposiciones de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (Elsa Amores, *ob. cit.* p. 162 y 165).

Por último, en lo que toca al aspecto fiscal, implica un abuso de poder de parte de la autoridad administrativa la situación comentada por la autora Amorer (*ob. cit.* p. 163) en el sentido siguiente:

“En lo que a renta minera se refiere, la liquidación de la misma corresponde al Ministerio de Energía y Minas, cuando se trata de actividades realizadas por concesionarias que están en posesión plena del derecho de explotar, siendo el impuesto la carga por el ejercicio pleno de ese derecho concedido al particular mediante la figura jurídica permitida por la Ley, que es la concesión minera, tanto que en el caso de la explotación directa por el Estado, no se produciría la causa del impuesto minero, por no tratarse de actividades realizadas por los concesionarios, sino por el Estado mismo o para el Estado, a través de un grupo social o ente, que ejerce el derecho del Ejecutivo Nacional, derecho éste de explotación, no cedido sino en parte, por cuanto no configura una concesión.”

De la ejecución de esta inconstitucional e ilegal figura de la “encomienda minera” con apropiación del material extraído, se han celebrado contratos de explotación minera ejecutados por terceros ajenos a la relación de “encomienda”, contratos estos que, subsidiariamente ostentan la naturaleza negativa de la “encomienda”, en tanto no implican la subrogación del particular en las facultades de disfrute exclusivo de que la Administración pública es titular en relación con un determinado bien del dominio público, por lo que no puede predicarse de los mismos que sean contratos administrativos de concesión minera. Podrán asimilarse a contratos de obra ejecutados sobre bienes del dominio público, en los específico, vinculados a la explotación de los recursos naturales, mas nunca a una concesión en el sentido de que no suponen la constitución ex novo de un derecho en el administrado, previamente existente y que estaba en poder de la Administración.

En tal sentido, ¿tiene derecho a disponer el Estado de las minas aún no otorgadas en concesión en la misma forma en que un particular dispone de su propiedad privada? Explica Carlos Puyuelo (*Derecho minero*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, p. 21 y 22) que el Estado, antes de conceder una mina a un particular, i) no puede gozar de la mina a su arbitrio, pues si así fuera estaría en situación de explotarla, adquirir sus productos, etc., y lo cierto es que, excepto en algún caso excepcional o que en una ley especial y puramente extraordinaria así lo establezca, está obligado a otorgar la concesión de la explotación de la mina al particular que la solicite y cumpla mejor con los requisitos legales y el interés general; ii) no puede disponer de la mina mas que en una forma cual es la marcada y establecida por la ley: otorgarla mediante concesión, por lo que no puede enajenarla a otro, ni darla en arrendamiento, ni ofrecerla como garantía haciéndola objeto de hipoteca, etc., ya que la mina no concedida no constituye un objeto de propiedad privada y la naturaleza del derecho que al Estado corresponde sobre ellas es de derecho público, siendo la mina un bien de esta naturaleza y parte del patrimonio indisponible.

De hecho, lo censurable en el caso específico de los presuntos contratos de explotación ejecutados por terceros es que, independientemente de que tengan presunción de validez como actos estatales:

i) Violan de manera más severa que la “encomienda minera” el “postulado de la permisividad expresa” derivado del principio de legalidad en el sentido explicado *supra*, hoy vigente en el artículo 137 de la Constitución de 1999 el cual prevé que “*La Constitución y la ley definen las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen*”.

ii) Si se supone que es conocido el campo de aplicación de una regla, en relación con la cual una disposición particular constituye una excepción, se viola la fundamental regla de interpretación de que “las excepciones son de interpretación estricta” cuando los contratos de explotación minera celebrados con terceros se fundamentan en una inconstitucional e ilegal interpretación extensiva de un régimen excepcional representado por la explotación directa llevada a cabo por el Ejecutivo frente al principio de la necesidad de la concesión;

iii) Por vía de un mero acto administrativo, ya ni siquiera reglamentario, la Administración violenta el principio de legalidad así como la reserva legal prevista en la Constitución de 1961 en los siguientes términos:

“Artículo 136. *Es de la competencia del Poder Nacional:*

10. El régimen y administración de las minas e hidrocarburos, salinas, tierras baldías y ostrales de perlas; y la conservación, fomento y aprovechamiento de los montes, aguas y otras riquezas naturales del país.

(...)

24. *La legislación reglamentaria de las garantías que otorga esta Constitución; la legislación civil, mercantil, penal, penitenciaria y de procedimientos; la de elecciones; la de expropiación por causa de utilidad pública o social; la de crédito público; la de propiedad intelectual, artística e industrial, la legislación agraria; la de inmigración y colonización; la de turismo; la del trabajo, previsión y seguridad sociales, la de sanidad animal y vegetal; la de notarías y registro público; la de bancos y demás instituciones de crédito; la de loterías; hipódromos y apuestas en general y la relativa a todas las materias de la competencia nacional* (resaltado nuestro)".

En tal sentido, existe un conjunto de materias que están reservadas exclusivamente a la competencia de la ley pues deben ser siempre reguladas por leyes, vale decir, por actos sancionados por el órgano legislativo conforme al procedimiento establecido para esos efectos en la Constitución. Es la denominada "reserva legal", la cual incluye materias que, bien por disposición constitucional o bien por mandato legal (pues siempre que una materia ha sido regulada por ley queda automáticamente incorporada a la reserva legal y en lo sucesivo no podrá ser regulada sino por otra ley), sólo admiten regulación por ley, y no por decretos del poder Ejecutivo (Eloy Lares Martínez, *Manual de derecho administrativo*, UCV, 10^{ma} ed. Caracas 1996, p. 59-61), por lo que la materia reservada queda sustraída a todas las normas distintas de la ley, lo que significa que también el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y que no puede remitirla a otras normas distintas (Ignacio de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel, Barcelona 1991, p. 151), admitiéndose la colaboración del poder reglamentario siempre que la habilitación concedida por la ley no le sitúe de hecho en una situación semejante al legislador (la regulación ha de ser dependiente y subordinada a la ley habilitante) ni que la remisión suponga una auténtica deslegalización, pues el reglamento dentro de la reserva de la ley tiene que ser un complemento de la misma (Baño, Apud. Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 2^{da} ed., Madrid 1994, p. 251).

Es esa reserva legal, derivada del principio de legalidad de los actos estatales, que ha sido violentada mediante el Decreto n° 2.322 del 17 de agosto de 1977, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 31.299 de la misma fecha, y por los Decretos n° 1046 y 1047 del 19 de marzo de 1986, publicados en *Gaceta Oficial* n° 33.438 del 31 de marzo del mismo año, referidos a la explotación del oro y del diamante, en tanto no se podía por vía de un acto administrativo -ni siquiera mediante un reglamento- crear una nueva forma de explotación minera, sin que tal posibilidad hubiera estado previamente prevista por la Ley.

iv) Es de aplicación el principio *Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, nadie puede transferir más derechos que los que él tiene, de modo tal que si es inconstitucional e ilegal la "encomienda minera" con apropiación del material extraído por parte del sujeto encomendado, en similar sentido debe expresarse del contrato de explotación otorgado a favor de tercero en aplicación de un mero acto administrativo.

En consideración a los argumentos anteriores, en el caso del artículo 132 de la ley de Minas vigente por virtud del cual se permite convertir contratos en concesiones, no se mantiene la seguridad jurídica ni se puede predicar que respetan situaciones creadas, pues *ex iniuria ius non oritur*, de lo que es contrario a derecho no puede nacer un derecho, y tales contratos son indubitablemente *ab initio* inconstitucionales e ilegales, a la luz tanto de la Constitución de 1961 como de la de 1999.

Para sostener lo contrario no es admisible el hecho de que tal norma se considere de naturaleza transitoria y ya derogada, ya que no carece de interés general el que el Tribunal Supremo de Justicia declare la inconstitucionalidad de una norma la cual pretende cobijar con efectos *ex tunc* una situación que siempre estuvo en contra de la

letra de la Constitución de 1961 y también de la Carta Magna de 1999, y de la cual se benefician sujetos en los que en su esfera jurídica nunca se consolidaron derechos subjetivos, pues derivaban de violaciones a textos constitucionales y legales.

Como explica Luis María Díez-Picazo (*La derogación de las leyes*, Civitas, Madrid 1990, p. 234-235), la idea básica en materia de derogación es la de vigencia, entendida como capacidad de regular indefinidamente ciertos supuestos de hecho, y cuando cesa la vigencia, esa capacidad deja de ser indefinida; mas no por ello la ley deja de existir, ni de ser evaluable en términos de validez, ni de surtir ciertos efectos regulando determinadas situaciones. Ahora bien, una ley *ad tempus* o ley con vigencia temporal limitada, es un acto de ejercicio de la potestad legislativa con un carácter especial por su temporalidad, al auto restringirse temporalmente mediante el establecimiento de un plazo de vigencia a priori, regulando todas las posibles situaciones que surjan durante su predeterminado período de vigencia, como manifestación de la admisión por la ley de elementos accidentales como la condición y el término que, al lado de la derogación y de la declaratoria de inconstitucionalidad, implican modos de cesación de la vigencia de la ley (*Ibidem.* p. 145-146, 149 y 168). La ley *ad tempus* modifica la noción de vigencia en el sentido de que debe entenderse como ley vigente aquella que pertenece de manera activa al ordenamiento y, en consecuencia, regula potencialmente todas las situaciones por ella contempladas (*Ibidem.* p. 168).

¿Puede ser objeto de una acción de inconstitucionalidad una ley *ad tempus*? No parece que el rango de ley se pierda por el hecho de la derogación, ya que, en la medida de que una norma legal continúa produciendo efectos, sigue siendo relevante cuál sea su colocación en la escala jerárquica. Por ello, desde el punto de vista de las disposiciones que pueden ser objeto de control de constitucionalidad no existe inconveniente en admitir que quepan las disposiciones con rango de ley derogadas. Por otra parte, si bien la cesación de vigencia es uno de los efectos normales de las sentencias declarativas de inconstitucionalidad, es este sólo un mero efecto indirecto o secundario, pues el efecto principal de la declaración de inconstitucionalidad es la nulidad de la ley inconstitucional y no la derogación de la ley inconstitucional como lo preveía el modelo kelseniano, esto es, constituye un juicio negativo sobre la validez en el sentido de la constatación de que una norma ha sido producida sin respetar las condiciones -formales o materiales- que le vienen impuestas por las correspondientes normas sobre la producción jurídica jerárquicamente ordenadas, por lo que en la medida en que una norma que ya no está vigente sigue produciendo efectos, tiene pleno efecto interrogarse acerca de su validez (*Ibidem.* p. 229-231).

En definitiva, puede argumentarse en última instancia que el artículo 132 de la vigente Ley de Minas, tiene vocación de transitoriedad y ya ha perdido vigencia, pero persiste entonces el interés en declarar su inconstitucionalidad, pues no es que la norma en cuestión perdió vigencia sino que lo que se cumplió fue el término preclusivo para acogerse a su régimen, en lo demás la norma sigue vigente y de hecho dos sujetos de derecho, al haber solicitado oportunamente la aplicación a su régimen, tienen pretensiones de favorecerse del mismo y de que sean ejecutadas en su contenido a su favor. La norma conserva entonces toda su validez, a pesar de que pueda considerarse no vigente para la regulación de otras situaciones futuras.

Además, aceptar la posibilidad de la conversión de un inconstitucional e ilegal contrato de explotación minera a favor de terceros en una concesión minera violenta el principio de igualdad ante la ley, ahora en el art. 21 de la Constitución de 1999, pues al incumplirse inmotivadamente con el principio general de la necesidad de la concesión, quienes pudieran haber participado en el procedimiento licitatorio correspondiente, han sido discriminados sin justificación y por vía de meros actos administrativos violatorios de la Constitución y la Ley.

Asimismo, se interpreta discrecionalmente una norma taxativa como la del artículo 138 de la Constitución de 1999 conforme al cual “*Toda autoridad usurpada es ineficaz y sus actos son nulos.*”

Por lo tanto, a la luz de las consideraciones anteriores resulta inconstitucional, en los términos de la Constitución de 1961 y de la Ley de Minas de 1945, así como de la constitución de 1999, la figura de la “encomienda minera” cuando la misma implica el apoderamiento del material extraído por parte de entes ajenos al Ejecutivo Nacional, así como los contratos celebrados con terceros para la consecución de la explotación minera por parte de dichos entes, al no haberse cumplido en ambos casos con las previsiones constitucionales y legales pertinentes.

Esta situación, a juicio de quien emite el voto concurrente, tenía que haber sido tratada en el fallo, así el fondo del litigio fuera sólo relativo al procedimiento (lo que limitaba la *litis*), pero tal procedimiento estaba referido a los contratos cuya constitucionalidad, a juicio de quien suscribe, se encuentran en entredicho, y su relación con el solicitado— se haría impretermitible.

VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. Órganos

A. Tribunal Supremo de Justicia

a'. Sala Político Administrativa

TSJ-SPA (366)

21-4-2004

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Cervecería Polar Los Cortijos, C.A. vs. Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat).

La Sala Político Administrativa resulta competente para conocer de los recursos administrativos que se ejerzan, tanto por razones de inconstitucionalidad como de ilegalidad, contra los actos administrativos de efectos generales emanados del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (Seniat).

Una vez señalado lo anterior, debe ser examinada la situación planteada en el caso concreto y verificar si, en el presente caso, están dadas las condiciones anteriormente descritas para que se materialice el avocamiento y en tal caso, decidir acerca de la medida cautelar innominada de suspensión de efectos solicitada por los representantes de la República, así como respecto del fondo de la controversia. En este orden de ideas, se observa que fue solicitado a esta Sala se avocara al conocimiento del expediente signado con el n° 02-2535, que cursa ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, contentivo del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, ejercido conjuntamente con acción de amparo cautelar y subsidiariamente medida cautelar innominada de suspensión de efectos contra el acto administrativo contenido en la Providencia n° SNAT/2002/1419 de fecha 15 de noviembre de 2002 (*Gaceta Oficial* n° 37.573 del 19-11-02), por medio de la cual se designan como agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado a los denominados Contribuyentes Especiales.

El fundamento de tal solicitud estriba, a decir de los abogados fiscales, en determinadas circunstancias que transitan desde el elemento económico y presupuestario que apareja la citada providencia para el Fisco Nacional y que sobrepone los intereses públicos a los privados, pasando por el hecho de que tal acto constituye un mecanismo de recaudación eficaz y disminución de la evasión que en nada vulnera, a su decir, el régimen legal previsto en la Ley del IVA, hasta llegar al elemento normativo que comporta dicha providencia vista la generalidad de sus disposiciones de índole tributario que escapan por razones de competencia del conocimiento de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Asimismo, se requirió de este Alto Tribunal dictase medida cautelar innominada, a tenor de lo previsto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, consistente en la suspensión de los efectos, así como de todos los actos tendentes a ejecutar la sentencia dictada el 18 de diciembre de 2002 por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y publicada en fecha 15 de enero de 2003, que declaró procedente el amparo cautelar ejercido por la sociedad mercantil accionante y suspendió los efectos de la Providencia Administrativa n° SNAT/2002/1419.

Ahora bien, sobre el referido particular debe esta Sala señalar que mediante su decisión n° 949 del 25 de junio de 2003, caso VICSON, S.A., expediente 2002-1099, dictada con ocasión de la admisión del recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad conjuntamente con acción de amparo cautelar y medida cautelar innominada, que fuera ejercido ante esta Sala Político-Administrativa contra las Providencias Administrativas n° SNAT/2002/1418, SNAT/2002/1419, SNAT/2002/1454 y SNAT/2002/1455, emanadas del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), en fechas 15 y 29 de noviembre de 2002, respectivamente, publicadas en las Gacetas Oficiales Nos. 37.575, las dos primeras y 37.585, las dos últimas, por medio de las cuales se designan como agentes de retención del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a los Entes Públicos Nacionales y a los denominados Contribuyentes Especiales, la misma declaró su competencia natural para conocer de dicho recurso de nulidad, amparo cautelar y medida cautelar innominada, vistas la naturaleza, efectos y el órgano del cual emanan los citados actos administrativos.

Tal decisión fue posteriormente ratificada en los fallos n° 1439 y 1440 de fecha 23/09/03, dictados por esta Sala en los casos BRENNTAG VENEZUELA, C.A. (expediente n° 2003-0058) y OSTER DE VENEZUELA, S.A. (expediente n° 2003-0137)

Así, en los citados fallos y a los efectos de establecer su competencia la Sala partió del análisis de las disposiciones contenidas en los artículos 259 y 266 de la Constitución y 42 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los cuales resultan del siguiente tenor:

“Artículo 259: La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

Artículo 266: Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

(*omissis*) ...

4.4. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal.

5.5. Declarar la nulidad total o parcial de los reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional, cuando sea procedente.

(*omissis*) ...

Las atribuciones señaladas en el numeral 1 serán ejercidas por la Sala Constitucional; las señaladas en los numerales 2 y 3, en Sala Plena; y las contenidas en los numerales 4 y 5 en Sala Político Administrativa. Las demás atribuciones serán ejercidas por las diversas Salas conforme a lo previsto por esta Constitución y la ley.” (Destacado de la Sala).

Artículo 42: Es de la competencia de la Corte como más alto Tribunal de la República:

(*omissis*) ...

9.- Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de ilegalidad, de los actos generales de los órganos unipersonales o colegiados del Poder Público, salvo en los casos previstos en las disposiciones transitorias de esta Ley;

10.- Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos individuales del Poder Ejecutivo Nacional;

11.- Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad, de los actos de los órganos del Poder Público, en los casos no previstos en los ordinales 3º, 4º y 6º del artículo 215 de la Constitución;

12.- Declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional.

(*omissis*)...

Artículo 43. La Corte conocerá en Pleno de los asuntos a que se refiere el artículo anterior en sus ordinales 1º al 8º. En Sala de Casación Civil, hasta tanto el Congreso decida la creación de nuevas Salas, de los enumerados en los ordinales 33, 20 y 21, si estos últimos correspondieren a la jurisdicción civil, mercantil, del trabajo o de alguna otra especial; de igual manera conocerá de los asuntos a que se refiere el ordinal 34. En Sala de Casación Penal, de los señalados en los ordinales 30 al 32 y en los ordinales 20, 21 y 34, cuando estos últimos correspondan a la jurisdicción penal. En Sala Político-Administrativa, de los mencionados en los restantes ordinales del mismo artículo y de cualquier otro que sea de la competencia de la Corte, si no está atribuido a alguna de las otras Salas.”

De tales disposiciones, aplicables de conformidad con la Disposición Derogatoria Única del vigente texto constitucional, pudo concluir este Alto Tribunal que en el ámbito de las facultades concedidas a la jurisdicción contencioso administrativa, corresponde a esta Sala Político-Administrativa, como máxima instancia de dicha jurisdicción, la competencia para conocer de los recursos de nulidad ejercidos por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad contra los actos administrativos generales o particulares emanados del Poder Público, salvo cuando el conocimiento de los mismos resulte atribuido a otro Tribunal, como podría suceder respecto de la competencia residual conferida a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, según lo previsto en el numeral 3 del artículo 185 de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Supremo Tribunal.

Conforme a lo expuesto, resultó imperativo a la Sala precisar la naturaleza jurídica de los actos administrativos impugnados en dicha oportunidad, a los fines de determinar si, a partir de las normas atributivas de competencia *supra* transcritas, éstos resultaban del conocimiento de la misma y, en caso de que resultara competente, proceder a admitir los recursos contenciosos administrativos de nulidad ejercidos conjuntamente con amparo cautelar y medida cautelar innominada de suspensión de efectos, así como a establecer el tratamiento procesal que debían dárseles a dichas controversias. Tales motivos llevaron a este Alto Tribunal, como se mencionó, a adentrarse en el análisis de los actos impugnados, a saber, de las Providencias n° SNAT/2002/1418 y SNAT/2002/1454, por medio de las cuales se designaron

como agentes de retención del IVA a los Entes Públicos Nacionales establecidos en dichos actos y, las Providencias n° SNAT/2002/1419 y SNAT/2002/1455, que designaron a los denominados Contribuyentes Especiales como agentes de retención del referido impuesto; indicando respecto de las últimas lo que a continuación se transcribe:

“...(*omissis*)... analizando las Providencias Administrativas n° SNAT/2002/1419 y SNAT/2002/1455, se observa que las mismas fueron dictadas por el Superintendente Nacional Aduanero y Tributario en los siguientes términos:

“Artículo 1: Se designan responsables del pago del impuesto al valor agregado, en calidad de agentes de retención, a los contribuyentes a los cuales el Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) haya calificado como especiales.

Los contribuyentes especiales fungirán como agentes de retención el impuesto al valor agregado generado cuando compren bienes muebles o reciban servicios de proveedores que sean contribuyentes ordinarios de este impuesto.

Parágrafo Único: A los efectos de esta Providencia se entiende por proveedores a los contribuyentes ordinarios del impuesto al valor agregado que vendan bienes muebles o presten servicios, ya sean con carácter de mayoristas o minoristas.”

Asimismo, como lo hicieran las providencias *supra* analizadas, el artículo 17 de las Providencias n° SNAT/2002/1419 y SNAT/2002/1455 también estableció el régimen sancionatorio aplicable al incumplimiento de los deberes y obligaciones fiscales establecidos en estas, así:

“Artículo 17: El incumplimiento de los deberes previstos en esta Providencia será sancionado conforme a lo previsto en el Código Orgánico Tributario.

En los casos en que el agente de retención entregue con retardo el comprobante de retención exigido conforme al artículo 12 de esta Providencia, o en los casos en los que el proveedor no descuente el impuesto retenido en los períodos que correspondan según lo dispuesto en el encabezamiento y en el primer aparte del artículo 6 de esta Providencia, resultará aplicable la sanción prevista en el artículo 107 del Código Orgánico Tributario.”

En tal sentido, aprecia este Alto Tribunal que los referidos actos administrativos igualmente ostentan carácter general, al establecer un conjunto de disposiciones dirigidas a una universalidad de destinatarios y de contenido abstracto, cuya eficacia causal no se agota con la simple aplicación de las mismas, sino que se extienden reiteradamente en el futuro.

Por otra parte, considera la Sala que de tales providencias se desprenden suficientes elementos para concluir que ostentan carácter normativo, al establecer un conjunto de disposiciones normativas destinadas no sólo a regular las operaciones de compra de bienes muebles y adquisiciones de servicios, realizadas por los contribuyentes especiales con los contribuyentes ordinarios del señalado impuesto al valor agregado, sino a sancionar el incumplimiento por parte de los referidos agentes de retención de las obligaciones y deberes impuestos por dicha providencia, las cuales permanecen vigentes en el ordenamiento jurídico, e incluso se extenderán respecto de aquellos nuevos contribuyentes que a futuro sean catalogados por el Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria como especiales.

En cuanto a sus efectos, resultan igualmente valederas las observaciones antes formuladas respecto de las Providencias n° SNAT/2002/1418 y SNAT/2002/1454, las cuales permiten concluir que se trata de actos administrativos generales de efectos generales de obligatorio cumplimiento para todos los contribuyentes especiales que, si bien pueden ser determinados por la Administración Tributaria, se extiende mucho más allá de éstos y su eficacia causal se erige de forma general para todos aquellos contribuyentes, que ingresen al padrón de contribuyentes especiales en el futuro; siendo ello así y configurando las referidas providencias actos contentivos de reglas de derecho impersonales y abstractas, que extienden sus

efectos más allá de su simple aplicación, en criterio de la Sala resultan, subsumibles dentro de la configuración de los actos administrativos generales de efectos generales. Así también se decide. (Sentencia n° 1439, del 23/09/03 Caso Brenntag Venezuela, C.A.)

Advertida entonces como fue la generalidad de los actos impugnados y sus efectos, debía precisarse si la competencia para conocer y decidir respecto a su legalidad correspondía a esta Sala, o si, por el contrario, resultaba atribuida a otro tribunal de la jurisdicción contencioso administrativa. En tal sentido, se observó que los actos administrativos cuya nulidad se solicitaba, emanaban del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), adscrito al Ministerio de Finanzas, que goza conforme a su decreto de creación y su ley (ésta última publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.320 del 08 de noviembre de 2001), de autonomía técnica, funcional y financiera.

Que, según lo dispuesto en la referida Ley del SENIAT, específicamente lo establecido en su artículo 1°, dicho servicio es “...el órgano de ejecución de la administración tributaria nacional, sin perjuicio de lo establecido en otras leyes”, aunado al hecho de que el propio texto constitucional dispone en su artículo 317 que “La administración tributaria nacional gozará de autonomía técnica, funcional y financiera de acuerdo con lo aprobado por la Asamblea Nacional ...”; sin embargo, tal organismo de ejecución resulta un órgano desconcentrado de la Administración Pública Nacional, conforme a lo dispuesto en los artículos 92 al 94 de la Ley Orgánica de la Administración Pública. De allí, se destacó que si bien el mismo ostenta competencia nacional en cuanto al sistema de tributos del Poder Nacional, por ser un ente desconcentrado de la Administración Pública, carece de personalidad jurídica propia.

Derivado de lo anterior, pudo concluir este Alto Tribunal desde el punto de vista formal, que al ser el SENIAT un servicio autónomo sin personalidad jurídica, vale decir un órgano desconcentrado de la Administración Pública Nacional (Administración Central a través de su ente de adscripción, en este caso el Ministerio de Finanzas), carecía de personalidad jurídica propia y por tanto sus actos así como los efectos de éstos, se imputaban a la personalidad jurídica pública de la cual forma parte; motivo por el cual pudiera pensarse, en forma errónea, que la competencia para conocer y decidir los recursos ejercidos contra las providencias administrativas dictadas por dicho servicio para designar como agentes de retención del IVA a los Contribuyentes Especiales, resultaba de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, vistos los supuestos de competencia residual atribuida a dicha Corte en virtud del numeral 3° del artículo 185 de la ley que rige las funciones de este Alto Tribunal.

Sin embargo, la Sala en dichas ocasiones no pudo dejar de advertir el alcance normativo que ostentan las referidas providencias administrativas, normas éstas cuyo contenido estrictamente tributario imponen obligaciones fiscales no sólo para los denominados Entes Públicos Nacionales y Contribuyentes Especiales, sino que establecen un procedimiento para la retención del aludido tributo, aunado a las sanciones por incumplimiento que contemplan. En tal sentido, fue observado por este Alto Tribunal que de la aplicación de las mismas surgen verdaderas relaciones jurídicas subjetivas en el ámbito del derecho tributario, cuyo conocimiento resultaría, en principio, atribuido a la jurisdicción especial contencioso-tributaria, al consagrar ésta un fuero especial exclusivo y excluyente, por lo que no podría otorgársele competencia para conocer de las mismas a otra jurisdicción ni a otros tribunales de distinta naturaleza, según lo preceptuado en el artículo 330 del Código Orgánico Tributario.

Igualmente, fue advertido en tales ocasiones que los actos impugnados eran actos generales, cuyos efectos se presentaban de igual forma generales, motivos por los cuales escapaban del ámbito de la jurisdicción contencioso tributaria en su primer grado de conocimiento, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 259 del citado Código Orgánico Tributario.

En consecuencia, esta Sala Político-Administrativa en los citados fallos, concluyó que siendo la máxima instancia de la jurisdicción contencioso-tributaria y estándole atribuida la competencia para conocer de los recursos administrativos que se ejerzan, tanto por razones de inconstitucionalidad como de ilegalidad, contra actos administrativos de efectos generales, sin lugar a dudas correspondía a ella la competencia para conocer de los recursos de nulidad ejercidos conjuntamente con amparo cautelar y medida innominada contra las referidas Providencias Administrativas n° SNAT/2002/1418, SNAT/2002/1419, SNAT/2002/1454 y SNAT/2002/1455, conforme a la norma atributiva de competencia residual contenida en el numeral 11 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, declarando así su competencia natural para conocer y decidir las acciones y recursos propuestos contra dichos actos.

Ahora bien, tal y como fue señalado *supra* a los efectos de acordar la procedencia de la solicitud de avocamiento y pronunciarse sobre la medida cautelar innominada requerida por los representantes de la República, debe constatar este Supremo Tribunal si, en el presente caso se cumplen los supuestos del mismo, dentro de los cuales destaca, principalmente, la verificación de si en efecto el órgano jurisdiccional ante el cual cursa el expediente contenido de la causa objeto del avocamiento resulta el naturalmente competente para conocer de ella; no obstante, dicho supuesto de procedencia tal y como se ha venido indicando en la motivación del presente fallo, no se verifica en el caso de autos, toda vez que el órgano jurisdiccional competente para conocer de las acciones y recursos ejercidos y por ejercer contra los aludidos actos administrativos emanados del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria resulta, esta Sala Político-Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia.

Por tal virtud, sólo corresponde a esta Sala la competencia exclusiva y excluyente ante cualquier otro tribunal de la República para conocer y resolver las controversias suscitadas respecto a la constitucionalidad y legalidad de los *supra* señalados actos del SENIAT, motivó por el cual esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, se declara competente para conocer y decidir la causa contenida en el expediente n° 02-2535 de la nomenclatura de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así se declara.

Derivado de lo anterior, y no obstante esta Sala haber declarado su competencia para conocer y decidir la causa contenida en el citado expediente ° 02-2535, se colige con meridiana claridad que la solicitud de avocamiento y por consiguiente de medida cautelar de suspensión de efectos formuladas por los representantes de los intereses de la República, en la causa que cursa en el expediente signado con el n° 02-2535, de la nomenclatura llevada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, contenido del recurso de nulidad con acción de amparo y medida cautelar innominada contra la *supra* citada Providencia Administrativa SNAT/2002/1419, resulta a todas luces improcedente, por lo cual resulta inoficioso a esta Sala pronunciarse respecto de las demás alegaciones expuestas al efecto por la representación fiscal. Así se decide.

Sin embargo, este Máximo Tribunal no puede dejar de advertir en el presente caso que en fecha 18 de noviembre de 2002, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo dictó sentencia en el citado expediente n° 02-2535, manifestando su competencia para conocer del caso de autos, admitiendo el recurso de nulidad ejercido, declarando “Con Lugar” el amparo cautelar solicitado y ordenando, la apertura del cuaderno separado para tramitar la oposición al amparo cautelar acordado.

De igual forma, en fecha 19 de febrero de 2003, la señalada Corte dictó nuevamente sentencia en dicho expediente, esta vez para decidir respecto de la solicitud de aclaratoria formulada por la recurrente, y en cuya oportunidad se pronunció, además, acerca de la solicitudes de adhesión formuladas por un grupo de contribuyentes para que se les tuviese como

verdaderas partes en el proceso a tenor de lo previsto en el “artículo 370, ordinal 1° del Código de Procedimiento Civil”, respecto de las solicitudes presentadas por otros contribuyentes del referido impuesto de ser tenidos como terceros coadyuvantes en dicho juicio, así como en cuanto al requerimiento formulado por otro conjunto de contribuyentes de que se les extendiesen a ellos los efectos de la decisión dictada el 18 de noviembre de 2002 y publicada el 15 de enero de 2003, bajo el n° 2003-4, que declaró “Con Lugar” el amparo cautelar incoado por la recurrente contra la mencionada Providencia Administrativa n° SNAT/2002/1419, es decir, extendiendo su fallo primigenio, mucho más allá a través de la vía procesal de la aclaratoria.

En este contexto, siendo dicha Corte Primera de lo Contencioso Administrativo un órgano jurisdiccional carente de toda competencia para conocer de los aludidos actos administrativos emanados del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT) y por consiguiente, estándole vedada posibilidad alguna de conocer cualquier tipo de acción o recurso contra los mismos, visto que tal como se ha indicado a lo largo de este fallo, dicha posibilidad es competencia exclusiva y excluyente de esta Sala Político-Administrativa, como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, y siendo asimismo, la competencia de orden público, resulta imperativo a ésta proceder a declarar, de conformidad con los artículos 206 y 209 del Código de Procedimiento Civil, la nulidad absoluta de todas las actuaciones procesales cumplidas en el expediente n° 02-2535 de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, dentro de las cuales destacan la decisión dictada el 18 de diciembre de 2002 que declaró “Con Lugar” el amparo cautelar solicitado por la sociedad mercantil Cervecería Polar Los Cortijos, C.A., así como la aclaratoria de dicha sentencia de fecha 19 de febrero de 2003; ello así en virtud, de la incompetencia manifiesta de dicha Corte para conocer y decidir el referido caso. Así se declara.

Ahora bien, habiéndose declarado la nulidad absoluta de todas las actuaciones procesales llevadas a cabo en el referido expediente N° 02-2535 de la nomenclatura de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, y siendo esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir de las respectivas acciones y recursos ejercidos o por ejercer, y, específicamente, de la acción y el recurso intentados en el referido expediente N° 02-2535, en contra de los actos administrativos contenidos en las Providencias Administrativas n° SNAT/2002/1418, SNAT/2002/1419, SNAT/2002/1454 y SNAT/2002/1455, emanadas del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), debe este Alto Tribunal en aras de una tutela judicial efectiva y para preservar los derechos a la defensa y al debido proceso tanto de la recurrente original en dicha causa, es decir, la sociedad mercantil Cervecería Polar Los Cortijos, C.A., así como de las sociedades mercantiles que se adhirieron en su oportunidad a dicha causa, ordenar la tramitación de un expediente, a objeto de dar curso legal al recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, medida cautelar de amparo constitucional y medida innominada subsidiaria de suspensión de efectos, que fuera ejercido erróneamente por la mencionada contribuyente ante la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, a cuyo efecto se procederá a designar ponente a los fines de decidir sobre la admisibilidad del referido recurso de nulidad y la acción de amparo cautelar incoados, prescindiendo de la competencia ya decidida en el presente fallo. Así se declara.

TSJ-SPA (548)

1-06-2004

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Graciano Briñez Manzanero y otros vs. CORPOZULIA

La nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia establece un régimen especial de competencia a favor de la Sala Político Administrativa, en todas aquellas acciones intentadas que cumplan con las dos condiciones contempladas en la misma, a saber: Que se demande a la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente; y que la acción incoada tenga una cuantía superior a setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.) (numeral 24, artículo 5 LOTSJ).

Siendo la oportunidad para pronunciarse sobre la declinatoria de competencia, declarada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, en la demanda que por “indemnización” ejercieron los ciudadanos Graciano Briñez Manzanero y Benjamín Alcides Montiel Mújica, este último en representación del ciudadano Ángel Emilio Romero, contra la Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana (CORPOZULIA), esta Sala observa:

Para determinar la competencia en el caso de autos, debe atenderse en primer lugar, a que la presente demanda es intentada con ocasión de la afectación de un terreno a través del Decreto n° 1.755 de fecha 7 de septiembre de 1.976, publicado en *Gaceta Oficial* de la República n° 31.077 de fecha 28 de diciembre de 1976, ello -a decir de los actores- a los fines de la ejecución del Complejo Siderúrgico del Estado Zulia, dentro del cual se encuentra supuestamente el terreno de los accionantes, terreno éste, que según sostienen, ya había sido ocupado para tal fin.

Siendo ello así, se hace necesario destacar el contenido del artículo 8 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, el cual dispone:

“Artículo 8:

Todo propietario a quien se prive del goce de su propiedad, sin llenar las formalidades de esta Ley, podrá ejercer todas las acciones posesorias o petitorias que correspondan, a fin de que se le mantenga en el uso, goce y disfrute de su propiedad, debiendo ser indemnizado de los daños y perjuicios que le ocasione el acto ilegal.”

En concordancia con lo anteriormente expuesto, resulta relevante igualmente hacer referencia al contenido del artículo 64, aparte Único de la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio, que establece:

“Artículo 64:

Cuando la ejecución de los planes de ordenación del territorio implique la extinción del derecho de propiedad, las autoridades respectivas competentes deberán proceder a decretar la expropiación, conforme a la ley especial.

A tal efecto, en el Plan respectivo de Ordenación del Territorio se deberá establecer un lapso para la ejecución de la expropiación correspondiente, cónsono con la naturaleza y alcance de la actividad a realizar. Cuando el lapso sea superior a tres (3) años, la autoridad competente deberá establecer un régimen transitorio de uso efectivo de la propiedad afectada.

UNICO: Vencido el lapso para la ejecución de la expropiación previsto en el Decreto respectivo, sin que los entes públicos competentes hubieren procedido consecuentemente, se deberá indemnizar al propietario por las limitaciones al uso de su propiedad y deberá reglamentarse un uso compatible con los fines establecidos en el plan respectivo”. (Resaltado de la Sala).

De los artículos anteriormente transcritos y de los argumentos expuestos por la parte demandante, se evidencia que la misma lo que pretende a través de la presente acción es que condene al Instituto Autónomo Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana (CORPO-

ZULIA), por los daños y perjuicios ocasionados en virtud de la afectación del terreno de su propiedad con fundamento en el Decreto n° 1.755, por no haber recibido, a su decir, un pago oportuno como justa indemnización por dicha expropiación, aún cuando dicho terreno ya ha sido ocupado a los fines de la ejecución del referido Decreto.

Habiéndose determinado lo anterior, debe verificarse si el caso de autos es de la competencia de esta Sala Político Administrativa, y al respecto se observa, que la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.942 del 20 de mayo de 2004, en el numeral 24 de su artículo 5, establece:

Artículo 5. Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:

omissis

24. Conocer de las demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.)

Por su parte, el primer aparte del mismo artículo define que esa competencia corresponde a esta Sala Político Administrativa.

Se observa entonces, que la norma arriba transcrita establece un régimen especial de competencia a favor de esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en todas aquellas acciones intentadas que cumplan con las dos condiciones contempladas en la misma, a saber: 1) Que se demande a la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República ejerza un control decisivo y permanente; y 2) Que la acción incoada tenga una cuantía superior a setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), que en la actualidad son equivalentes a mil setecientos veintinueve millones veinticuatro mil setecientos bolívares (Bs. 1.729.024.700,00).

Debe la Sala entonces, a los fines de establecer la competencia, analizar si la acción incoada cumple o no con las condiciones antes descritas, y en tal sentido observa:

En primer término, la demanda fue intentada contra el Instituto Autónomo Corporación de Desarrollo de la Región Zuliana (CORPOZULIA), creado por Ley de fecha 9 de julio de 1969, publicada en *Gaceta Oficial* n° 28.979 de fecha 26 de julio de 1969; por lo que se considera satisfecho el primer requisito arriba señalado.

En segundo término, se observa que la demanda fue estimada en sesenta y cinco millones ochocientos setenta y seis millones trescientos mil bolívares (Bs. 65.876.300.000,00), cantidad ésta que excede del límite establecido por la norma.

En conclusión, al comprobarse la existencia de las circunstancias previstas en el numeral 24 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, debe aceptarse la competencia declinada por el Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Así se decide.

b'. *Sala Electoral*

TSJ-SE (27)

29-3-2004

Magistrado Ponente: Alberto Martín Urdaneta

Caso: Julio Borges y otros vs. Consejo Nacional Electoral.

La Sala Electoral Accidental del Tribunal Supremo de Justicia reitera la competencia exclusiva y excluyente que detenta, en ejercicio de la jurisdicción contencioso electoral, para conocer de todos los asuntos relacionados con el control de los actos, actuaciones y omisiones del Consejo Nacional Electoral, con excepción de los amparos autónomos contra los órganos distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Expresado lo anterior, pasa esta Sala Electoral Accidental a pronunciarse sobre los criterios expresados por la Sala Constitucional Accidental en su fallo n° 442 y que, a su juicio, pretende generar efectos “polifacéticos” al contener: a) pronunciamientos relacionados con la solicitud de revisión y la consecuente declaratoria de nulidad del fallo n° 24 de esta Sala Electoral; b) ratificar la competencia, no discutida, del Consejo Nacional Electoral para dictar actos como los impugnados mediante el presente recurso; c) solicitar, finalmente, la remisión de las causas relacionadas con el presente expediente a los fines de decidir un “avocamiento” planteado ante su sede; y d) pretender derivar un desacato por esta Sala Electoral Accidental. Así, pasa la Sala Electoral Accidental a observar lo siguiente:

De la competencia de esta Sala Electoral

En cuanto a la competencia para conocer y decidir el recurso contencioso electoral interpuesto conjuntamente con solicitud de amparo cautelar contra las dos resoluciones dictadas por el Consejo Nacional Electoral, e identificadas en el presente fallo, esta Sala, mediante sentencia n° 2 de fecha 10 de febrero de 2000 (Caso: Cira Urdaneta vs Consejo Nacional Electoral), delineó su marco competencial, en razón de la entrada en vigencia de un nuevo orden constitucional y con ocasión de la creación del Poder Electoral así como de la Jurisdicción Contencioso Electoral. En dicho fallo se estableció lo siguiente:

“En efecto, los dispositivos constitucionales evidencian la intención de la Carta Magna de erigir en una nueva rama del Poder Público, al Poder Electoral, pues así se desprende inequívocamente de su conformación orgánica (Consejo Nacional Electoral, Junta Electoral Nacional, Comisión de Registro Civil y Electoral y Comisión de Participación Política), la cual armoniza con las nuevas funciones que se le atribuyen a dicho Poder (que lógicamente incluye a la clásica electoral antes enunciada), dirigidas a lograr fundamentalmente hacer realidad la participación y el protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía en lo político, tal como lo preceptúa el citado artículo 70 *ejusdem*, que contempla como medios para lograr el referido propósito, además de la elección de cargos públicos, el referendo en sus diversas modalidades (consultivo, aprobatorio, abrogatorio y revocatorio), la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos. En fin, planteada así la situación podría decirse que la Constitución de 1999 configura, en primer lugar, una organización del Poder Público novedosa en el marco del Derecho Constitucional, y en segundo lugar, una rama de ese Poder (el Electoral), también novedosa, pero sobre todo casi inédita -entiéndase conceptualizada como tal Poder para ejercer las mencionadas funciones, y no como un órgano simple de la Administración Pública Nacional- en el ámbito de esa rama de la Ciencia Jurídica, lo que en resumen denota un profundo cambio institucional que tiene como norte la promoción de una democracia más directa y participativa como sistema político para todos los venezolanos.

Ahora bien, resulta lógico suponer que la creación de un nuevo Poder Público Nacional necesariamente debe estar inscrita en el contexto de principios fundamentales y hasta de orden civilizatorio que deben presidir todo ordenamiento constitucional en el mundo actual, como efectivamente ocurre en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como son el control jurisdiccional sobre todos y cada uno de los actos del Poder Público, derivado del principio de legalidad (artículo 137) y el de la tutela efectiva de los derechos ciudadanos (artículo 26). En ese orden de razonamiento también el texto constitucional guarda la debida congruencia y armonización lógica, pues a los fines de ejercer el

control judicial de los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del nuevo Poder, crea una jurisdicción especial, derivada del entramado normativo constituido por los artículos 253, 259 y 262, y muy especialmente el 297 del texto fundamental, que emblemáticamente se refiere a dicha jurisdicción en los siguientes términos 'la jurisdicción contencioso electoral será ejercida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la Ley'. De modo, pues, que la creación del nuevo Poder (el Electoral), originó la voluntad inequívoca de la Constitución de erigir a su vez una jurisdicción especial, con la competencia exclusiva y excluyente de controlar los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del mencionado Poder.

En cuanto a la determinación específica de las atribuciones de dicha jurisdicción, entendida como complejo orgánico de tribunales competentes para el control de la legalidad y hasta de la constitucionalidad, en determinados casos, de los actos, actuaciones y abstenciones del Poder Electoral, en el ejercicio de sus funciones para tornar operativas las diversas modalidades de participación ciudadana, y en definitiva de la expresión de la voluntad popular, sabiamente el Constituyente la remite a la legislación respectiva.

Ahora bien, de la interpretación concordada de las normas constitucionales antes invocadas, se desprende, en criterio de la Sala, que el aludido desarrollo legislativo deberá estar orientado por los siguientes criterios básicos:

PRIMERO: El de preservación de la voluntad popular expresada mediante las modalidades previstas en el artículo 70 constitucional, conforme a la organización, dirección y ejecución del correspondiente proceso por los órganos del Poder Electoral, razón por la cual la función de los Tribunales que integren la Jurisdicción Contencioso Electoral debe estar presidida, por encima de razones formales, por el principio del respeto a la voluntad del pueblo, conceptualizada como expresión de participación y protagonismo en ejercicio de la soberanía en lo político.

SEGUNDO: El de ampliación del ámbito y modalidades del referido control por parte de la Jurisdicción Contencioso Electoral, de tal modo que exceda la potestad anulatoria, extendiéndose también a la actuación y a la abstención de todos los órganos del Poder Electoral, incluyendo la facultad para interpretar los dispositivos electorales de rango legal.

TERCERO: El de la conjugación de los criterios orgánico y material a los efectos de la determinación de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-Electoral, de tal modo que todo acto, actuación o abstención del Poder Electoral, trátese de naturaleza electoral en sentido restringido (vinculado estrictamente a un proceso comicial clásico o de referendo), esto es, de la elección de los titulares de los Poderes Públicos, de las autoridades de sindicatos, gremios profesionales y otras organizaciones de la sociedad civil, así como lo relativo a la constitución, funcionamiento y cancelación de las organizaciones con fines políticos; o bien en sentido amplio, en lo relativo al funcionamiento institucional de los órganos del Poder Electoral, así como el correspondiente restablecimiento de la situación jurídica infringida, de resultar procedente, deba entrar en la esfera de competencia de los Tribunales que integren la Jurisdicción Contencioso Electoral, que como es sabido, por disposición del artículo 297 constitucional, corresponde a esta Sala y a los demás Tribunales que determine la Ley.

Ahora bien, cabe advertir que atendiendo a los criterios anteriores, lógicamente guardando la debida congruencia con la finalidad perseguida, con la aprobación del Estatuto Electoral del Poder Público, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela número 36.884 del 3 de Febrero de 2000, destinado a regir exclusivamente los primeros procesos comiciales bajo la vigencia de la Constitución de 1999, ha sido la propia Asamblea Nacional Constituyente la precursora en la elaboración de las primeras pautas normativas a este respecto, las cuales deberán ser complementadas o sustituidas por la legislación que en materia judicial y electoral está llamada a aprobar la Asamblea Nacional, de acuerdo con lo previsto en la Disposición Transitoria Cuarta, numeral 5, de la Constitución vigente.

En defecto de norma legal concreta, debido a la inexistencia de la referida regulación que deberá ser sancionada por la Asamblea Nacional, la Sala estima que durante ese período resulta procedente la aplicación supletoria de la legislación preconstitucional, en todo lo que no se oponga a la Constitución y al Estatuto Electoral del Poder Público, en acatamiento a lo preceptuado en la Disposición Derogatoria Única de la Constitución.

En este orden de ideas, de acuerdo con el Estatuto Electoral del Poder Público (artículo 30), y a los efectos de los próximos procesos para la elección de Presidente de la República, Diputados a la Asamblea Nacional, Gobernadores de Estado y Diputados a los Consejos Legislativos Estadales, Alcalde del Distrito Metropolitano de Caracas, Concejales del Cabildo Metropolitano, Alcaldes de los Municipios e integrantes de los Concejos Municipales, integrantes de las Juntas Parroquiales, así como representantes a los Parlamentos Latinoamericano y Andino, que se celebrarán el próximo 28 de mayo, se determina la competencia de esta Sala Electoral así:

1. Declarar la nulidad total o parcial por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad de los reglamentos y demás actos administrativos dictados por el Consejo Nacional Electoral en ejecución del Estatuto, así como de aquellos relacionados con su organización, administración y funcionamiento.
2. Conocer y decidir los recursos de abstención o carencia que se interpongan contra las omisiones del Consejo Nacional Electoral relacionadas con el proceso electoral objeto del Estatuto, o con su organización, administración o funcionamiento.
3. Conocer y decidir los recursos de interpretación que se interpongan con el objeto de determinar el sentido y alcance de las normas contenidas en el Estatuto Electoral y de la normativa electoral que se dicte en ejecución del mismo.”.

Este marco competencial ha sido constante, pacífica y reiteradamente mantenido por la Sala Electoral desde el mismo día de iniciar su funcionamiento, e igualmente sostenido por otras Salas de este Alto Tribunal como la Político Administrativa (*Vid.*, Sentencias n° 869 de fecha 09/05/01; n° 735 de fecha 30/03/00 y n° 26 de fecha 16/01/02) y la mismísima Sala Constitucional, la cual en sentencia de fecha n° 250 de fecha 20 de febrero de 2003, estableció lo que a continuación se transcribe íntegramente debido a su relevante importancia para el caso de autos:

“(omissis)

I DE LA COMPETENCIA

1.- El acto impugnado en esta ocasión es la Resolución n° 021203-457 de 3-12-02 dictada por el Consejo Nacional Electoral. Allí se decidió aprobar la **solicitud que hiciera un grupo de ciudadanos mayor del diez por ciento de los electores inscritos en el Registro Electoral de que se convocara a un referéndum consultivo**, y, en consecuencia, se fijó la fecha de celebración del mismo para el 2-02-03. La pregunta que se formulará será la siguiente: **“¿Está usted de acuerdo con solicitar al Presidente de la República, ciudadano Hugo Rafael Chávez Frías, que de manera inmediata renuncie voluntariamente a su cargo.”**.

2.- Con el fin de verificar si esta Sala, tal y como lo afirman los solicitantes, es competente para tramitar la pretensión propuesta, habrá que examinar el lugar que ocupa en el entramado organizativo estatal el órgano que lo dictó y el tipo de fuente de derecho en que consiste el acto en cuestión, toda vez que las atribuciones que le han sido otorgadas a esta Sala Constitucional en lo que toca a la nulidad por inconstitucionalidad de actos de los órganos del Poder Público, vienen asociadas al tipo de órgano que lo haya dictado y al rango que ocupa el acto de que se trate en el sistema normativo (que va desde las leyes o actos con igual rango que éstas, pasando por los reglamentos, sentencias y actos administrativos, a los actos de simple ejecución). Así es como el artículo 336 de la Constitución en sus numerales 1, 2, 3 y 4 hacen depender el trámite de las solicitudes de nulidad allí previstas de que los actos impugnados provengan de alguna alta autoridad pública, y que los mismos ostenten rango de ley o hubieran sido dictados en ejecución directa e inmediata la Constitución.

A este respecto, hay que decir que **se trata de un acto dictado por el Consejo Nacional Electoral en virtud de la potestad que le otorga la Constitución de ser titular del Poder Electoral. En vista de tal potestad, dicho ente se encarga de dirigir y ejecutar diversos tipos de procesos comiciales**, tanto ordinarios (dispuestos al proveimiento de cargos de elección popular o para la conformación de directivas de ciertas organizaciones de derecho social o corporativo), **como los correspondientes a las modalidades dispuestas por la Constitución en su artículo 70, puestos allí con el fin de acentuar la participación y el protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía en lo político, entre los que cabe mencionar: el referendo en sus diversas especies** (consultivo, aprobatorio, abrogatorio y **revocatorio**), la consulta popular, **la revocatoria del mandato**, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos. Todo ello en el marco de los derechos políticos que la Constitución asegura a los ciudadanos en su Título III, Capítulo IV, Sección Primera.

Pero la Constitución, además de elevar al Consejo Nacional Electoral a titular de una de las divisiones que forman la rama nacional del Poder Público, se esforzó en explicitar una serie de tareas que a éste le cumpliría ejecutar (art. 293). Por esta suerte le corresponde: reglamentar las leyes electorales, formular su presupuesto, dictar directivas vinculantes en materia de financiamiento y publicidad político-electorales, declarar la nulidad total o parcial de las elecciones, organizar las elecciones de sindicatos, gremios profesionales y organizaciones con fines políticos, gestionar el Registro Civil y Electoral, organizar la inscripción y registro de las organizaciones con fines políticos y controlar sus fondos de financiamiento y **encargarse de la gestión de todo lo relativo a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos**, entre otros.

Tareas que si bien se encuentran establecidas en la Constitución, no por ello debe deducirse que en todos los casos su ejercicio deviene directamente de su consagración en la misma.

De allí que haya que distinguir en la generalidad de atribuciones establecidas en la Constitución aquellas directa e inmediatamente atribuidas, relacionadas fundamentalmente con las denominadas *actividades de dirección suprema de la sociedad o potestades superiores* de las instituciones públicas, que tienen que ver con la determinación de la orientación política, la defensa interior y exterior y la normación, o establecimiento de normas generales y superiores de la sociedad, como por ej.: los actos con rango de ley, la declaración de estados de necesidad (alarma, excepción o conmoción), la potestad normativa del Tribunal Supremo de Justicia (normas para la dirección, gobierno y administración del Poder Judicial), de aquellas que, si bien mencionadas en la Constitución, atienden al giro ordinario de los entes investidos de potestades públicas distintas a las anteriormente mencionadas (*potestades superiores*), y que se refieren a actividades de ordenación o integración de la sociedad (ilustrativamente pueden mencionarse: la actividad administrativa, mediante la cual se ejecutan las normas y decisiones generales, se proporcionan servicios públicos y se extraen los recursos materiales y humanos necesarios para el funcionamiento del poder político; la actividad judicial, mediante la cual se adjudica el derecho preferente a los intereses conflictivos en los casos concretos y la actividad político-partidista a la cual da sustento la actividad electoral, tal y como quedó dicho anteriormente) (Cf. I. Bouza-Brey, L.: "El Poder y los Sistemas Políticos", en: Miquel Caminal (Ed): *Manual de Ciencia Política*, Tecnos, 1999, p. 58).

Un ejemplo concreto del segundo tipo de normas aludido es el supuesto contenido en el numeral 2 del citado artículo 293, referido a que el Consejo Nacional Electoral deberá *'Formular su presupuesto, el cual tramitará directamente ante la Asamblea Nacional y administrará autónomamente'*. La formulación del presupuesto del Consejo Nacional Electoral, en tanto acto mediante el cual se proyectan las metas a alcanzar en función de las tareas asignadas y se estiman los recursos necesarios para su realización, es una práctica de la administración financiera de los órganos del sector público y no ejecución inmediata de una atribución específica dada a dicho ente por la Norma Fundamental, pues es conocido que todos los órganos públicos deben elaborar un presupuesto, el cual será integrado, tras los ajustes respectivos y previo cumplimiento de las normas previstas a ese fin, al presupuesto general del Estado.

Otro ejemplo, y con ello se entra en el caso concreto planteado, es el contenido en el numeral 5 del mismo artículo, conforme al cual a dicho Consejo le corresponde: ‘La organización, administración, dirección y vigilancia de todos los actos relativos a la elección de los cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos’. De su lectura también se obtiene una conclusión similar a la que se llegó respecto al numeral 2 del mismo artículo, toda vez que la gestión de los comicios destinados a la elección de autoridades por votación popular así como los procesos que persigan la satisfacción del *desiderátum* de una democracia más participativa, con ser una misión fundamental del Consejo Nacional Electoral, **no es -por su carácter integrador- una potestad superior en los términos explicados previamente y, en consecuencia, no debe tenerse sino como la concreción dispensable de la función electoral anunciada en el artículo 136** (*‘El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral’*) y **292 constitucionales** (*‘El Poder Electoral se ejerce por el Consejo Nacional Electoral...’*). En otras palabras, **la materia en cuestión supone el contenido mínimo de la potestad electoral que le ha sido asignada a dicho organismo, pero cuyos servicios tendría que prestar aun en el caso de que tal especificación no hubiera sido hecha.**

Por lo tanto, los actos que dicte dicho Consejo en trance de realización de un comicio o proceso electoral de los aludidos, **no deben tomarse como del tipo de aquellos dictados en ejecución directa o inmediata de la Constitución.** Son, en el sentido de la mencionada actividad de ordenación e integración, actos de gestión electoral, y ocupan de este modo un nivel similar al que tienen los actos administrativos como producto del ejercicio del Poder Ejecutivo por los órganos de mayor jerarquía de la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal centralizadas.

Por ello, y en razón de los anteriores razonamientos, es por lo que esta Sala no resulta competente para tramitar la solicitud de nulidad propuesta, y así se establece.

3.- En cuanto al órgano jurisdiccional competente, *la propia Constitución es clara cuando indica en su art. 297 que ‘La jurisdicción contencioso electoral será ejercida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley’.*

El cual, por cierto, debe inspirar la correcta y actualizada interpretación de la norma que se desprende de la lectura conjunta de los artículos 42.12. y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. El primero dice que es competencia de este Alto Tribunal declarar la nulidad, cuando sea procedente por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de los actos administrativos generales o individuales del Consejo Supremo Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional; el segundo prescribe que es competencia de la Sala Político-Administrativa conocer de estas solicitudes. Sin embargo, **es lógico que una interpretación constitucionalizante del mismo le haga decir que las pretensiones que a su respecto se intenten las conozca la jurisdicción contencioso electoral, y así se decide.**

En cuanto a la competencia de la jurisdicción contencioso electoral, la Sala Electoral ha afirmado que la misma supone: a) el examen de recursos contencioso electorales sea que se denuncien vicios de ilegalidad o inconstitucionalidad respecto de actos, actuaciones o abstenciones del Consejo Nacional Electoral, dictados o suscitados en el marco de un proceso de naturaleza electoral en sentido restringido (es decir, vinculado estrictamente a un proceso comicial clásico o de referendo) o bien con relación al funcionamiento institucional de los órganos del Poder Electoral, y b) el restablecimiento de situaciones jurídicas infringidas en el marco de dichos procesos (sent. n° 02/2000).

Siendo, pues, que el acto impugnado fue dictado por el Consejo Nacional Electoral en el ejercicio de una de sus atribuciones, **resulta competente para examinar la solicitud formulada en su contra la jurisdicción contencioso electoral,** y, en particular, su único órgano constituido hasta el momento, cual es la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia. **Así se decide.**” (Resaltado y subrayado de esta Sala).

Ahora bien, la sentencia de la Sala Constitucional Accidental N° 442 de fecha 23 de marzo de 2004 -revisora del fallo de amparo cautelar dictado por esta Sala Electoral Accidental en fecha 15 de marzo de 2004 bajo el n° 24- al solicitar la inmediata remisión de todos los expedientes relacionados con los recursos contenciosos electorales interpuestos, con ocasión de los referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular que cursen por ante esta Sala contraría, abierta y flagrantemente lo dispuesto en la sentencia parcialmente transcrita *ut supra*, lo cual, a juicio de los integrantes de la Sala Electoral Accidental, demuestra una inconsistencia procesal, pues se emite pronunciamientos sobre el fondo del asunto debatido, sin que se hubiere avocado al conocimiento de la causa -figura por demás absolutamente improcedente- y sin haber tenido a la vista el expediente, lo que es perfectamente demostrable por cuanto el fallo dictado por esa Sala Constitucional Accidental no cuestiona la competencia de esta Sala Electoral, en el caso a que se contrae, por resultar evidente e incuestionable tal competencia.

Inexistencia del desacato imputado por la Sala Constitucional Accidental

Ahora bien, debe destacar la Sala Electoral Accidental sin desconocer ni cuestionar la competencia que tiene atribuida la Sala Constitucional de este Alto Tribunal para, por vía excepcional, declarar la nulidad de un fallo, de conformidad con el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en los términos y condiciones delimitados por esa misma Sala en reiterada jurisprudencia (*Vid.* Sentencias Nros. 93 y 2272 de fechas 06-02-01 y 01-10-02), que en esa misma decisión anulatoria (n° 442/2004), a criterio de esta Sala Electoral Accidental, sin justificación ni motivación alguna, extralimitándose en sus atribuciones revisoras, la Sala Constitucional Accidental pretende ratificar el contenido de su decisión n° 387 de fecha 16 de marzo de 2004, cuyo contenido (causa y efectos), no formó parte del *thema decidendum* que con ocasión de tal revisión conoció, inherente a una solicitud formulada en un expediente distinto (n° 2004-0475), cuya orden esta Sala Electoral Accidental resolvió no cumplir, por no existir obligación constitucional, legal ni jurisprudencial alguna para ello, en los términos que le fueron expresamente señalados al Presidente de la Sala Constitucional en la oportunidad de dar acuse a sus oficios n° 04-570, 04-571 y 04-611, mediante oficio n° 04.052 que en fecha 18 de marzo de 2004 la Sala Electoral le remitiera y cuyo contenido se ratifica en el presente fallo.

En cuanto al pretendido “DESACATO” o “DESOBEDIENCIA A LA AUTORIDAD” se aprecia del texto de la sentencia de revisión que la Sala Constitucional Accidental asevera que esta Sala Electoral Accidental, “...*aparte de las infracciones indicadas supra, incurrió en desacato a la medida que la intimó a suspender el trámite del recurso contencioso-electoral al cual se acumuló la pretensión de amparo cautelar en la cual se produjo el fallo objeto de la presente revisión, y remitir los expedientes relativos a los recursos que ante ella cursaron, mientras esta Sala Constitucional proveyera lo conducente a la admisión del avocamiento que le fuera solicitado.*”, concluyendo “...*que tal desacato viola flagrantemente la competencia de ésta sobre sus interpretaciones vinculantes, al objeto de garantizar la supremacía de la constitución y la efectividad de las normas y principios constitucionales, lo que hace incurrir a la Sala Electoral Accidental en desobediencia a la autoridad, conforme lo dispone el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.*” (énfasis añadido).

Cabe advertir en este punto que pareciera ser, dado lo ambigua de su redacción, que la Sala Constitucional Accidental pretende derivar la comisión del desacato a la inobservancia de una orden genérica y absolutamente impropia que pretendió impartir a la Sala Electoral (no sólo a la Sala Electoral Accidental que se constituyó para conocer del asunto contenido en el expediente n° 2004-000021), comprendida en los oficios ya referidos y la decisión n° 387/2004, a pesar de estar en conocimiento de las razones por las cuales esta Sala no dio cumplimiento a la aludida “orden”, por considerar que la decisión no tiene el carácter ni la fuerza vinculante de una decisión legalmente proferida, en virtud de las siguientes razones:

1.- La Sala Electoral no es órgano subordinado ni jerárquicamente dependiente de la Sala Constitucional, natural o Accidental, ni en el plano jurisdiccional ni de organización administrativa, además de ser la especializada por la materia conforme a lo establecido en el artículo 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

2.- La Sala Constitucional no se ha pronunciado válida y favorablemente con respecto al avocamiento que señaló estar conociendo, el cual es, a todas luces, inadmisibile o en todo caso improcedente de conformidad con la pertinente jurisprudencia (*Vid.* Sentencia n° 806 de fecha 24 de abril de 2002, caso SINTRACIMIENTO), además de la circunstancia de haber sido solicitado por una persona que no es parte en los procesos judiciales cuyo avocamiento solicita y haber pretendido, la Sala Constitucional Accidental hacer valer los efectos de tal avocamiento mediante una sentencia evidentemente inexistente, como se ha demostrado *ut supra*.

3.- La Sala Constitucional Accidental, a la fecha, no ha declarado en forma expresa que sea el órgano jurisdiccional competente al cual le corresponda conocer de la acción judicial que bajo el expediente n° 2004-000021 conoce esta Sala Electoral Accidental, así como cualquier otra acción judicial materialmente conexas con esta, tal y como mas adelante se señala.

4.- La decisión en la cual se fundamenta la Sala Constitucional Accidental en la referida decisión N° 387/2004, para solicitar de la Sala Electoral unos expedientes judiciales no identificados en forma individual, a saber su decisión n° 2748 de fecha 20 de diciembre de 2001 (caso Javier Elechiguerra), contrariamente a lo afirmado por ésta, declara que la competencia material para conocer de asuntos como el recurso contencioso electoral en cuestión (Exp. n° 2004-000021) corresponde a la Sala Electoral.

5.- La decisión N° 24 de esta Sala Electoral Accidental no contraría criterios ni principios contenidos en decisión alguna con carácter vinculante emanada de la Sala Constitucional, por el contrario, las ratifica plenamente.

6.- El invocado artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales sólo es aplicable en caso de desacatos a mandamientos de amparo constitucional, no siendo esta la situación planteada por la Sala Constitucional Accidental, ya que la misma señaló estar conociendo de una solicitud de avocamiento y no de una acción de amparo constitucional.

Ahora bien, cabe resaltar que la figura del desacato al mandamiento de amparo constitucional y su consecuente sanción de prisión, prevista entre seis (6) y quince (15) meses, únicamente encuentra consagración en el artículo 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales ello así, y dado el carácter restrictivos de las normas sancionatorias, mal podría la Sala Constitucional Accidental pretender asimilar el desacato previsto en el mencionada Ley a la actuación de la Sala Electoral Accidental en defensa de su competencia, salvo que con ello pretenda, por una parte, amedrentar y, por la otra, distraer, mediante una sentencia de revisión constitucional, la sustracción de esta Sala del conocimiento de un recurso contencioso electoral para el cual sólo ella detenta la competencia, a los fines de ratificar con ello hacer valer una sentencia de avocamiento que, como ha quedado demostrado, es inexistente y, en consecuencia, no puede ser ejecutada.

Resulta pertinente, en este sentido, referir el criterio emanado de la Sala Político Administrativa Accidental en su fallo n° 1540 del 9 de octubre de 2003, en virtud del cual establece:

“En criterio de esta Sala Político-Administrativa Accidental, la Sala Constitucional Accidental, al asumir que cabe el recurso de revisión previsto en el artículo 335 de la Constitución de la República contra la sentencia de la Sala Político Administrativa dictada en el presente caso, ha debido -en todo caso- identificar únicamente la existencia de alguna violación al orden constitucional del fallo dictado por la Sala Político-Administrativa, referida

a la interpretación y aplicación del sistema constitucional sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y su connotación dentro de las actividades del Poder Público, **y permitir, en consecuencia, a la Sala natural, consonante con su esfera competencial, conocer nuevamente la causa para aplicar en su decisión, los parámetros interpretativos constitucionales declarados por la Sala Constitucional al caso concreto.**

Es así como lo ha establecido la Sala Constitucional en su reiterada doctrina. En efecto así se desprende de la sentencia n° 1309 de 19 de julio de 2001, en el caso Hermann Escarrá, cuando estableció una serie de pautas a seguir en la labor de interpretación del juez y la producción de sus decisiones bajo la observancia y apego al ordenamiento jurídico, del sistema político que subyace en la Constitución y bajo la óptica de los valores superiores de un Estado Social de Derecho y de Justicia, así como la supremacía de los derechos constitucionales. **En el fallo citado se desprende que la labor interpretativa de los derechos constitucionales, lleva consigo limitaciones, entre las cuales cabe destacar las formales, referidas al respecto a la división del poder y a la reserva legal.** Una interpretación que traspase los límites a la reserva legal, podría incurrir en usurpación de funciones.

Al respecto conviene señalar un conjunto de principios de carácter doctrinario permiten determinar lo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán ha denominado como el *traspaso de la frontera competencial*, que sirve para explicar la actuación de la Sala Constitucional Accidental, por cuanto la misma no atendió el *principio de la competencia*.

El principio de la competencia implica que cada órgano de una organización determinada tiene atribuida una esfera propia de actuación. Así, la competencia regula la actividad de los órganos jurisdiccionales, en razón de una materia determinada. La competencia de cada órgano es la expresión de una norma, y en este sentido, la Constitución establece normas claras sobre la competencia de las Salas Constitucional y Político Administrativa, y delimita la actuación de cada una de ellas.

(omissis)

A la luz del criterio transcrito, **la Sala Constitucional tiene varios límites en su potestad interpretativa constitucional, y por consiguientes, en su facultad revisora. Una de ellas se encuentra en el propio thema decidendum, es decir, en la solicitud realizada, la cual debe atender a la competencia de la Sala.**

Siguiendo entonces el hilo argumental, **la solicitud de revisión constitucional no puede implicar el conocimiento del fondo de la causa, sino únicamente -en todo caso- la revisabilidad de la aplicación de los lineamientos y principios constitucionales -filosóficos y metodológicos-. Más, se insiste, ello no puede implicar una invasión en la esfera competencial de otro órgano jurisdiccional, máxime, cuando ambos detentan la misma jerarquía.”.**

(omissis)

Las consideraciones precedentes permiten estimar que se ha trasgredido la competencia del juez natural. En efecto, la norma constitucional que refiere al debido proceso, involucra entre otros derechos de carácter procesal, la competencia del juez natural.” (Resaltados de esta Sala).

Tal criterio es respaldado por esta Sala Electoral Accidental y, en esta oportunidad, lo hace suyo adaptándolo a las particularidades del presente caso en el que existe una indudable similitud, aunque agravada, con la extralimitación en las competencias de la Sala Constitucional Accidental -que no fue pedida en la solicitud de revisión formulada por el ciudadano Ismael García-, al atribuirse, de este modo, la competencia, no sólo para pronunciarse en su fallo de revisión sobre el mérito del recurso contencioso electoral planteado ante esta Sala Electoral, sino además para ratificar la “intimación” de remisión inmediata de todas las causas relacionadas con éste, suprimiéndole así a la Sala Electoral -juez natural para su conocimiento- la competencia para actuar en tales casos y ocasionando un verdadero caos en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales para, posteriormente, y por si lo anterior no hubiera sido suficiente, declarar, la comisión de un desacato a todas luces inexistente. Así se declara...

...Desviación del fin de la sentencia de revisión, al incluir pronunciamientos relacionados con una supuesta controversia entre la Sala Electoral y el Consejo Nacional Electoral

En este mismo sentido, se observa, con relación al pronunciamiento que efectúa la Sala Constitucional Accidental en su fallo del 23 de marzo de 2004 sobre “...la competencia del Poder Electoral para desarrollar la normativa que le asigna la Ley Orgánica del Poder Electoral y, en especial, la normativa tendente a la reglamentación de los procesos electorales y referendos...”, que tal declaratoria no constituye el objeto del recurso de revisión planteado que, en principio, se supone debía estar circunscrito a los principios y normas constitucionales contenidos en el fallo revisado, debiendo igualmente destacarse que tal afirmación, en sí misma, ningún perjuicio causaría al sistema de derecho si le es inmediatamente añadida la fórmula sobre el principio de legalidad (constitucional y legal) del cual deriva la posibilidad de revisión jurisdiccional de todos y cada uno de los órganos del Poder Público, por lo que se aprecia que la afirmación efectuada por la Sala Constitucional Accidental, en los términos antes referidos, constituye, más que un pronunciamiento sobre la revisión del fallo por ella efectuada, un alegato empleado en el supuesto Conflicto o Controversia Constitucional entre el Consejo Nacional Electoral y la Sala Electoral Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, planteado ante la Sala Constitucional por el representante del órgano comicial (expediente n° 04-642), que no objeto de la revisión que de la sentencia de la Sala Electoral Accidental N° 24 de fecha 15 de marzo de 2004 hace la Sala Constitucional Accidental.

Ahora bien, resulta necesario citar el criterio doctrinario contenido en la decisión emanada de la Sala Constitucional bajo el n° 3.191 del 11 de diciembre de 2002 y reiterado en el fallo n° 39 del 28 de enero de 2004 con relación a la naturaleza de estas controversias previstas en el numeral 9 del artículo 336 de la Constitución vigente, conforme al cual establece que en estos casos “[s]e trata, así, de una controversia entre autoridades públicas, esto es, órganos investidos legítimamente de potestades públicas; las mismas se encuentran en la cima de sus respectivos niveles de influencia; el conflicto gira en torno al contenido y a los límites en que debe ser cumplida una competencia constitucional que es común a ambos, esto es, que les ha sido atribuida por la propia Constitución a los distintos niveles en que se estructuran los órganos del Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal);...”.

Por otra parte, ha de reiterarse que en virtud del principio de legalidad, consagrado en el artículo 137 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y que rige la actuación de todos y cada uno de los órganos del Poder Público, los actos, actuaciones y omisiones de éstos se encuentran igualmente sometidos al control jurisdiccional y, por tanto, además de que puede ser declarada su nulidad (artículo 136 constitucional) acarrea igualmente la responsabilidad de su titular, entre otras causas, por resultar contrario a la Constitución o las leyes (artículo 139 constitucional); por ello, afirmar algo distinto, mediante el velo de una mal entendida “*independencia orgánica y autonomía funcional*” de cualquiera de los órganos del Poder Público, sería tanto como reconocer que, en desconocimiento del Estado de Derecho y de Justicia, cualquiera de los Poderes Públicos, según las circunstancias que convengan al intérprete del derecho, podría encontrarse, incluso, por encima del control que establece la propia Constitución.

Por tales razones y apelando, justamente, al principio de autonomía e independencia que debe regir a la administración de justicia, así como al carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Constitucional, antes referida, debe esta Sala Electoral Accidental destacar la evidente y manifiesta improcedencia del dispositivo contenido en la sentencia dictada por la Sala Constitucional Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 23 de marzo de 2004, que declara la nulidad de la medida cautelar acordada por esta Sala el día 15 de marzo de 2004, pretendiendo enervar sus efectos, pues observa que es, justamente, la Sala Constitucional Accidental la que quebranta además de los principios

constitucionales y legales que rigen la atribución de competencia en nuestro ordenamiento jurídico, los criterios doctrinarios establecidos por ella misma y violenta así el Estado de Derecho y de Justicia que ella misma está llamada a garantizar. Así se declara.

En mérito de las anteriores afirmaciones, esta Sala Electoral Accidental del Tribunal Supremo de Justicia reitera la competencia exclusiva y excluyente que detenta, en ejercicio de la jurisdicción contencioso electoral, para conocer de todos los asuntos relacionados con el control de los actos, actuaciones y omisiones del Consejo Nacional Electoral, con excepción de los amparos autónomos contra los órganos distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se declara.

En virtud de la sentencia de la Sala Constitucional Accidental n° 442 de fecha 23 de marzo de 2004, cuyo dispositivo contiene tres (3) decisiones sobre situaciones distintas al objeto de la revisión que por disposición constitucional le corresponde a esta Sala Electoral Accidental declarar que afirma la competencia de la Sala Electoral para ejercer la jurisdicción contencioso electoral que le está conferida por el artículo 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Asimismo, y por cuanto la Sala Constitucional Accidental, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 10 del artículo 336 en concordancia con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declaró la nulidad de la decisión n° 24 emanada de esta Sala Electoral Accidental en fecha 15 de marzo de 2004, referida a una medida cautelar de amparo, y ratificó “...la intimación realizada a Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia n° 387 del 16 de los corrientes, en la cual se le ordenó paralizar todos los procesos referidos a acciones de nulidad, amparo o cualquier otro recurso incoado contra los actos del Poder Electoral, relativos a los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular y de abstenerse de decidir los mismos, así como remitir, de inmediato, a es[a] Sala, todos los expedientes contentivos de dichas acciones, hasta que se resuelva la solicitud de avocamiento interpuesta por el ciudadano Ismael García.”, esta Sala Electoral Accidental toma debida nota de la sentencia dictada por la Sala Constitución Accidental con relación a la declaratoria de nulidad del fallo dictado el 15 de marzo de 2004 bajo el n° 24 que acuerda la medida cautelar solicitada.

Ahora bien, por cuanto la Sala Constitucional Accidental pretende intimar e impartir órdenes de paralización de causas, no acordes con la igualdad que existe entre todas y cada una de las Salas que conforman el Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala Electoral Accidental considera necesario evidenciar el significado que el vocablo empleado por la Sala Constitucional Accidental tiene, a tal efecto observa:

Según el *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española (Vigésima Primera Edición, 1992, p. 835) **Intimar** significa “[r]equerir, exigir el cumplimiento de algo, especialmente con autoridad y fuerza para obligar a hacerlo.”.

Para el *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* de Manuel Osorio, Editorial Heliasta, S.R.L., Argentina, 1984, p. 396, la **Intimación** es la “...acción y efecto de intimar, de declarar, notificar, hacer saber una cosa, especialmente con autoridad o fuerza para ser obedecido. La facultad intimatoria atribuida a la autoridad puede tener diversas manifestaciones, una de ellas referida al mantenimiento del orden público; (...) de índole sanitaria, (...) de índole fiscal (...) de índole procesal, con referencia a la intimación de pago, al requerimiento dirigido a un deudor con el objeto de que satisfaga su deuda o cumpla su obligación, so pena de proceder contra él en la forma que la ley determina”.

Por su parte, la doctrina jurisprudencial siempre analiza el uso del término “intimar” desde el punto de vista procesal, como procedimiento que contiene una orden compulsiva para cumplir o pagar determinada obligación, en tal sentido, la Sala de Casación Penal ha señalado lo siguiente:

“El objetivo del procedimiento por intimación está regulado en el artículo 640 del Código de Procedimiento Civil, que textualmente señala: (...) En la exposición de motivos del Código de Procedimiento Civil, al tratar el punto concerniente al procedimiento por intimación, se reseña lo siguiente: “Con este procedimiento se trata de lograr fundamentalmente, en forma rápida, la creación del título ejecutivo, por el sistema de inversión de la carga del contradictorio, el cual queda ahora a iniciativa del demandado (...)

En el derecho foráneo, la reconocida opinión del tratadista SALVATORE SATTA enseña que “el procedimiento lleva consigo la emanación de una orden (decreto) del Juez en virtud del recurso del acreedor de pagar una suma dentro de un término establecido (o una determinada cantidad de cosas fungibles, o una cosa mueble determinada).

Dentro del mismo tiempo, el deudor puede proponer oposición. Si no la propone, el decreto adquiere el valor de una sentencia pasada en cosa juzgada”. (*Manual de Derecho Procesal Civil*, Volumen II, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971).

De igual forma la Sala Político-Administrativa, en fallo dictado el 29 de noviembre de 2001 con ocasión de una demanda intentada contra un ente del Estado en la cual, para su tramitación, el accionante invocó el procedimiento por intimación, estableció:

“...en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no se prevé ningún tipo de proceso monitorio o ejecutivo y ello quizás no se deba a un descuido del legislador que autorice o legitime la aplicación de la normativa establecida en el texto Adjetivo Civil, sino más bien, a una incompatibilidad manifiesta con tales juicios. Tal incompatibilidad se pone en evidencia si se tiene en cuenta que el juicio de intimación se caracteriza por ser -como ya se dijo- de cognición reducida y carácter sumario.

Al punto que el Juez, inaudita altera parte (sin oír a la otra parte), puede emitir un decreto con el que impone al deudor que cumpla su obligación, el cual en caso de no mediar oposición, adquirirá el carácter de un título ejecutivo derivado de una sentencia definitiva, ordenándose su ejecución forzosa. Así mismo, cabría señalar que de admitir la implementación del juicio de intimación, el siguiente paso sería aceptar la presencia de la vía ejecutiva en el contencioso administrativo, y como consecuencia de ello se podría -en una fase inicial y sin haberse cumplido la cognición- embargar al Estado.

En tal virtud, estima esta Sala que por la naturaleza y características que revisten al procedimiento de intimación el mismo no es aplicable a los procesos contenciosos administrativos, que entre otras cosas requieren de la notificación del procurador, la cual bajo las reglas de dicho proceso sumario sería de muy difícil observancia, pues tan solo se concede al deudor un plazo de 10 días de despacho para que apercibido de ejecución pague o acredite haber pagado o ejerza oposición al decreto, sin lo cual se procederá como sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, ordenándose la ejecución forzosa. (Caso: Oficina Técnica MANPRA vs. Compañía Anónima Venezolana de Televisión (VTV). Sent. n° 02870)

Consecuencia de ello, esta Sala Electoral Accidental eleva a la Sala Plena la resolución de un conflicto de funcionamiento derivado de una “intimación” u “orden” a fin de que sea analizado, por esa Sala Plena, lo perjudicial que resulta para el normal funcionamiento y administración de justicia el uso de términos imperativos de una Sala a otra de igual jerarquía, ello de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, y por cuanto consta en el expediente que el ciudadano JULIÁN ISAÍAS RODRÍGUEZ DÍAZ, Presidente del Consejo Moral Republicano, en fecha 18 de marzo de 2004 envió oficio n° CMR-0042 en virtud del cual solicita la remisión de copia certificada de las actuaciones relacionadas con la sentencia dictada por esta Sala en fecha 15 de marzo del presente año (expediente n° A70-E-2004-000021) se ordena expedir por la Secretaría de esta Sala copia certificada del presente fallo a objeto de ser remitido al mencionado ciudadano a los fines legales consiguientes.

Finalmente, esta Sala Electoral Accidental EXHORTA a las partes del presente juicio para que, de conformidad con el espíritu conciliador que se desprende del contenido del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (que consagra el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos) propicien las conversaciones necesarias a fin de poder encontrar una solución concertada de la situación planteada mientras se produce la sentencia definitiva.

IV DECISIÓN

Por las razones de hecho y de derecho precedentemente expuestas, esta Sala Electoral Accidental del Tribunal Supremo de Justicia, administrando Justicia en nombre de la República Bolivariana de Venezuela, y por autoridad de la ley, declara:

PRIMERO: AFIRMA su competencia para ejercer la jurisdicción contencioso electoral que le está conferida por el artículo 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

SEGUNDO: Toma debida nota de la sentencia dictada por la Sala Constitucional Accidental con relación a la declaratoria de nulidad del fallo dictado el 15 de marzo de 2004 bajo el N° 24 que acuerda la medida cautelar solicitada.

TERCERO: Esta Sala Electoral Accidental por cuanto las distintas Salas que conforman el Tribunal Supremo de Justicia, tienen la misma jerarquía en sus respectivas competencias y atribuciones, no considera procedente la intimación que le hace la Sala Constitucional Accidental.

CUARTO: Por cuanto la Sala Constitucional Accidental pretende intimar e impartir órdenes de paralización de causas no acordes con la igualdad que existe entre todas y cada una de las Salas que conforman el Tribunal Supremo de Justicia, esta Sala Electoral Accidental **ELEVA** a la Sala Plena la resolución de un conflicto de funcionamiento derivado de una "intimación" u "orden" a fin de que sea analizado, por esa Sala Plena, lo perjudicial que resulta para el normal funcionamiento y administración de justicia el uso de términos imperativos de una Sala a otra de igual jerarquía.

QUINTO: EXHORTA a las partes del presente juicio para que, de conformidad con el espíritu conciliador que se desprende del contenido del artículo 258 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (que consagra el uso de los medios alternativos de resolución de conflictos) propicien las conversaciones necesarias a fin de poder encontrar una solución concertada de la situación hasta tanto se produzca la sentencia definitiva.

SEXTO: Por cuanto consta en el expediente que el ciudadano JULIÁN ISAÍAS RODRÍGUEZ DÍAZ, Presidente del Consejo Moral Republicano, en fecha 18 de marzo de 2004 envió oficio n° CMR-0042 en virtud del cual solita la remisión de copia certificada de las actuaciones relacionadas con la sentencia dictada por esta Sala en fecha 15 de marzo del presente año (expediente n° A70-E-2004-000021) se **ORDENA** expedir, por la Secretaría de esta Sala, copia certificada del presente fallo a objeto de ser remitido al mencionado ciudadano a los fines legales consiguientes.

TSJ-SE (45)

14-4-2004

Magistrado Ponente: Rafael Hernández Uzcategui

Caso: Mirian Ramona González vs. Camara Municipal del Municipio Vargas.

A los fines del pronunciamiento correspondiente, esta Sala observa:

El objeto del presente recurso lo constituye la solicitud de declaratoria de nulidad del Acuerdo número 1 de la Cámara del Municipio Vargas, de fecha 27 de enero de 2004, contenido de la aprobación del dictamen emitido por el Síndico Procurador Municipal de ese mismo ente local, con relación a la designación del ciudadano José Gregorio Amarista como presidente de la Junta Parroquial de Carayaca del mismo Municipio.

Ahora bien, este órgano jurisdiccional ha procedido a delinear su competencia por vía jurisprudencial, fundamentalmente en la sentencia número 2, del 10 de febrero de 2000 (caso: Cira Urdaneta), en la cual se estableció que:

“...mientras se dictan las Leyes Orgánicas del Tribunal Supremo y del Poder Electoral, le corresponde conocer:

1. Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos relacionados con su organización, administración y funcionamiento.

2. Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos de naturaleza electoral emanados de sindicatos, organizaciones gremiales o colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales, y de otras organizaciones de la sociedad civil.

3. Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra actos, actuaciones u omisiones relacionados con los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en lo político.

4. Los recursos de interpretación que se interpongan con el objeto de determinar el sentido y alcance de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, de otras leyes que regulen la materia electoral y la organización, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, en cuanto sean compatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”.

Este ámbito competencial de la Sala deriva del orden normativo constitucional del Poder Electoral y su correspondencia con los órganos de control jurisdiccional que tienen atribuida la competencia contencioso electoral.

Es por ello, que la competencia contencioso electoral está determinada por dos criterios, uno orgánico, en cuanto al control de los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral y otro material, referido al control de los actos, actuaciones u omisiones sustancialmente electorales, es decir fundamentalmente los que se vinculan con el ejercicio del derecho al sufragio en cualquier ámbito, así como aquellos que surjan con motivo de la instrumentación de los diversos mecanismos de participación ciudadana en los asuntos públicos (manifestación del poder soberano).

La competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso electoral (ejercida de manera exclusiva por esta Sala provisionalmente hasta tanto se produzcan los respectivos desarrollos legislativos), en cuanto al elemento sustancial, se circunscribe fundamentalmente -mas no de forma exclusiva-, al control de la constitucionalidad y legalidad de los procesos electorarios en todas sus fases, a saber, desde que se inicia con la convocatoria, siguiendo cada una de sus etapas, hasta la oportunidad en que tiene lugar la proclamación del candidato elegido.

De igual manera incluye el control en vía judicial de las decisiones que en los procedimientos de revisión adopten los órganos electorales, así como de los otros mecanismos de participación ciudadana previstos en el texto constitucional.

De conformidad con todo lo antes expuesto y visto que el acto administrativo impugnado se encuentra referido a la designación del ciudadano José Gregorio Amarista como presidente de la Junta Parroquial de Carayaca del Municipio Vargas del Estado Vargas, esta Sala considera que tal acto forma parte de una mera actividad administrativa que no ostenta naturaleza electoral, dado que no está referido a un proceso de elección en cualquiera de sus fases, como son: convocatoria, registro electoral, postulaciones y votaciones; razón por la cual debe declarar su incompetencia en la presente causa y así se decide.

Vista la anterior declaratoria, resulta oportuno determinar cuál es el órgano jurisdiccional llamado a dirimir la pretensión de nulidad interpuesta y en ese sentido se observa:

El acto administrativo recurrido, mediante el cual se designó al ciudadano José Gregorio Amarista como presidente de la Junta Parroquial de Carayaca del Municipio Vargas del Estado Vargas, emana de la Cámara del referido Municipio.

En este sentido, el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia prevé:

“Mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo Civil, conocerán, en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de autoridades estatales o municipales de su jurisdicción, sin son impugnados por razones de ilegalidad”.

Ahora bien, considerando que el acto administrativo impugnado emana de una autoridad municipal, la competencia para conocer y decidir el recurso interpuesto por la ciudadana Miriam Ramona González, corresponde al Tribunal Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, de conformidad con la norma parcialmente transcrita, a quien se ordena remitir el expediente. Así se decide.

a'. *Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo*

TSJ-SPA (00293)

13-4-2004

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Delia Margarita Rivas vs. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes.

Si bien es cierto que la Ley Orgánica de Educación señala que los docentes se regirán por dicha ley y la Ley Orgánica del Trabajo, no es menos cierto que tales indicaciones van referidas a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley del Trabajo en todo cuanto beneficie al docente como trabajador, es decir, que debe el juez remitirse a la Ley Laboral en cuanto a los privilegios consagrados a favor de los trabajadores, mas sin embargo, ello no implica que deban conocer de las acciones intentadas por los docentes al servicio de la Administración Pública los juzgados laborales, negándosele su carácter de funcionario público. En tales casos, de acuerdo a la Ley del estatuto de la Función Pública, corresponde la competencia a los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo.

Determinado lo anterior, pasa esta Sala a resolver el conflicto de competencia planteado, y en tal sentido observa:

En el caso de autos ha sido interpuesta una demanda por concepto de diferencia de prestaciones sociales, así como sus intereses que, presuntamente, le corresponden a la ciudadana Delia Margarita Rivas, derivados de la relación laboral que alegó haber tenido con el Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, siendo el último cargo ocupado por ella el de Docente IV, Coordinador, adscrita a la Unidad Educativa Cándido Meza.

Ahora bien, disponen los artículos 86 y 87 de la Ley Orgánica de Educación, publicada en la *Gaceta Oficial* de la República de Venezuela n° 2.635 de fecha 28 de julio de 1980, en relación con el personal docente, lo siguiente:

“Artículo 86.- Los miembros del personal docente se regirán en sus relaciones de trabajo por las disposiciones de esta ley y por la Ley del Trabajo.

Artículo 87.- Los profesionales de la docencia gozarán de las prestaciones sociales en la misma forma y condiciones que la Ley del Trabajo establece para los trabajadores, sin perjuicio de los beneficios acordados por otros medios”.

En este sentido, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, luego de la entrada en vigencia de la Ley *in commento*, mediante decisión del 17 de enero de 1983 (Caso: Ángela Trejo de Colantoni Vs Ministerio de Educación) estableció cuál es el régimen jurídico aplicable a aquellos docentes dependientes del Poder Ejecutivo (Ministerio de Educación); en efecto dispuso:

“...la organicidad de la Ley de Educación concierne a la organización del sistema educativo en Venezuela y todo lo que esa organización involucra en cuanto a la orientación y planificación de tal sistema. En consecuencia, en el campo educativo la Ley Orgánica de Educación deroga cualquier otra disposición legal especial que la contradiga. Pero no existe base jurídica alguna para considerar que la Ley de Educación deroga la materia de administración de personal contenida en la Ley de Carrera administrativa, ni que el estatuto del funcionario público articulado en la Ley de Carrera Administrativa choque con disposiciones de esa índole consagradas en la Ley Orgánica de Educación.

Omissis

En tal virtud, resulta concluyente para este Sala que es la jurisdicción contencioso administrativa la competente para conocer y decidir los litigios surgidos entre los funcionarios públicos docentes y la Administración Pública por lo que respecta a sus relaciones laborales.

Y dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa el órgano competente para dirimir tales litigios es el Tribunal de la Carrera Administrativa y no este Supremo Tribunal, por las razones siguientes:

...porque ha quedado establecido en este fallo que los funcionarios docentes no están excluidos del régimen general de la Ley de Carrera Administrativa, sin perjuicio de la aplicación de leyes especiales atinentes a su función. Ahora bien, el mencionado texto legal instituye un tribunal especial, el de la Carrera Administrativa, para conocer y decidir las reclamaciones de todos los funcionarios públicos sometidos a dicha ley...”. (Negrillas de la Sala).

Del mismo modo, esta Sala en decisión n° 1.014 del 31 de julio de 2002 (Caso: Martha Yolanda Monsalve de Gutiérrez), ratificó la situación de los docentes dependientes del Ejecutivo Nacional, indicando que por su relación de empleo público deben regirse por las normas previstas en la Ley de Carrera Administrativa, hoy Ley del Estatuto de la Función Pública. Dicha decisión, reza lo siguiente:

Ahora bien, a los fines de establecer cuál es el órgano competente para conocer del caso de autos, resulta necesario determinar el régimen legal que ampara al querellante en su relación del empleo con la Administración Pública, así como determinar la relación entre la ciudadana recurrente y el ente administrativo autor del acto impugnado, y en tal sentido observa:

La recurrente prestaba sus servicios como profesora a dedicación exclusiva, en el Instituto Universitario Experimental de Tecnología Andrés Eloy Blanco, el cual es una Institución perteneciente al subsistema de educación superior dependiente directamente del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, y al igual que los otros Colegios e Institutos Universitarios adscritos al mencionado Ministerio, constituyen una dependencia orgánica del mismo, carente de personalidad jurídica propia, toda vez, que forman parte de la estructura organizativa de la República de Venezuela.

Establecido lo anterior, resulta forzoso concluir que la actora es funcionario público al servicio de la Administración Pública Nacional y por lo tanto, se rige por las normas sustantivas y adjetivas previstas en la Ley de Carrera Administrativa, todo ello, en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta de la novísima Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la Gaceta Oficial n° 37.482 del 11 de julio del presente año.

Ahora bien, en lo que respecta al tribunal competente para conocer de la presente causa, es menester señalar que la mencionada ley suprimió de sus funciones al Tribunal de la Carrera Administrativa, asignándole, según lo previsto en la Disposición Transitoria Primera del nuevo ordenamiento especial, sus competencias a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo, por lo que en el presente caso, la Sala debe declarar a éstos tribunales, competentes para su conocimiento y decisión”.

Así, esta Sala debe precisar como máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativa, que si bien es cierto que la Ley Orgánica de Educación señala que los docentes se registrarán por dicha ley y la Ley Orgánica del Trabajo, así como que éstos gozarán de las prestaciones sociales en la forma y condiciones de la Ley del Trabajo, no es menos cierto que tales indicaciones van referidas a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley del Trabajo en todo cuanto beneficie al docente como trabajador, es decir, que debe el juez remitirse a la Ley Laboral en cuanto a los privilegios consagrados a favor de los trabajadores, mas sin embargo, ello no implica que deban conocer de las acciones intentadas por los docentes al servicio de la Administración Pública los juzgados laborales, negándosele su carácter de funcionario público.

Siendo ello así, se observa que por cuanto la hoy accionante sostuvo una relación de empleo con la Unidad Educativa Cándido Meza, adscrita al Ministerio de Educación, resulta claro para esta Sala la condición de empleada pública que ostentaba la demandante, y por ende, su relación de servicio público está regulada por la Ley del Estatuto de la Función Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.482, de fecha 11 de julio de 2002, reimpresa en fecha 6 de septiembre de 2002, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.522, la cual derogó a la Ley de Carrera Administrativa publicada en la *Gaceta Oficial* n° 1.428 Extraordinario de fecha 04 de septiembre de 1970, reformada por Decreto Ley n° 914 del 13 de mayo de 1975, publicado en la *Gaceta Oficial* n° 1.745 Extraordinario del 23 de mayo de 1975; en consecuencia, resulta forzoso para esta Sala apartarse de la posición sostenida por la Sala de Casación Social, en virtud, se reitera, de estar en presencia de una relación de empleo público.

En este sentido, la Ley del Estatuto de la Función Pública estableció en la Disposición Transitoria Primera, que:

“Mientras se dicte la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa, son competentes en primera instancia para conocer de las controversias a que se refiere el artículo 93 de esta Ley, los jueces o juezas superiores con competencia en lo contencioso administrativo en el lugar donde hubieren ocurrido los hechos, donde se hubiere dictado el acto administrativo, o donde funcione el órgano o ente de la Administración Pública que dio lugar a la controversia”.

Por tanto, de conformidad con la norma *supra* transcrita, y evidenciándose en el caso de autos una relación de empleo público, resulta forzoso para esta Sala declarar que corresponde a un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, la competencia para conocer y decidir el presente asunto. Así se declara. (Véase sentencia n° 1.204 del 19 de agosto de 2003, caso: Elides Violeta Padrón)

2. *El Contencioso-Administrativo de Anulación*

A. *Carácter subjetivo del proceso*

Véase: TSJ-SPA (00389)

22-4-2004

Magistrado Ponente: Octavio Sisco Ricciardi

Caso: Omar Arenas Candelo vs. Consejo de la judicatura pp. 131 de esta *Revista*.

B. *Las partes en el proceso: Intervención de terceros*

TSJ-SE (37)

12-4-2004

Magistrado Ponente: Alberto Martini Urdaneta

Caso: Julio Borges y otros vs. Consejo Nacional Electoral.

En un recurso contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos los partidos políticos, grupos electorales y personas naturales y jurídicas que detenten un interés jurídico actual y pretendan, con sus argumentos, ayudar a vencer en el proceso a cualesquiera de las partes, sin que, en modo alguno, puedan sustituirse en la condición de la parte misma, salvo que del análisis de su condición resulten calificados como “tercero verdadera parte”, en los términos que la jurisprudencia de la Sala Electoral ha establecido.

Corresponde a esta Sala Electoral Accidental pronunciarse sobre la admisibilidad de cada una de las intervenciones de los terceros, en el orden en que fueron propuestas y referidas, para lo cual observa:

Los artículos 244 y 245 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política establecen la forma en la cual son llamados a intervenir, en un recurso contencioso electoral, los interesados, así como la oportunidad para ello, y en la presente causa tales aspectos procesales fueron expresamente indicados en el auto de su admisión, oportunidad en la cual se redujeron los lapsos, incluyendo el de emplazamiento y comparecencia de los interesados, de modo que fue en esa oportunidad que se estableció que los interesados en intervenir en este juicio debían hacerlo dentro del plazo de los dos (2) días de despacho siguientes a la consignación en autos del cartel de emplazamiento que se ordenó publicar; en virtud de ello, al haber sido publicado, en el presente caso, el cartel de emplazamiento el día 18 de marzo de 2004, los interesados podían comparecer uno cualesquiera de los dos (2) días siguientes de despacho, esto es, el 22 y 23 de marzo de 2004, por tanto, y siendo que todos los intervinientes se presentaron en autos el día 23 de marzo de 2004, la Sala declara que tales intervenciones resultan tempestivas, y así se declara.

Ahora bien, en el recurso contencioso electoral la intervención de terceros se encuentra regulada por las previsiones generales contenidas en los artículos 370 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en virtud de las remisiones sucesivas contenidas en los artículos 238 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política y 81 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, debiendo destacarse, en este sentido, que el contenido normativo de los referidos artículos del Código de Procedimiento Civil, prevé que un tercero puede intervenir en una causa pendiente entre otros sujetos en varios supuestos, entre ellos -y con vista a los términos en los cuales los comparecientes pretenden intervenir-, la tercera adhesiva prevista en el numeral 3° del precitado artículo 370, mediante la cual se permite la participación, como tercero, de quien, en una causa, alegue un “...*interés jurídico actual en sostener las razones de alguna de las partes y pretenda ayudarla a vencer en el proceso*”, intervención ésta que, a tenor de lo previsto en el artículo 379 *ejusdem*, se realiza mediante diligencia o escrito acompañado de prueba fehaciente que demuestre su interés en el asunto, sin lo cual no será admitida su intervención.

Es de advertir que el interés que se requiere para intervenir como tercero, en un proceso como el que nos ocupa, encuentra su regulación en la disposición contenida en el artículo 236 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, que señala quiénes pueden interponer un recurso contencioso electoral con la cualidad de parte y, por vía de consecuencia, estas previsiones resultan aplicables a aquellas personas que pretendan coadyuvar a la posición de quienes califiquen como partes en un proceso judicial concreto. Se declara entonces que en un recurso contencioso electoral pueden intervenir como terceros adhesivos los partidos políticos, grupos electorales y personas naturales y jurídicas que detenten un interés jurídico actual y pretendan, con sus argumentos, ayudar a vencer en el proceso a cualesquiera de las partes, sin que, en modo alguno, puedan sustituirse en la condición de la parte misma, salvo que del análisis de su condición resulten calificados como “*tercero verdadera parte*”, en los términos que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido y que a continuación se refiere.

En la decisión n° 16 de fecha 10 de marzo de 2000, la Sala Electoral estableció lo siguiente:

“...en virtud de la ausencia de regulación en esta materia en el procedimiento contencioso administrativo, se impone la aplicación del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y por tanto el examen de las disposiciones que sobre la intervención de terceros consagra el Código de Procedimiento Civil, pero sin entrar a analizar de manera exhaustiva cada una de las figuras que en el mismo se regulan. Por tanto, debe tomarse únicamente en consideración la correspondiente ‘intervención adhesiva’, la cual ya fue examinada por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la sentencia de 26 de septiembre de 1991 (Caso: Rómulo Villavicencio), distinguiendo entre las intervenciones de terceros que ostentan el carácter de partes y los terceros adhesivos simples, y en tal sentido expresó: ‘será parte si se alega un derecho propio, de acuerdo con el artículo 381 del Código de Procedimiento Civil, o será tercero adhesivo simple si alega un simple interés. Por lo tanto, a tenor del propio artículo 381 citado, puede haber terceros intervinientes cuyo carácter en juicio sea de verdaderas partes’.”

Señalado lo anterior la Sala observa que los comparecientes Felicia Mora de Pulido e Iván Pulido Mora alegaron como fundamento de su intervención que tienen un interés jurídico actual de derecho “...*porque [l]os asiste [su] condición de electores debidamente inscritos en el Registro Electoral Permanente y firmantes,...*”, además de considerarse “...*perjudicados por la decisión impugnada...*”, y acompañan, como medio de prueba de su interés, copia simple de “*planilla de recolección de firmas*”, cuyo formato y encabezado coincide con aquellas que fueron elaboradas por el Consejo Nacional Electoral con el objeto de proceder a recolectar firmas para solicitar la convocatoria a referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, en virtud de lo cual la Sala declara que, aún cuando tal medio de prue-

ba documental no tiene la fuerza probatoria de un documento público, administrativo o privado reconocido, se constituye, sin embargo, en una presunción que será tomada en consideración por la Sala, al no constar en autos medio de prueba alguno que la desvirtúe, y así se establece.

En cuanto a la calificación de su tercera la Sala observa que los comparecientes, ciudadanos Felicia Mora e Iván Pulido, no ostentan una idéntica situación a la de la parte recurrente en el presente proceso judicial, ya que los partidos políticos que conforman la parte recurrente comparecen en su condición de solicitantes al órgano administrativo electoral de la convocatoria a un proceso referendario revocatorio, de allí que la condición de los intervinientes como terceros sea de apoyo a tal solicitud y no como solicitantes mismos, por lo que, en consecuencia, su interés califica como simple y actual, y su condición en juicio es la de terceros adhesivos simples, coadyuvantes y subordinados a la pretensión de la parte recurrente, quienes no esgrimen alegato adicional alguno que pueda considerarse como complementario de la pretensión principal, dado que, en tal sentido, se limitan a invocar “...*los mismos fundamentos alegados por los accionantes a quienes nos estamos adhiriendo,...*”. Así se decide.

En cuanto a la pretendida intervención como tercero del ciudadano Hidalgo Valero Briceño la Sala observa que éste se identificó como elector y alegó, entiende la Sala como fundamento de su interés, lo siguiente: “...*por considerar que el acto electoral que realice, es manifestación plena de mi voluntad de pedir el Referendo Revocatorio Presidencial,...*”, pero es el caso que no acompaña a su solicitud medio de prueba alguno tendente a demostrar tal interés en la causa, en los términos que exige el referido artículo 379 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual forzoso le es a la Sala declarar inadmisibles su intervención, como en efecto la declara, debiendo observar también que el mencionado ciudadano no esgrime alegato adicional alguno que pudiera considerarse como complementario de la reclamación principal a la cual pretendió adherirse. Así se decide.

Finalmente, en lo que respecta a la solicitud de intervención formulada por los abogados Esther de Loaiza, Juan Molina y Carmen Vargas, invocando su condición de apoderados judiciales del ciudadano Ismael García y de las organizaciones Comando Nacional de Campaña Ayacucho y “Por la Democracia Social Podemos”, la Sala observa que los referidos abogados acompañan a la solicitud el instrumento poder que los acredita como mandatarios del ciudadano Ismael García y de las dos (2) organizaciones señaladas, otorgado por aquél en su nombre propio y alegando la cualidad de Coordinador Nacional de la primera organización mencionada y Secretario General de la segunda, pero sin acreditar tal condición ante el funcionario que presenció el otorgamiento, en los términos que exige el artículo 155 del Código de Procedimiento Civil. A pesar de lo anterior, la Sala declara que hace abstracción de la advertida deficiencia en el instrumento poder consignado, en virtud de que la misma no deriva en su nulidad absoluta ni la parte recurrente impugnó tal mandato y, en consecuencia, los abogados Esther de Loaiza, Juan Molina y Carmen Vargas serán considerados apoderados judiciales tanto del ciudadano Ismael García como de las organizaciones Comando Nacional de Campaña Ayacucho y “Por la Democracia Social Podemos”. Así se declara.

Establecido lo anterior la Sala observa que el ciudadano Ismael García y las organizaciones Comando Nacional de Campaña Ayacucho y “Por la Democracia Social Podemos”, actuando por intermedio de apoderados judiciales, fundamentan su interés para intervenir en el proceso judicial que nos ocupa en los términos siguientes: “...*el interés de nuestros representados es directo en el caso del ciudadano Ismael García por cuanto es Diputado de la Asamblea Nacional, legítimo en virtud de que son grupos de electores y actual ya que los afectaría personalmente el hecho de que se pretende convocar a un referéndum revocatorio contra el Presidente Hugo Chávez teniendo como válidas las firmas contenidas en las denominadas planillas planas o asistidas, cuyo pase a reparo había ordenado el Poder Electoral, órgano competente a través del Consejo Nacional Electoral para hacerlo.*”. Adicionalmente,

los apoderados judiciales señalan que las organizaciones que representan lo son con fines políticos y como tales disponen de derechos políticos en los términos previstos en el artículo 67 constitucional.

Ahora bien, tal y como fue señalado con anterioridad, cualquier persona natural, así como los partidos políticos y los grupos de electores, ostentan la cualidad suficiente para ser partes o terceros en un recurso contencioso electoral, y en el supuesto que pretendan intervenir como terceros adhesivos en un juicio en particular, además de fundamentar su interés jurídico actual en sostener las razones de una de las partes, deben además demostrarlo, tal y como lo exige el artículo 379 del Código de Procedimiento Civil.

En el presente caso los comparecientes no acompañan a su solicitud ningún medio de prueba tendente a demostrar el interés jurídico actual que señalan tener en el presente proceso y, en criterio de la Sala, no puede considerarse que la demostración de tal interés la supla el que sea un “*hecho notorio comunicacional*” que los intervinientes desean apoyar o apoyen la permanencia en el cargo del ciudadano Hugo Chávez como Presidente de la República, dado que el ciudadano Presidente de la República no es parte en este proceso judicial, por lo que no cursan en autos argumentos o defensas expuestas en su nombre o a favor de su posición a las cuales los comparecientes puedan adherirse, por el contrario, quien ostenta la condición de parte en el proceso, además de la parte recurrente, es el Consejo Nacional Electoral, pero no como contraparte de aquella, dado que no se encuentran en un plano de derecho privado, sino como órgano emisor de los actos impugnados y, en consecuencia, defensor de los mismos -dictados como Administración Electoral que ha actuado y se encuentra actuando, tanto en sede administrativa como judicial, en virtud de solicitud que le fuera planteada por un número determinado de personas, sin que su posición en juicio pueda equipararse como en defensa del funcionario cuyo mandato se pretende revocar-, por lo que, en consecuencia, mal pueden los comparecientes, como apoyantes de la permanencia en el cargo del ciudadano Presidente de la República, adherirse, en derecho, a la posición del Consejo Nacional Electoral, en tanto órgano integrante del Poder Público Nacional de carácter independiente e imparcial.

En virtud de todas las consideraciones precedentes se declara inadmisibles la intervención como terceros adhesivos en la presente causa del ciudadano Ismael García y de las organizaciones Comando Nacional de Campaña Ayacucho y Por la Democracia Social Podemos, quienes adicionalmente no esgrimen alegato alguno que pudiera considerarse como complementario o contradictorio de la posición principal de alguna de las partes. Así se decide.

B. *Pruebas: Medios de Prueba (Inspección Ocular)*

TSJ-SPA(527)

1-6-2004

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Sociedad Mercantil INVERSIONES TIQUIRITO CA. y otra vs. Instituto Geográfico de Venezuela Simón Bolívar.

Cuando se solicita la realización de una inspección como justificativo para perpetua memoria, según lo previsto en los artículos 936 y 938 del Código de Procedimiento Civil, dicha inspección tiene la característica de ser una inspección ocular, por cuanto así lo señala expresamente la norma, y por lo tanto, sólo puede tener por objeto que el Juez deje expresa constancia de lo que percibe directamente a través del sentido de la vista, con la correspondiente descripción del estado en que se encuentran las cosas a su alrededor, no pudiendo en consecuencia, plasmar cualquier otro tipo de circunstancias en el acta de inspección, menos aún si para ello se requiere de conocimientos especiales o periciales.

En segundo lugar, con respecto al alegato de violación del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil por parte del fallo, con respecto a la valoración dada por él a la prueba de inspección judicial aportada por los accionantes, se observa que en este punto señaló la Corte Primera:

“Atendiendo a lo expuesto y a las razones específicamente señaladas en el escrito de oposición, esta Corte observa –en primer lugar– que la prueba promovida por las accionantes y evacuada por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, no constituye, contrariamente a lo argüido por la parte opositora, una inspección ocular, sino más propiamente una inspección judicial. En efecto, la inspección judicial regulada en el Código de Procedimiento Civil, es un medio de prueba distinto de la inspección ocular prevista en la Ley sustantiva, principalmente porque aquella no se limita a lo que está a la vista, sino que se extiende a lo que el Juez pueda apreciar con los demás órganos sensoriales.

En este sentido, resulta pertinente destacar que el contenido de la inspección judicial vino a ser ampliado por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, de manera que dicho medio probatorio se extiende hoy en día a todo aquello que al momento de la inspección pueda apreciar el Juez, no sólo visualmente; se trata entonces de una percepción sensorial directa efectuada por el Juez o Tribunal sobre cosas, lugares o personas, con el objeto de verificar sus cualidades, condiciones o características, para lo cual podrá además designar el número de prácticos que estime necesarios, tal y como expresamente lo consagran los artículos 473 y 476 del Código de Procedimiento Civil. (*Vid.* Sentencia n° 176 de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 22 de junio de 2001).

Lo expuesto permite, por un aparte, declarar la improcedencia de lo argüido por los apoderados judiciales del Instituto opositor, respecto a la imposibilidad de emplear prácticos o técnicos en la evacuación de la inspección judicial efectuada, en este caso, por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua; y de la supuesta ‘conversión’ de la aludida inspección en una experticia. Así se declara.”

Ahora bien, en primer término se observa que la mencionada prueba fue promovida por los actores de conformidad con lo dispuesto en los artículos 936 y 938 del Código de Procedimiento Civil y no de acuerdo a lo establecido en los artículos 473 y 276 *eiusdem*, cuyas características, objeto y valor probatorio difieren totalmente.

Así, ha sostenido un sector de la doctrina, cuya posición acoge esta Sala, que cuando se solicita la realización de una inspección como justificativo para perpetua memoria, según lo previsto en los artículos 936 y 938 del Código de Procedimiento Civil, dicha inspección tiene la característica de ser una inspección ocular, por cuanto así lo señala expresamente la norma, y por lo tanto, sólo puede tener por objeto que el Juez deje expresa constancia de lo que percibe directamente a través del sentido de la vista, con la correspondiente descripción del estado en que se encuentran las cosas a su alrededor, no pudiendo en consecuencia, plasmar cualquier otro tipo de circunstancias en el acta de inspección, menos aún si para ello se requiere de conocimientos especiales o periciales.

Adicionalmente a lo anterior, se ha sostenido igualmente que este tipo de inspección no tiene el mismo valor probatorio que la inspección judicial celebrada durante el proceso (artículos 473 y 476 del Código de Procedimiento Civil), toda vez que cuando la inspección es celebrada *extra litem*, la parte demandada no tiene el debido control sobre la prueba, con lo cual se vería cercenado su derecho a la defensa, de otorgársele el valor de plena prueba, como en el caso de la inspección judicial.

En virtud de lo anterior, considera esta Sala, que al contrario de lo señalado por el fallo impugnado, el valor probatorio que arroja la citada inspección, es el de un simple indicio, que deberá acumularse a otros indicios o pruebas, para que pueda considerarse como totalmente verdadero su contenido. Así se declara.

Por otra parte, debe señalarse con respecto al contenido mismo de la inspección ocular realizada, que al pretender los actores que a través de ella, el Juez dejara expresa constancia de la ubicación precisa de una coordenadas geográficas determinadas, ello excedía claramente de lo que debe ser el objeto de la inspección, toda vez que dicha circunstancia requiere de conocimientos periciales especiales por parte del Juez. Así igualmente se declara.

C. *Procedimiento: Declaratoria de urgencia (Improcedencia)*

TSJ-SPA (00287)

13-4-2004

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Alcalde del Municipio San Francisco del Estado Zulia vs. Ministerio del Interior y Justicia.

Para que proceda la declaratoria de urgencia se requiere que del propio asunto planteado se derive la necesidad de no aplicar la tramitación ordinaria establecida en la norma, por afectar los hechos sometidos a la *litis* intereses colectivos, que constituyan amenaza sobre bienes o intereses particulares, o que produzcan daños que, por el transcurso del tiempo, sean de difícil o imposible reparación o cuando se amenacen servicios imprescindibles.

El artículo 135 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, dispone lo siguiente:

“A solicitud de parte y aún de oficio, la Corte podrá reducir los plazos establecidos en las dos Secciones anteriores, si lo exige la urgencia del caso, y procederá a sentenciar sin más trámites.

Se considerarán de urgente decisión los conflictos que se susciten entre funcionarios u órganos del Poder Público.

La Corte podrá dictar sentencia definitiva, sin relación ni informes, cuando el asunto fuere de mero derecho. De igual modo se procederá en el caso a que se refiere el ordinal 6º del artículo 42 de esta Ley.”

La norma antes transcrita contempla dos situaciones distintas que no deben confundirse, por cuanto procediendo una pudiera no hacerlo la otra, siendo diferentes los supuestos para acordarla y la justificación de su existencia, como son: 1.- Que se declare la urgencia del caso, y 2.- Que el asunto se tramite como un punto de mero derecho.

Al examinarse los términos de la petición formulada por el actor referidos a la acción por abstención o carencia, la Sala advierte que su pedimento está dirigido a que se declare la urgencia del caso y por ende, se reduzcan los lapsos procesales establecidos en la sección tercera del Capítulo II referido a los procedimientos en primera y única instancia, contenidos en el Título V de los Procedimientos regulados por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Al respecto, la reiterada jurisprudencia de la Sala ha establecido que la declaratoria de urgencia y reducción de los lapsos procede cuando son invocados por el recurrente circunstancias fácticas o jurídicas que justifiquen dispensar una tramitación rápida y con omisión de los lapsos procesales establecidos, concluyéndose que para que proceda la declaratoria de urgencia se requiere que del propio asunto planteado se derive la necesidad de no aplicar la tramitación ordinaria establecida en la norma, por afectar los hechos sometidos a la *litis* intereses colectivos, que constituyan amenaza sobre bienes o intereses particulares, o que produzcan daños que, por el transcurso del tiempo, sean de difícil o imposible reparación o cuando se amenacen servicios imprescindibles.

En el presente caso, advierte la Sala, que el recurrente se limitó a solicitar que el presente asunto sea declarado “de urgencia con la respectiva reducción de los lapsos”, sin explicar las circunstancias de hecho y de derecho que justifiquen esta tramitación; por tanto, estima la Sala que la anterior y única argumentación esgrimida por el accionante, no cumple las condiciones establecidas para que proceda la declaratoria de urgencia. En consecuencia, resulta forzoso declarar improcedente la solicitud formulada. Así se declara.

D. *Sentencia*

a. *Costas*

Véase: TSJ-SC (172)

18-2-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Interpretación de los artículos 21, numerales 1, 2, y 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela p. 188 de esta *Revista*.

b. *Aclaratoria y ampliación de sentencias*

TSJ-SPA (540)

1-6-2004

Magistrado Ponente: Hadél Mostafá Paolini

Caso: Tomás Rafael Arias Ugarte (Aclaratoria de Sentencia)

La Sala Político Administrativa distingue entre la aclaratoria y la ampliación de sentencia. La aclaratoria tiene por objeto disipar alguna duda o explicar algún concepto o expresión oscura que haya quedado de la sentencia, mientras que por ampliación de la sentencia se entiende, el pronunciamiento complementario que hace el juez, a petición de parte, sobre algún punto esencial del pleito que hubiere omitido en su sentencia. Este último constituye un recurso de naturaleza extraordinario, que tiene por objeto complementar la decisión sobre la cual versa el recurso, añadiendo los aspectos omitidos de ella, en razón de un error del Tribunal.

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la solicitud de aclaratoria presentada por el abogado Jesús Leonardo Romero Morales, actuando en su carácter de apoderado judicial del ciudadano TOMÁS RAFAEL ARIAS UGARTE, no sin antes precisar que la posibilidad de hacer correcciones a las sentencias judiciales, por medios específicos, está contemplada en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil. Tales medios de corrección de los fallos son: las aclaratorias, las salvaturas, las rectificaciones y las ampliaciones. Cada uno de ellos tiene finalidades diferentes que dependerán de las deficiencias que presenten las sentencias.

Es preciso distinguir que la aclaratoria tiene por objeto disipar alguna duda o explicar algún concepto o expresión oscura que haya quedado de la sentencia, mientras que por ampliación de la sentencia se entiende, el pronunciamiento complementario que hace el juez, a petición de parte, sobre algún punto esencial del pleito que hubiere omitido en su sentencia. Este último constituye un recurso de naturaleza extraordinario, que tiene por objeto complementar la decisión sobre la cual versa el recurso, añadiendo los aspectos omitidos de ella, en razón de un error del Tribunal.

Así pues, aun cuando a través de la ampliación de la sentencia, pueda extenderse un punto determinado en el fallo, ello no significa que pueda versar sobre asuntos no planteados en la demanda o disminuir o modificar los puntos que han sido objeto de pronunciamiento en la decisión.

En tal sentido, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil establece la procedencia de la ampliación y la aclaratoria, y en virtud de ello se transcribe su contenido, que es del tenor siguiente:

“Después de pronunciada la sentencia definitiva o la interlocutoria sujeta a apelación, no podrá revocarla ni reformarla el Tribunal que la haya pronunciado.

Sin embargo, el Tribunal podrá, a solicitud de parte, aclarar los puntos dudosos, salvar las omisiones y rectificar los errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, que aparecieren de manifiesto en la misma sentencia, o dictar ampliaciones, dentro de tres días, después de dictada la sentencia, con tal de que dichas aclaraciones y ampliaciones las solicite alguna de las partes en el día de la publicación o en el siguiente”.

Ahora bien, es necesario resaltar que el mecanismo contemplado en la norma procesal antes señalada, de manera alguna está dirigido a impugnar o contradecir los efectos de lo decidido en el fallo, por cuanto se trata de un medio destinado a solventar los defectos o deficiencias que éste pudiera contener.

Precisado lo anterior, pasa esta Sala a resolver la presente solicitud de aclaratoria en los siguientes términos:

En primer lugar, debe establecerse la temporalidad de la solicitud de aclaratoria, y al respecto observa, que con relación al lapso procesal del cual disponen las partes para solicitar las aclaratorias y ampliaciones del fallo, contemplado en el texto del artículo anteriormente transcrito, esta Sala se ha pronunciado en otras oportunidades en el sentido de que los referidos lapsos deben preservar los derechos al debido proceso y a una justicia transparente, consagrados en la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y no constituir, por su extrema brevedad, un menoscabo al ejercicio de dichos derechos.

En efecto, mediante sentencia n° 00124 del 13 de febrero de 2001, caso: Olimpia Tours and Travel C.A., se estableció:

“...Examinada la norma bajo análisis se observa que en un sistema fundamentalmente escrito como el nuestro, y limitadas las presentes consideraciones a los procesos seguidos ante esta Sala, y a los supuestos contenidos en la norma considerada, la misma carece de racionalidad en virtud de que no encontramos elemento de tal naturaleza que justificando la extrema brevedad del lapso, no implique un menoscabo del contenido esencial a solicitar el derecho a una justicia transparente, en comparación con supuestos de gravedad similares como es el caso de la apelación y, siendo así esta Sala, en el presente caso, considera necesario aplicar con preferencia la vigencia de las normas constitucionales sobre el debido proceso relativas a la razonabilidad de los lapsos con relación a la norma del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil y, en ejecución de lo dispuesto en el artículo 334 de la Constitución, dispone en forma conducente, con efectos ex nunc, que el lapso para oír la solicitud de aclaratoria formulada es igual al lapso de apelación del artículo 298 del Código de Procedimiento Civil, salvo que la ley establezca un lapso especial para la misma en los supuestos de los actos a que se refiere el artículo 252 eiusdem”.

En el caso de autos, la sentencia objeto de la presente solicitud fue publicada el 21 de abril de 2004 y la parte recurrente se dio por notificada de dicha decisión, el 4 de mayo de 2004, oportunidad en la cual formuló la solicitud de aclaratoria, por lo que la misma fue interpuesta tempestivamente. Así se declara.

Expuestos los términos de la presente solicitud y el alcance que puede tener en el presente caso, se observa:

La sentencia cuya aclaratoria se solicita, declaró **parcialmente con lugar** el recurso intentado por el ciudadano **TOMÁS ARIAS UGARTE** contra la decisión tácita del Ministro de Relaciones Interiores, hoy Ministro del Interior y Justicia, y ordenó a la Inspectoría General de los Servicios de la Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención, **reponer el procedimiento administrativo** y sustanciarlo conforme al procedimiento establecido.

Es con relación a dicho dispositivo, que solicita la aclaratoria, es decir, a) si el mencionado organismo de seguridad debe reincorporar al actor como funcionario activo, b) si está incluido el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir; y c) si está implícita la continuidad de la solicitud del beneficio de jubilación que este formulara con anterioridad a la destitución. A juicio de la Sala, la pretensión del recurrente no se contrae a una aclaratoria, sino a una ampliación del fallo o complemento de aquél, a través de un pronunciamiento sobre cuestiones, que a su juicio, no fueron señaladas en la sentencia.

Ahora bien, ciertamente como lo acotara el apoderado actor en su solicitud, la Sala no formuló un pronunciamiento preciso en cuanto a ordenar la reincorporación de su representado como personal activo del órgano policial, visto que tal decisión es potestativa y discrecional del ente administrativo. Dicho de otro modo, la reincorporación del recurrente como funcionario de la Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención, **DISIP, a los efectos de reiniciar y llevar a cabo el procedimiento administrativo**, depende exclusivamente de la voluntad del órgano en cuestión y no de este Tribunal.

En efecto, la sentencia cuya ampliación se solicita, se limita a ordenarle a la Inspectoría General de los Servicios del órgano de seguridad, reiniciar el procedimiento administrativo contra el hoy recurrente, dejando a su juicio, determinar si lo reincorpora o no a sus filas, ello en virtud de la indebida sustanciación de la investigación, lo cual precisamente llevó a esta Sala a acoger parcialmente el recurso, anulándose el acto del jerarca sin emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la veracidad o no de las imputaciones formuladas en el procedimiento disciplinario, y por ende, de la legalidad de la destitución. De allí que, no debió esta Sala pronunciarse con relación a los salarios y demás emolumentos dejados de percibir y la tramitación del beneficio de jubilación, toda vez que, al igual que en esta oportunidad no pueden ser objeto de estudio y decisión, pues éstos dependerán, en todo caso, de la decisión que adopte el organismo al concluir el procedimiento administrativo, ordenado reiniciar.

Por lo expuesto debe la Sala declarar la improcedencia de la ampliación solicitada por la parte demandante. Así se declara.

3. *El Contencioso Administrativo de Anulación y Amparo*

A. *Propósito*

TSJ-SE (24)

15-3-2004

Magistrado Ponente: Alberto Martini Urdaneta

Caso: Julio Borges y otros vs. Consejo Nacional Electoral.

Corresponde a esta Sala, en esta oportunidad, pronunciarse sobre la solicitud cautelar propuesta por la parte recurrente, y en tal sentido advierte que la acción de amparo constitucional, ejercida conjuntamente con el recurso contencioso electoral, dada su naturaleza cautelar, está destinada a obtener del órgano judicial la protección temporal, mientras se decide la nulidad solicitada por

vía principal, de un derecho o garantía constitucional que ha sido violado o amenazado de violación por el acto impugnado, para, mediante ella, impedir que éste produzca sus efectos, y lograr así el restablecimiento de la situación jurídica infringida, siendo necesario, entonces, que la acción de amparo se haya intentado contra el acto o actos cuya declaratoria de nulidad ha sido solicitada.

En virtud de todo ello, debe entonces afirmarse que para que la solicitud de amparo cautelar proceda es necesario, además del señalamiento del derecho o garantía constitucional que se considera vulnerado o amenazado de violación (*fumus boni iuris* constitucional), para lo cual se deberá acompañar un medio de prueba que constituya presunción grave de tal violación o amenaza de violación, el *periculum in mora*, traducido en el temor fundado de que quede ilusoria la ejecución del fallo.

En base a lo anterior, la Sala, al analizar la solicitud de amparo cautelar formulada por la parte recurrente, observa que la misma pretende la suspensión de los efectos del “INSTRUCTIVO SOBRE EL TRATAMIENTO POR EL COMITÉ TÉCNICO SUPERIOR DE LAS FIRMAS DE CALIGRAFÍA SIMILAR O RENGLONES DE PLANILLAS LLENADAS POR LA MISMA PERSONA”, dictado por el Consejo Nacional Electoral en fecha 24 de febrero de 2004; de la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, así como de la Circular n° 16, en virtud de que, a decir de la parte actora, a través de dichos actos el Consejo Nacional Electoral vulnera derechos y garantías constitucionales como son el derecho a la no aplicación retroactiva de las normas, el derecho a la participación ciudadana y el derecho a la igualdad.

En cuanto al primer derecho constitucional alegado como violado, es decir, el derecho a la no aplicación retroactiva de las normas, la parte recurrente fundamenta su solicitud de amparo cautelar señalando que “...lo relevante es que la exigencia de completar todos los datos de la planilla en forma manuscrita por cada elector firmante fue realizada en forma posterior a la recolección de las firmas, lo que indudablemente desconoce y desvirtúa el principio elemental de derecho referente a la no retroactividad de las normas, consagrado en los artículos 29 y 49, numeral 6°.”

En lo que respecta a la violación al derecho a la participación ciudadana, indican los recurrentes que “...con el INSTRUCTIVO DE PLANILLAS CON RENGLONES CON CALIGRAFIA SIMILAR del 24 de febrero de 2004 se desconoce la validez de las firmas que aparecen escritas mediante letra o caligrafía presuntamente de la misma persona (firmas asistidas). Tan es así, que estas firmas no se computan como válidas para la contabilidad efectuada por el Consejo Nacional Electoral en la Resolución n° 040302.131 del 2 de marzo de 2004, a los fines de verificar si el veinte por ciento (20%) de los electores están de acuerdo con la convocatoria a un referéndum revocatorio (...) Como puede apreciarse, no sólo se estableció un requisito de validez nuevo, no previsto en la normativa inicial y vigente para el momento de la recolección de las rúbricas, sino además se establece un nuevo mecanismo de reparo que va a implicar, como lo han anunciado públicamente algunos Rectores del Consejo Nacional Electoral, un nuevo proceso de recolección de firmas. Esta decisión, además de desconocer las NORMAS REGULADORAS DEL REVOCATORIO, desconoce los principios de presunción de buena fe del elector firmante y, sobre todo, el valor fundamental de la participación ciudadana.”

Asimismo, señalan los recurrentes que “...es claramente atentatorio contra el principio de participación ciudadana el impedir que los electores cuyas firmas han sido invalidadas por errores materiales de la Administración Electoral tengan la posibilidad de ratificar su manifestación de voluntad.”, indicando, al efecto, que los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Reco-

lección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular, invocados por el órgano electoral para invalidar 39.060 Planillas, establecen supuestos de invalidación en los cuales los electores firmantes no son responsables de los errores materiales de que adolecen, pues éstos solo son imputables a la Administración Electoral, debiéndose, en estos casos, permitirle a los electores firmantes contenidos en tales planillas, la posibilidad de reparar o ratificar su voluntad de solicitar la revocatoria del mandato presidencial.

Con relación a la violación del derecho a la igualdad, los recurrentes señalan que los actos impugnados discriminan, indebidamente, a todos aquellos incapacitados, ancianos, analfabetas y demás ciudadanos en situaciones similares que no pudieron trasladarse al centro de recolección de firmas, ni pudieron llenar de su puño y letra sus datos de identificación, debiendo ser asistidos en ello sin que se dejara constancia en la planilla de tal situación, así como a los ciudadanos que estamparon válidamente su firma pero que han sido excluidos debido a que las planillas en las que firmaron adolecían de errores formales imputables a la administración electoral.

En virtud de lo anteriormente señalado, esta Sala observa que, tal y como lo señalan los recurrentes en su escrito, la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, dictada con fundamento en el INSTRUCTIVO SOBRE EL TRATAMIENTO POR EL COMITÉ TÉCNICO SUPERIOR DE LAS FIRMAS DE CALIGRAFÍA SIMILAR O RENGLONES DE PLANILLAS LLENADAS POR LA MISMA PERSONA, ambos actos impugnados mediante el recurso contencioso electoral, coloca “bajo observación”, la cantidad de 876.017 firmas o solicitudes de revocatoria de mandato presidencial, sometiénolas, al denominado “procedimiento de reparo”, por considerar que los datos de identificación habían sido escritos con “caligrafía similar”, impidiéndose, con ello, alcanzar el número de firmas o solicitudes válidas necesarias para convocar el referendo revocatorio de Presidente de la República, solicitado por los hoy recurrentes, y que constituye, sin duda, uno de los mecanismos para ejercer el derecho fundamental a la participación política, al igual que la invalidación de 39.060 Planillas con fundamento en lo establecido en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular, sin que los electores firmantes contenidos en dichas planillas tengan la posibilidad de acudir a reparar o ratificar su intención de suscribir la solicitud de revocatoria de mandato presidencial, conforme lo establece el artículo 31 de las “NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR”, pudiendo afirmarse que con la emisión de los actos administrativos cuya nulidad se pretende, se denuncia la creación de nuevos criterios de validación, que podrían impedir alcanzar el número de firmas necesarias para convocar el referéndum revocatorio presidencial, y de ser ello así, existe una presunción grave de violación del mencionado derecho fundamental, consagrado en el artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y garantizado en el artículo 70 *ejusdem*, por tanto, considera la Sala en el presente caso, satisfecho el requisito de procedencia de esta acción de amparo cautelar, constituido por el *fumus boni iuris*, que en este caso lo constituye la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional. Así se decide.

En cuanto al *periculum in mora*, igualmente necesario para la procedencia de la medida cautelar bajo estudio, esta Sala advierte que el mismo resulta evidente por ser un hecho notorio comunicacional la inminencia del establecimiento de la fecha destinada al procedimiento de los reparos por parte del Consejo Nacional Electoral, que conforme a los actos cuya nulidad ha sido solicitada, deben acudir los ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017) ciudadanos cuyas firmas fueron colocadas “bajo observación” por el máximo órgano electoral, por una parte, y por la otra, impide a los electores firmantes contenidos en las 39.060 planillas que han sido invalidadas por el Consejo Nacional Electoral, con funda-

mento en lo establecido en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular, acudir a tal procedimiento de reparo a ratificar su voluntad de suscribir la solicitud de convocatoria del referéndum revocatorio presidencial, lo cual, a juicio de la Sala, reitera la necesidad de suspensión de los efectos de los actos impugnados, que de no acordarse podrían hacer ilusoria la ejecución del fallo definitivo de ser éste declarado con lugar. Así se decide.

Como consecuencia de la anterior declaratoria, esta Sala, a los fines de restablecer la situación jurídica lesionada al estado en que se encontraba antes de que ocurriera la violación, y mientras se dicte la sentencia de fondo, ordena al Consejo Nacional Electoral desaplique a las firmas colocadas “bajo observación” relacionadas en el literal “h” del Primer Resuelve de la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, cuya nulidad ha sido solicitada, y que alcanza el número de ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017), el criterio contenido en el INSTRUCTIVO SOBRE EL TRATAMIENTO POR EL COMITÉ TÉCNICO SUPERIOR DE LAS FIRMAS DE CALIGRAFÍA SIMILAR O RENGLONES DE PLANILLAS LLENADAS POR LA MISMA PERSONA”, también impugnado, que impone la exigencia de ratificación de la manifestación de voluntad de los titulares de esas firmas (denominado reparo negativo). Así se decide.

Esta Sala, con el mismo fin restablecedor de la situación jurídica infringida antes aludido, acuerda incluir o sumar a las solicitudes validadas por el Consejo Nacional Electoral para la convocatoria del referendo revocatorio que alcanza la cantidad de un millón ochocientas treinta y dos mil cuatrocientos noventa y tres (1.832.493) solicitudes, conforme se desprende del literal “e” del Primer Resuelve de la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, las ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017) firmas o solicitudes relacionadas en el literal “h” del Primer Resuelve de la tantas veces aludida Resolución, operación ésta que arroja la cifra total de DOS MILLONES SETECIENTAS OCHO MIL QUINIENTAS DIEZ (2.708.510) de solicitudes o firmas. Como consecuencia de la anterior operación aritmética efectuada, esta Sala ordena al Consejo Nacional Electoral aplicar, a tales solicitudes, el procedimiento de reparo de conformidad con lo establecido en el artículo 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, a los fines de que los ciudadanos que manifiesten no haber firmado soliciten su exclusión. Así se decide.

En cuanto a las planillas invalidadas por el Consejo Nacional Electoral, en razón del incumplimiento de los numerales 2; 3; 4 y 5 del artículo 4 de las “Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular”, y que alcanza la suma de Treinta y Nueve Mil Sesenta (39.060), esta Sala ordena al Consejo Nacional Electoral permitir a los electores firmantes contenidos en ellas acudir al procedimiento de reparo establecido en el artículo 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR. Así también se decide

Por último, esta Sala ordena al Consejo Nacional Electoral proceda a efectuar el procedimiento de reparo en el lapso establecido en el artículo 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR y luego de realizado éste procedimiento, y de existir al menos el veinte por ciento (20%) de solicitudes válidas, proceda a convocar el referéndum revocatorio a que se refiere el presente fallo, en el lapso establecido en el artículo 33 de dichas Normas.

DECISIÓN

En virtud de las consideraciones anteriormente expuestas, esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley declara:

CON LUGAR la acción de amparo constitucional cautelar, interpuesta en forma conjunta con el presente recurso contencioso electoral, en consecuencia, 1.- **SE SUSPENDEN** los efectos del INSTRUCTIVO SOBRE EL TRATAMIENTO POR EL COMITÉ TÉCNICO SUPERIOR DE LAS FIRMAS DE CALIGRAFÍA SIMILAR O RENGLONES DE PLANILLAS LLENADAS POR LA MISMA PERSONA y de la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, dictada por el Consejo Nacional Electoral. 2.- **SE ORDENA** al Consejo Nacional Electoral desaplique a las firmas colocadas “bajo observación” relacionadas en el literal “h” del Primer Resuelve de la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, cuya nulidad ha sido solicitada, y que alcanza el número de ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017), el criterio contenido en el INSTRUCTIVO SOBRE EL TRATAMIENTO POR EL COMITÉ TÉCNICO SUPERIOR DE LAS FIRMAS DE CALIGRAFÍA SIMILAR O RENGLONES DE PLANILLAS LLENADAS POR LA MISMA PERSONA”, también impugnado, que impone la exigencia de ratificación de la manifestación de voluntad de los titulares de esas firmas (denominado reparo negativo). 3.- **SE ACUERDA** incluir o sumar a las solicitudes validadas por el Consejo Nacional Electoral para la convocatoria del referendo revocatorio que alcanza la cantidad de un millón ochocientos treinta y dos mil cuatrocientos noventa y tres (1.832.493) solicitudes, conforme se desprende del literal “e” del Primer Resuelve de la Resolución n° 040302-131 de fecha 2 de marzo de 2004, las ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017) firmas o solicitudes relacionadas en el literal “h” del Primer Resuelve de la tantas veces aludida Resolución, operación ésta que arroja la cifra total de DOS MILLONES SETECIENTAS OCHO MIL QUINIENTAS DIEZ (2.708.510) de solicitudes o firmas. En virtud de la anterior operación aritmética efectuada, esta Sala **ORDENA** al Consejo Nacional Electoral aplicar a tales solicitudes el procedimiento de reparo conforme a lo establecido en el artículo 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR, a los fines de que los ciudadanos que manifiesten no haber firmado soliciten su exclusión. 4.- **SE ORDENA** al Consejo Nacional Electoral incluir en el proceso de reparo a ser convocado, a los electores firmantes contenidos en las 39.060 planillas que han sido invalidadas por dicho órgano electoral, con fundamento en lo establecido en los numerales 2, 3, 4 y 5 del artículo 4 de las Normas sobre los Criterios de Validación de las Firmas y de las Planillas de Recolección de Firmas para los Procesos de Referendo Revocatorio de Mandatos de Cargos de Elección Popular. 5.- **SE ORDENA** al Consejo Nacional Electoral proceda a efectuar el procedimiento de reparo en el lapso establecido en el artículo 31 de las NORMAS PARA REGULAR LOS PROCESOS DE REFERENDOS REVOCATORIOS DE MANDATOS DE CARGOS DE ELECCIÓN POPULAR y luego de realizado éste procedimiento, y de existir al menos el veinte por ciento (20%) de solicitudes válidas, proceda a convocar el referéndum revocatorio a que se refiere el presente fallo, en el lapso establecido en el artículo 33 de dichas Normas.

B. *Principios para la tramitación*

TSJ-SC (442)

23-3-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Revisión de sentencia (Ismael García)

Del análisis del fallo objeto de revisión, se observa que la Sala Electoral Accidental incurrió en inobservancia, en lo que concierne a la naturaleza y al trámite del amparo cautelar establecidos por esta Sala Constitucional en sentencia n° 88/2000, Caso: Ducharne de Venezuela, C.A., la cual precisó lo que sigue:

“Una vez recibida en esta Sala la acción de nulidad, interpuesta conjuntamente con amparo constitucional, el Juzgado de Sustanciación de la Sala decidirá mediante auto sobre la admisibilidad de la acción principal, a menos que por la urgencia del caso la Sala decida pronunciarse sobre la admisión de la misma, supuesto en que también la Sala se pronunciará sobre el amparo ejercido conjuntamente con la referida acción de nulidad.

En caso de que se declare inadmisibile la acción principal, se dará por concluido el juicio y se ordenará el archivo del expediente.

Para el supuesto que se admita la acción de nulidad, en el mismo auto se ordenará abrir cuaderno separado en el cual se designará Ponente, a los efectos de decidir sobre el amparo constitucional.

El procedimiento de nulidad continuará su trámite por ante el Juzgado de Sustanciación, y la Sala decidirá sobre la procedencia o no del amparo constitucional. En el caso que se acuerde el amparo se le notificará de dicha decisión al presunto agraviante, para que, si lo estima pertinente, formule oposición contra la medida acordada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, supuesto en el cual se convocará para una audiencia oral y pública que se efectuará en el tercer (3°) día siguiente a la formulación de la oposición, a fin de que las partes expongan sus alegatos. En el auto en el que se fije la celebración de la audiencia oral y pública, se ordenará la notificación del Ministerio Público.

Una vez concluido el debate oral, la Sala en el mismo día deliberará, y podrá:

Pronunciarse inmediatamente sobre la oposición, en cuyo caso se expondrá de forma oral los términos de la decisión, la cual deberá ser publicada íntegramente dentro de los cinco (5) días siguientes a la audiencia en la cual se dictó aquélla.

Diferir la audiencia oral por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho (48) horas por estimar que es necesario la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes o del Ministerio Público.

La decisión recaída sobre el amparo constitucional en nada afecta la tramitación de la causa principal”.

La Sala Electoral Accidental también obvió la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala en el fallo parcialmente transcrito, al decidir la pretensión cautelar incoada *inaudita altera pars*, sin permitir al presunto agraviante plantear su oposición a la presunta cautela otorgada.

En efecto, del dispositivo del fallo cuestionado se constata que la remisión al Consejo Nacional Electoral de la copia certificada de la aludida decisión, se hizo con la finalidad de notificarle sobre lo ordenado, y no para que, si lo considerase pertinente, pudiera oponerse a la medida acordada, ya que la referida sentencia ordena el envío del cuaderno separado relativo a la incidencia al Juzgado de Sustanciación para la continuación de la causa.

Así pues, el quebrantamiento total del procedimiento establecido para la tramitación de la pretensiones de amparo cautelar que se acumulan a acciones de nulidad, constituye un evidente desacato a la doctrina vinculante establecida por la Sala, así como una crasa violación del derecho a la defensa y al debido proceso consagrados en el artículo 49 del Texto Fundamental, por cuanto el Consejo Nacional Electoral no pudo participar en un procedimiento que excluyó el trámite contradictorio.

Todo lo anterior conduce, inevitablemente, a declarar la nulidad de la sentencia objeto de la presente solicitud de revisión, tal y como lo ha decidido esta Sala en otras oportunidades (*Vid.* sentencia n° 1122/2000 del 4 de octubre, caso: Elis Enaís Ramos). Así se declara...

... En otro orden de ideas, la Sala advierte que la acción de amparo constitucional propuesta es de contenido cautelar, cuando se ejerce de manera conjunta con la acción contencioso-administrativa de nulidad, según lo dispone el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o cuando se plantea conjuntamente con la acción popular de nulidad por inconstitucionalidad de actos normativos, según lo previsto en el artículo 3 *eiusdem*. El amparo cautelar reviste una naturaleza diferente a la pretensión autónoma, pues no se trata de una acción principal sino subordinada o accesorio a la que se acumuló. Tal accesoriedad del amparo cautelar fue establecida por la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia en sentencia del 10 de julio de 1991, caso: Tarjetas Banvenez y otros.

Así, cuando se insta el amparo como pretensión cautelar, su procedencia, de ser el caso, tiende a la suspensión temporal de los efectos del acto o norma impugnada mientras dure el proceso principal, por ello, no tiene efectos anulatorios ni constitutivos, ya que no persigue la creación de derechos a favor del accionante.

Establecido lo anterior, la Sala observa que el dispositivo del fallo objeto de la presente solicitud de revisión excedió la índole de un pronunciamiento de naturaleza cautelar, en virtud de que resolvió por anticipado el fondo de la litis, pues, no sólo suspendió los efectos de los actos impugnados, sino que las órdenes impartidas al Órgano Rector del Poder Electoral referidas a la desaplicación del criterio contenido en el Instructivo Sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la Misma Persona, a las firmas colocadas "bajo observación", implicó una declaratoria de nulidad del literal "h" del Primer Resuelve de la Resolución n° 040302-131 del 2 de marzo de 2004, lo cual, no le era dado otorgar en sede cautelar.

De igual forma, se advierte que cuando la Sala Electoral Accidental acordó sumar a las solicitudes validadas por el Consejo Nacional Electoral para la convocatoria del referendo revocatorio, las ochocientas setenta y seis mil diecisiete (876.017) solicitudes colocadas "bajo observación" y ordenó al Consejo Nacional Electoral aplicar a tales solicitudes el procedimiento de reparo conforme lo establece el artículo 31 de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, antes referidas, creó derechos subjetivos a favor de los accionantes, lo cual resulta contrario a la naturaleza del amparo cautelar, y, como ya se precisó, tiene como fin la suspensión de los efectos del acto o norma señalados como lesivos, al detener la realización de ciertas actividades o impedir que las mismas se consoliden.

No obstante, suspender los efectos de los actos impugnados jamás implica que se ordene hacer algo al Poder Electoral para crear nuevas situaciones jurídicas.

Asimismo, la Sala considera que con el dispositivo del fallo objeto de la presente revisión, la Sala Electoral Accidental negó las facultades inquisitivas de la Administración Electoral a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos constitucionales para la convocatoria de referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, ya que este

órgano del Poder Público se encuentra obligado a determinar el carácter fidedigno de la manifestación de voluntad de los firmantes, requisito que no puede presumirse como satisfecho, sin infringir el artículo 72 del Texto Fundamental.

De igual forma, la sentencia impugnada violó los numerales 1 y 5 del artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como el artículo 294 (que garantiza los principios de independencia orgánica y autonomía funcional de los órganos del Poder Electoral) y los artículos 136, 137 y 138 (que consagran el principio de división del poder, clave de bóveda de la democracia formal), pues no sólo suspendió normas reglamentarias estatuidas por el Consejo Nacional Electoral, sino que se subrogó en éste para dictar reglas sobre validación de las firmas, que únicamente competen al Ente Rector del Poder Electoral conforme a las disposiciones constitucionales indicadas. Así igualmente, se declara.

En este orden de ideas, se advierte que la Sala Electoral Accidental, aparte de las infracciones indicadas *supra*, incurrió en desacato a la medida que la intimó a suspender el trámite del recurso contencioso-electoral al cual se acumuló la pretensión de amparo cautelar en la cual se produjo el fallo objeto de la presente revisión, y remitir los expedientes relativos a los recursos que ante ella cursaron, mientras esta Sala Constitucional proveyera lo conducente a la admisión del avocamiento que le fuera solicitado.

Ello así, la Sala Constitucional juzga que tal desacato viola flagrantemente la competencia de ésta sobre sus interpretaciones vinculantes, al objeto de garantizar la supremacía de la constitución y la efectividad de las normas y principios constitucionales, lo que hace incurrir a la Sala Electoral Accidental en desobediencia a la autoridad, conforme lo dispone el artículo 29 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así, del mismo modo, se decide.

Por último, la Sala ratifica, la competencia del Poder Electoral para desarrollar la normativa que le asigna la Ley Orgánica del Poder Electoral y, en especial, la normativa tendente a la reglamentación de los procesos electorales y referendos, en particular los que regulan las peticiones sobre dichos procesos, así como las condiciones para ellos, la autenticidad de los peticionarios, la propaganda electoral etc., así como las dudas y vacíos que susciten las leyes electorales, en cumplimiento, además, de los artículos 293, numerales 1 y 5 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, conforme a lo decidido por esta Sala en sentencia n° 2341 del 25 de agosto de 2003 y, así finalmente se declara.

Por las razones expuestas, esta Sala Constitucional, a fin de garantizar el imperio, la supremacía y la efectividad de las normas y principios constitucionales, conforme lo prescribe el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara que ha lugar a la revisión solicitada y, en consecuencia, anula la sentencia n° 24 dictada, el 15 de marzo de 2004, por la Sala Electoral Accidental antes referida, por haber incurrido en extralimitación de funciones en desacato a la doctrina de interpretación constitucional establecida por esta Sala en sentencia n° 88/2000, antes referida, así como, por infracción de lo dispuesto en los artículos 136, 137, 138, 293.1 y 294 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

TSJ-SE (27)

29-3-2004

Magistrado Ponente: Alberto Martín Urdaneta

Caso: Julio Borges y otros vs. Consejo Nacional Electoral

Expresado lo anterior, pasa esta Sala Electoral Accidental a pronunciarse sobre los criterios expresados por la Sala Constitucional Accidental en su fallo n° 442 y que, a su juicio, pretende generar efectos "polifacéticos" al contener: a) pronunciamientos relacionados

con la solicitud de revisión y la consecuente declaratoria de nulidad del fallo n° 24 de esta Sala Electoral; b) ratificar la competencia, no discutida, del Consejo Nacional Electoral para dictar actos como los impugnados mediante el presente recurso; c) solicitar, finalmente, la remisión de las causas relacionadas con el presente expediente a los fines de decidir un “avocamiento” planteado ante su sede; y d) pretender derivar un desacato por esta Sala Electoral Accidental.

Así, pasa la Sala Electoral Accidental a observar lo siguiente:

... De la adecuada tramitación del amparo cautelar

En cuanto a la afirmación que hace la Sala Constitucional Accidental sobre la supuesta “...inobservancia, en lo que concierne a la naturaleza y al trámite del amparo cautelar establecidos por es[a] Sala Constitucional en sentencia n° 88/2000, Caso: Ducharme de Venezuela, C.A...”, y considerar que esta Sala Electoral dictó su fallo del 15 de marzo de 2004 “...sin permitir al presunto agravante plantear su oposición a la presunta cautela otorgada.”, en virtud de que, a juicio de la Sala Constitucional Accidental, “...del dispositivo del fallo cuestionado se constata que la remisión al Consejo Nacional Electoral de la copia certificada de la aludida decisión, se hizo con la finalidad de notificarle sobre lo ordenado, y no para que, si lo considerase pertinente, pudiera oponerse a la medida acordada, ya que la referida sentencia ordena el envío del cuaderno separado relativo a la incidencia al Juzgado de Sustanciación para la continuación de la causa”, esta Sala Electoral Accidental entiende que tal consideración, por parte de la Sala Constitucional Accidental, no puede menos que causar asombro, por decir lo menos, pues además de manifestar desconocimiento de las actuaciones cursantes en el cuaderno separado en el cual se dictó la sentencia de naturaleza interlocutoria por ella revisada -y en el que consta que si hubo oposición a la medida de amparo cautelar por distintos interesados- constituye un pronunciamiento que la vicia de falso supuesto, de hecho y de derecho, en virtud de los siguientes motivos:

A juicio de esta Sala Electoral Accidental resulta falso el argumento de la Sala Constitucional Accidental en el sentido que esta Sala Electoral ha desconocido el procedimiento establecido por ella en su fallo n° 88 del año 2000 (Caso Ducharme de Venezuela), conforme al cual sí se permite acordar amparos cautelares *inaudita alteram partem* permitiéndole a la parte accionada que, en caso de estimarlo pertinente, se oponga a dicha medida, pudiendo la Sala, en ese caso, darle a la oposición la tramitación contenida en la misma sentencia n° 88 de la Sala Constitucional, y ello es lo que se desprende del contenido de dicho fallo, en el cual se dispone que “[e]l procedimiento de nulidad continuará su trámite por ante el Juzgado de Sustanciación y la Sala decidirá sobre la procedencia o no del amparo constitucional.” y que “[e]n el caso que se acuerde el amparo se le notificará de dicha decisión al presunto agravante, **para que, si lo estima pertinente, formule oposición contra la medida acordada, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su notificación, supuesto en el cual se convocará para una audiencia oral y pública que se efectuará en el tercer (3°) día siguiente a la formulación de la oposición, a fin de que las partes expongan sus alegatos.**” (Resaltado de esta Sala).

Hay que destacar también que en el referido fallo n° 88, en modo alguno se impone al órgano jurisdiccional la obligación de indicar expresamente, en la notificación de la medida cautelar que se haga al presunto agravante, de los recursos que dispone para oponerse a tal providencia, y es que no podría una sentencia contener tal orden, toda vez que, por una parte, estaría supliendo defensas que sólo a las partes corresponde efectuar y, por otra parte, estaría colocando en los órganos jurisdiccionales (incluyendo la misma Sala Constitucional) la carga prevista en el artículo 73 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos para los órganos de la Administración Pública en los siguientes términos: “Artículo 73. Se notificará a los interesados todo acto administrativo de carácter particular que afecte sus derechos sub-

jetivos o sus intereses legítimos, personales y directos, debiendo contener la notificación el texto íntegro del acto, e indicar si fuere el caso, los recursos que proceden con expresión de los términos para ejercerlos y de los órganos o tribunales ante los cuales deban interponerse.” (Subrayado de la Sala); de este modo, en el presente caso, resulta claro que no existía para la Sala Electoral, al momento de notificarle al Consejo Nacional Electoral de la sentencia cautelar dictada en fecha 15 de marzo de 2004, la obligación de indicarle los recursos procesales de que éste disponía, ya que ello significaría colocar en situación de desequilibrio a las partes, por lo que así las cosas mal podría esta Sala Electoral haber incurrido en violación alguna, como pretende la Sala Constitucional Accidental dejarlo sentado y con carácter de antecedente, lo cual resulta improcedente desde el punto de vista procesal.

Debe advertirse finalmente con relación a este mismo punto, que en el fallo referido n° 88/2000 referido por la Sala Constitucional Accidental, ella expresa que “[l]a decisión recaída sobre el amparo constitucional en nada afecta la tramitación de la causa principal.”, de allí que esta Sala Electoral Accidental podía perfectamente, tal como lo hizo, enviar el cuaderno separado al Juzgado de Sustanciación y ordenar la continuación de la causa principal, pues, de hecho, encontrándose el mencionado cuaderno separado en la sede del Juzgado de Sustanciación es que podría la parte interesada oponerse a la medida de amparo cautelar solicitada. Así, con fundamento en lo expuesto debe, entonces, ser desestimado el argumento de la Sala Constitucional Accidental sobre el supuesto “...quebrantamiento total del procedimiento establecido para la tramitación de las pretensiones de amparo cautelar...” por parte de esta Sala Electoral y que sirvió de fundamento para que esa Sala declarase nula la sentencia n° 24 del 15 de marzo de 2004 de esta Sala Electoral Accidental.

Extralimitación de la Sala Constitucional Accidental al pronunciarse sobre el fondo del recurso contencioso electoral

En este punto resulta necesario advertir que la Sala Constitucional Accidental establece en su sentencia de revisión lo que esta Sala a continuación se permite, nuevamente, transcribir:

“Al respecto, la Sala juzga que las circunstancias derivadas de la insatisfacción de los requisitos de validación establecidos por el Ente Rector del Poder Electoral, en ningún caso, puede constituir amenaza de violación del derecho a la participación política positivado en el artículo 62 del Texto Fundamental, ya que el ejercicio del mismo depende del cumplimiento de los extremos previstos en el ordenamiento jurídico para cada caso, por lo que respecto al referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, la mera solicitud de su convocatoria no genera expectativas plausibles de su efectiva realización, ya que la misma dependerá de la debida observancia de las condiciones y requisitos previstos en la Constitución y en la ley.

Igualmente, con respecto a la presunta aplicación retroactiva de criterios de validación instaurados en el Instructivo sobre el Tratamiento por el Comité Técnico Superior de las Firmas de Caligrafía Similar o Renglones de Planillas Llenadas por la Misma Persona dictado por el Consejo Nacional, el 24 de febrero de 2004, advierte la Sala que el referido instructivo no consagra un nuevo criterio de validación de las solicitudes de convocatoria del referendo revocatorio del mandato de funcionarios de elección popular, ya que tal criterio motivador del acto de validación de las firmas no proviene de dicho instrumento jurídico, sino de las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular dictadas por el Ente Rector del Poder Electoral, el 25 de septiembre de 2003, conforme a las cuales se validaron un millón ochocientos treinta y dos cuatrocientas noventa y tres (1.832.493) solicitudes, se invalidaron treinta y nueve mil seenta (39.060) peticiones y a los efectos similares de un auto para mejor proveer, se ordenó someter a reparo las firmas colocadas ‘bajo observación’ que alcanzan el número de ochocientos setenta y seis mil diecisiete (876.017), según lo decidido por el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución n° 040302-131 del 2 de marzo de 2004.

Con respecto a los principios de buena fe y de confianza legítima, la Sala considera que no son aplicables en la constatación de la validez de actos de participación política, donde debe verificarse la autenticidad de quienes manifestaron su voluntad de solicitar la revocatoria del mandato del Presidente de la República, y también la voluntad de quienes no se adhieren al referendo peticionado. No siendo tal voluntad un ejercicio de derechos civiles regidos por la autonomía y del principio contractual de derecho privado, corresponde al Consejo Nacional Electoral garantizar, por medio de su competencia inquisitiva, propia de la Administración Pública, que la voluntad del electorado se ajuste a la manifestación propia de lo querido por ésta para el funcionamiento del principio democrático.

La Sala no encuentra, por tanto, que el Consejo Nacional Electoral haya incurrido en violación de los artículos 24 (irretroactividad de la ley) y 49, 1 y 2 (debido proceso y presunción de inocencia),...”.

En este sentido, observa esta Sala Electoral accidental que se evidencia del mencionado extracto que la Sala Constitucional Accidental se aparta abiertamente de las competencias que le han sido atribuidas por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y delineadas por su propia jurisprudencia, para hacer pronunciamientos acerca del mérito de la causa, que la Sentencia revisada se abstiene de proferir por tratarse de una sentencia de amparo cautelar en la que, como bien sabe, le esta prohibido hacer pronunciamientos que impliquen un examen del fondo del asunto debatido, lo cual, sin duda, esta circunscrito a determinar si los actos impugnados violan o contradicen la normativa aplicable al caso de autos.

Asimismo, pretende negarle el beneficio de principios constitucionales como el de buena fe y el de confianza legítima a derechos fundamentales de los ciudadanos, sin razonamiento lógico y jurídico alguno, protegiendo con ello, y sin que medie un estudio y análisis profundo del caso, actuaciones de un órgano del poder público que han sido cuestionadas por sus destinatarios, alegando violaciones a sus derechos fundamentales.

De la situación planteada, bien podría pensarse que lo pretendido por la Sala Constitucional Accidental es, utilizando la vía de revisión, procedente únicamente en caso de sentencias definitivas que efectúen interpretaciones de normas constitucionales o que incurran en error manifiesto al interpretar normas constitucionales, así como cuando se aparten u obvien interpretación alguna proveniente de esa Sala Constitucional Accidental- y así (actuando fuera del ámbito de su competencia) entrar a analizar el fondo del asunto objeto de un **recurso contencioso electoral de nulidad**, para pretender preestablecer, con ello, criterios que pudieran ser calificados como “interpretación constitucional”, lo que evidencia una clara extralimitación de competencia jurisdiccional arrebatándose a su juez natural que es la Sala Electoral, órgano con igual jerarquía e integrante del mismo órgano judicial (Tribunal Supremo de Justicia), como lo ha reconocido reiteradamente la Sala Constitucional.

Cabe advertir y reiterar que la Sala Constitucional Accidental efectúa pronunciamientos sobre el fondo de la causa sin tener a la vista el expediente del recurso contencioso electoral interpuesto y que, como tácitamente, en su fallo objeto de examen, esa misma Sala Constitucional Accidental ha admitido, es competencia exclusiva y excluyente de esta Sala Electoral, al no cuestionar tal competencia en su sentencia de revisión, a pesar de haber sido uno de los alegatos esgrimidos por el solicitante de la revisión.

Por otra parte, al no tratarse el fallo revisado, emitido por esta Sala Electoral Accidental, de una sentencia definitiva que realiza interpretaciones de normas constitucionales o que incurre en “error manifiesto” al interpretar normas fundamentales y que tampoco se aparta ni obvia interpretación alguna proveniente de esa Sala Constitucional, (*Vid.* Sentencia n° 93/2001 del 6 de febrero, caso: Corpoturismo) la revisión efectuada resulta, a todas luces, inconstitucional e ilegal.

Efectos restablecedores de la medida cautelar acordada por la Sala Electoral Accidental.

En otro sentido, se debe referir el argumento de la Sala Constitucional Accidental, contenido en la sentencia de revisión constitucional y conforme al cual establece lo siguiente:

“De igual forma, la sentencia impugnada violó los numerales 1 y 5 del artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así como el artículo 294 (que garantiza los principios de independencia orgánica y autonomía funcional de los órganos del Poder Electoral) y los artículos 136, 137 y 138 (que consagran el principio de división del poder, clave de bóveda de la democracia formal), pues no sólo suspendió normas reglamentarias estatuidas por el Consejo Nacional Electoral, sino que se subrogó en éste para dictar reglas sobre validación de las firmas, que únicamente competen al Ente Rector del Poder Electoral conforme a las disposiciones constitucionales indicadas. Así igualmente, se declara. (Resaltado de quien suscribe).

Con tal afirmación, la Sala Constitucional Accidental, llamada a “...*garantizar el cumplimiento, vigencia y respeto de los postulados constitucionales...*”, como ella misma lo ha indicado tantas veces en su jurisprudencia, olvida que no existe acto del Poder Público que pueda escapar del control jurisdiccional, precisamente para evitar que mediante esos actos, dictados con poder casi absoluto, se puedan violentar derechos y garantías constitucionales, sin que tal circunstancia pueda ser evitada, bien sea mediante sentencia cautelar o definitivamente firme, por el órgano judicial constitucionalmente competente para ello.

Tal aseveración por parte de la Sala Constitucional Accidental lesiona abiertamente lo dispuesto en los artículos 7, 25, 26, 139 y 297 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que impiden que actos del poder público puedan ejercerse sin control alguno por parte de los órganos llamados por la Constitución a impartir justicia y velar por el ejercicio efectivo de los derechos de los ciudadanos que se puedan ver violentados o amenazados por la actividad pública, de manera que las competencias reconocidas en el fallo de la Sala Constitucional Accidental -y señaladas como supuestamente vulneradas por esta Sala Electoral Accidental- en modo alguno pueden escapar del control judicial a que está sometido todo acto o actuación del Poder Público, como pareciera pretender la Sala Constitucional Accidental.

Además, es importante señalar, tal como lo ha ratificado la jurisprudencia en materia de amparo, que el juez de amparo tiene la obligación, al restablecer el ejercicio pleno de los derechos constitucionales por esta vía, de adoptar todas las medidas conducentes a tales fines, en consecuencia, la Sala Electoral Accidental al dictar la medida cautelar de amparo, lo que hizo, tal como es su obligación, fue adoptar todas las medidas necesarias para restablecer plenamente el ejercicio de derechos constitucionales por lo tanto, en ese caso, no puede darse la extralimitación de funciones, sino, por el contrario, la adopción de las medidas necesarias para la defensa y protección de los derechos de los ciudadanos.

*C. Inadmisibilidad del amparo cautelar***TSJ-SPA (00289)****13-4-2004**

Magistrado Ponente: Luis Ignacio Zerpa

Caso: Agropecuaria El Paguey, C.A. vs. Instituto Nacional de Tierras.

Al presentar la solicitud de amparo de acuerdo a las previsiones de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la solicitud de medida cautelar innominada conforme a los términos del Código de Procedimiento Civil, de manera conjunta y sin darle carácter subsidiario a ésta última, los solicitantes acudieron a dos vías judiciales alternas para lograr una protección eficaz de sus pretendidos derechos y garantías constitucionales. Por lo tanto y según el artículo 6, ordinal 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no se admite la acción de amparo, cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes.

Con el propósito de evitar una lesión irreparable o de difícil reparación en el orden constitucional al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del acto recurrido, pudiendo ello constituir un atentado al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; pasa esta Sala a revisar los requisitos de procedencia de la medida cautelar de amparo constitucional solicitada.

En tal sentido, debe analizarse el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación del derecho o derechos constitucionales alegados por la parte quejosa, para lo cual es necesario no un simple alegato de perjuicio, sino la argumentación y la acreditación de hechos concretos de los cuales nazca la convicción de violación a los derechos constitucionales del accionante. En cuanto al *periculum in mora*, se reitera que en estos casos es determinable por la sola verificación del extremo anterior, pues la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional o su limitación fuera de los parámetros permitidos en el Texto Fundamental, conduce a la convicción de que por la naturaleza de los intereses debatidos debe preservarse *in limine* su ejercicio pleno, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación. En el presente caso la recurrente ejerce la acción de amparo cautelar, considerando que el acto recurrido vulneró sus derechos a la propiedad, al debido proceso, a la defensa y a la *protección de su producción agroalimentaria*.

Observa la Sala en primer lugar, que entre los actos impugnado se encuentra el Decreto Presidencial n° 2.292, de fecha 04 de febrero de 2003, publicado en la *Gaceta Oficial* de la República Bolivariana de Venezuela n° 37.624, de esa misma fecha, mediante el cual *se ordena a la República Bolivariana de Venezuela, los institutos autónomos, empresas del Estado, así como a las demás personas en las que los entes antes mencionados tengan una participación superior al 50% del capital social y las fundaciones del Estado, la transferencia de las tierras con vocación agraria no necesarias para el cumplimiento de sus fines, autorizando al Instituto Nacional de Tierras, para que realice los trámites de colocación de dichas tierras a través de Cartas Agrarias a grupos campesinos organizados o no.*

Ahora bien, siendo que tal acto participa del carácter general, vista la universalidad de las disposiciones en él contenidas respecto al amplio margen de sus destinatarios; ello aunado a que sus normas poseen contenido abstracto, en virtud de que pueden advertirse previsiones programáticas que en su aplicación se muestran infinitas, es decir, su eficacia causal no se agota al ser ejercidas, siendo susceptible de ser aplicadas de forma reiterada en el tiempo. En este mismo sentido, considera la Sala que del referido acto administrativo se desprenden suficientes elementos para concluir que éste ostenta carácter normativo, al crear un conjunto de disposiciones dirigidas a un número apriorísticamente indeterminado de personas o a un grupo determinado o determinable de sujetos, que una vez publicadas en la *Gaceta Oficial*, entraron a formar parte del ordenamiento jurídico positivo.

De manera que, a juicio de este Supremo Tribunal, el acto bajo análisis al participar de las características que definen a los actos administrativos generales de efectos generales, vale decir, de los rasgos de generalidad, abstracción, normatividad e intemporalidad, resulta perfectamente subsumible dentro los supuestos que caracterizan a este tipo de actos administrativos, los cuales han sido desarrollados en extenso por la jurisprudencia y la doctrina patria.

En tal sentido, estima la Sala que el decreto impugnado, efectivamente es un acto administrativo general de efectos generales, con una incuestionable naturaleza normativa.

Establecido lo anterior, advierte la Sala que al resolver un caso similar al de autos (*vid.* sentencia n° 00758, de fecha 22 de mayo de 2003, caso: Gobernador del Estado Miranda vs. Decreto n° 1.969 del Presidente de la República), se dejó sentado lo siguiente:

"Examinado el caso de autos, se observa en primer lugar, que se ha intentado un amparo cautelar contra un acto normativo de conformidad con lo establecido en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuyo texto es el siguiente: 'Artículo 3: también es procedente la acción de amparo, cuando la violación o amenaza de violación deriven de una norma que colida con la Constitución. En este caso, la providencia judicial que resuelva la acción interpuesta deberá apreciar la inaplicación de la norma impugnada y el Juez informará a la Corte Suprema de Justicia acerca de la respectiva decisión.

La acción de amparo, también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad' La norma antes transcrita ha sido objeto de interpretación por esta Sala en varias decisiones y más recientemente por la Sala Constitucional de este Alto Tribunal (ver sentencia n° 0557, de fecha 17 de marzo de 2003), estableciéndose que la facultad del juez constitucional al conocer conjuntamente la acción de amparo con el recurso de inconstitucionalidad contra actos normativos es la de suspender, previa desaplicación de la norma denunciada como contraria al texto constitucional, el acto, hecho u omisión que la aplica o desarrolla. En definitiva, se ha considerado que es el acto de ejecución de la norma el que puede ocasionar una lesión en los derechos y garantías de los particulares, y no el acto normativo que por su carácter general y abstracto le es imposible vulnerar alguna situación determinada de un particular. (ver sentencias de la S.P.A del 12-08-92, caso: Colegio de Abogados del Distrito Federal, y 16-02-95, caso: Blanca Rosa Mármol de León y Lucía Hernández Ríos). Ello presupone que el presunto afectado debe indicar la situación concreta, representada por el acto de aplicación normativa que produce o amenaza producir la lesión de orden constitucional en su esfera de derechos.(...)"

(Negrillas de la Sala)

En atención al criterio interpretativo contenido en la decisión parcialmente transcrita, ciertamente nuestro ordenamiento jurídico, específicamente la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, prevé expresamente la posibilidad de ejercer el amparo constitucional cautelarmente, en forma conjunta con la llamada *acción popular de inconstitucionalidad* contra las leyes y **demás actos estatales normativos**, tal como se intentó en el caso de autos.

En consecuencia, pasa la Sala a resolver la pretensión de amparo esbozada y en tal sentido observa, que en consonancia con la sentencia citada, parcialmente transcrita *supra*, debe la Sala verificar que exista una situación jurídica concreta infringida o amenazada, esto es, un acto de ejecución del Decreto impugnado que constituya violación directa e inmediata de los derechos o garantías constitucionales de la solicitante pretendidamente vulnerados.

En tal sentido, de la revisión de la letra del acto impugnado se desprende, que los actos de ejecución inmediata del mismo, son las enajenaciones de tierras con vocación agraria, que deben hacer al Instituto Nacional de Tierras la República, *los institutos autónomos, empresas del Estado, así como las demás personas en las que los entes antes mencionado tengan una participación superior al 50% del capital social y las fundaciones del Estado.*

Así, dispone el artículo 1º del atacado Decreto Presidencial:

"La República, los institutos autónomos, empresas del Estado, así como las demás personas en las que los entes antes mencionado tengan una participación superior al 50% del capital social y las fundaciones del Estado, deberán enajenar al Instituto Nacional de Tierras, aquéllas tierras de su propiedad que no fueren necesarias para el cumplimiento de sus fines y que tuviesen vocación agraria.

A tal fin, el Instituto Nacional de Tierras realizará los trámites en forma expedita para colocar dichas tierras, así como las de su propiedad, en posesión de las comunidades campesinas organizadas, diseminadas en todo el territorio nacional.

El Instituto nacional de Tierras procederá a la emisión de las Cartas Agrarias, mediante las cuales se certificarán las ocupaciones de las agrupaciones campesinas que manifiesten su voluntad de organizarse con fines productivos y proceder, en forma inmediata, al cultivo y aprovechamiento de las mismas."

Igualmente, es menester destacar, que el otorgamiento de las aludidas tierras a grupos campesinos a través de cartas agrarias, sólo son consecuencia de los actos de ejecución inmediata del Decreto Presidencial impugnado; actos que como fue señalado *supra*, están constituidos por las enajenaciones de tierras por parte de la República, los institutos autónomos, empresas del Estado, así como las demás personas en las que los entes antes mencionados tengan una participación superior al 50% del capital social y las fundaciones del Estado, a favor del Instituto Nacional de Tierras.

Según lo expuesto y en atención a los términos utilizados por la demandante, ciertamente fue solicitado el amparo de actos de ejecución inmediata del Decreto Presidencial recurrido, así como la nulidad de los mismos. En efecto, al momento de invocar la referida tutela cautelar, la representación judicial de la recurrente expresó, lo siguiente:

"De conformidad con el artículo 5º de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, solicitamos, en nombre de nuestra representada protección cautelar de sus derechos de propiedad, del debido proceso y de defensa, así como de protección de su producción agroalimentaria (...omissis...), para que se impida la ejecución de las cartas agrarias expedidas en general en fecha (06-02-2003), por el INTI sobre el HATO EL LECHOZOTE, así como la expedición de otras cartas agrarias sobre el mismo Hato."

Ahora bien, advierte la Sala que luego de solicitar la medida cautelar de amparo, los apoderados judiciales de la sociedad de comercio recurrente citaron jurisprudencia relativa a medidas cautelares innominadas acumuladas al recurso de nulidad por inconstitucionalidad, y seguidamente expresaron, como sigue:

"(...)Desde luego, que si al final, de este juicio por inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo n° 2292 (sic) de 04-02-2003, en definitiva así se declare, naturalmente que nuestra patrocinada se le habrá causado un daño irreparable, ya que el HATO de hecho todavía estará en manos de terceros y no se sabe en qué condiciones, por lo que aparece como prudente y justo que la honorable Sala 'de acuerdo a lo previsto en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil', en concordancia con el 588, Parágrafo único del mismo Código tiene en sus manos la forma jurídica para acordar la medida(...)"

Y después:

“Subsidiariamente, para el supuesto que no se acuerde la protección cautelar (refiriéndose al amparo cautelar) ni la medida cautelar solicitada para garantizar los derechos constitucionales violados, solicitamos la suspensión de los efectos de las cartas agrarias impugnadas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia(...)”. (Paréntesis de la Sala)

De los extractos del libelo antes transcritos, es claro que el amparo cautelar ha sido ejercido de manera conjunta a la solicitud de medida cautelar innominada prevista en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso concreto, al presentar la solicitud de amparo de acuerdo a las previsiones de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales y la solicitud de medida cautelar innominada conforme a los términos de la señalada norma del Código de Procedimiento Civil, de manera conjunta y sin darle carácter subsidiario a ésta última, los solicitantes acudieron a dos vías judiciales alternas para lograr una protección eficaz de sus pretendidos derechos y garantías constitucionales.

Al respecto, dispone el artículo 6, numeral 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, lo siguiente:

“Artículo 6.- No se admitirá la acción de amparo:

(...omissis...)

5) Cuando el agraviado haya optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes (...)”

Por las razones arriba expuestas, resulta forzoso para la Sala declarar inadmisibles la medida cautelar de amparo solicitada por la recurrente. Así se declara.

Respecto a las solicitudes, tanto de la medida cautelar innominada, como de la suspensión de los efectos del acto recurrido, la Sala proveerá lo conducente, una vez que el Juzgado de Sustanciación ordene la apertura de los correspondientes cuadernos separados. Así también se declara.

Voto Salvado del Magistrado Hadel Mostafá Paolini

El Magistrado Hadel Mostafá Paolini disiente del criterio expuesto por los distinguidos Magistrados que conforman la mayoría sentenciadora en el recurso de nulidad interpuesto conjuntamente con acción de amparo cautelar por la representación judicial de la sociedad mercantil AGROPECUARIA EL PAGUEY, C.A., contra: a) El Decreto n° 2.292 publicado en *Gaceta Oficial* n° 37.624 del 4 de febrero de 2003, b) La Resolución n° 177 dictada por el Instituto Nacional de Tierras en fecha 5 de febrero de 2003, y c) Los actos administrativos dictados por el precitado Instituto el 6 de febrero de 2003, a través de los cuales se autorizó a determinado grupo de personas para ocupar la extensión de tierra denominada ‘Hato El Lechote II’, cuya propiedad se adjudica la solicitante del amparo. Tal disidencia se fundamenta en las razones siguientes:

1. Se expresa categóricamente en el fallo que “(...) *el amparo cautelar ha sido ejercido de manera conjunta a la solicitud de medida cautelar innominada prevista en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil (...)*”, y que ello evidencia el supuesto a que se contrae el artículo 6 numeral 5, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, dado que “(...) *los solicitantes acudieron a dos vías judiciales alternas para lograr una protección eficaz de sus pretendidos derechos y garantías (...)*”.

No comparte el Magistrado disidente la enunciada valoración, dado que, a su juicio, no puede desprenderse explícitamente de los términos empleados en el libelo, que el referido amparo se haya ejercido de tal modo irregular; por el contrario, considera que en el caso concreto es razonablemente comprensible interpretar que sí se peticionó la medida innomiada de manera subsidiaria al amparo cautelar.

En efecto, de las propias transcripciones efectuadas en el fallo en cuanto a las pretensiones cautelares formuladas por la recurrente, en especial de aquella conforme a la cual la suspensión de efectos a tenor de lo dispuesto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, fue solicitada “(...) *para el supuesto que no se acuerde la protección cautelar [léase: la de amparo] ni la medida cautelar solicitada [léase: la innomiada]*”; ha podido perfectamente interpretarse que esta última (la innomiada) se ejerció subsidiariamente a aquélla (al amparo cautelar), aun cuando no haya enfatizado la parte actora tal carácter secundario con el empleo del término “subsidiariamente” de modo expreso. (Corchetes, resaltado y subrayado de este Voto Salvado).

Advertido lo anterior, es de resaltar que las normas procesales deben ser instrumentos al servicio de la tutela judicial, de allí que las causales de inadmisibilidad de cualquier acción, legalmente previstas, deban interpretarse teniendo presente el principio *pro actione*, esto es, de un modo tal que no resulte obstaculizado indebidamente el derecho que tiene todo ciudadano de acceder a los órganos jurisdiccionales.

De igual manera, considero que los presupuestos de inadmisibilidad de las pretensiones de amparo deben traslucir de manera **inequívoca**, porque frustrar, por consideraciones extremadamente formalistas o por tecnicismos, la protección de derechos y/o garantías constitucionales (cuyo restablecimiento constituye el objeto de una solicitud de amparo, sea autónoma o cautelar), no sólo desvirtúa la ratio de ese mecanismo extraordinario, sino que revela una desatención al artículo 26 constitucional, en cuanto concierne a la tutela efectiva de los derechos e intereses hechos valer en juicio.

En el caso concreto de la pretensión cautelar de amparo deducida por los apoderados de Agropecuaria El Paguey, C.A., no se aprecia de manera inequívoca el ejercicio ‘conjunto’ a que se alude en el fallo, y ante la duda, ha debido la mayoría sentenciadora atender a una interpretación más favorable a la admisión de la acción, tutelando preferentemente el derecho de acceso a la justicia, elemento que, junto con otros cuya exigibilidad se aprecia en la fase cognoscitiva y ejecutiva del proceso, conforman el ya aludido derecho a una tutela judicial efectiva.

2. Por otra parte, y como quiera que a la admisión del amparo cautelar proseguía su conocimiento a través del análisis de las violaciones constitucionales denunciadas, entre las cuales se encuentra la relativa al derecho de propiedad que invoca la empresa accionante, observa el Magistrado disidente lo que sigue:

Alegó la representación de Agropecuaria El Paguey, C.A., que los actos recurridos lesionan el derecho de propiedad de su mandante dado que el ‘Hato El Lechozote II’, adjudicado a terceras personas mediante cartas agrarias emitidas por el Instituto Nacional de Tierras, le pertenece, conforme se desprende de documento protocolizado en fecha 21 de mayo de 2001. En tal sentido, aduce que el referido inmueble no está sujeto a la aplicación del Decreto Presidencial n° 2.292 ni a la Resolución n° 177 del precitado Instituto, con fundamento en los cuales se otorgaron las referidas cartas, por cuanto no califica como tierra inculta ni es propiedad de alguna entidad del Estado.

Al respecto, resulta necesario precisar, en primer término, que el artículo 115 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra el derecho de propiedad definiéndolo como aquél que tiene toda persona a **usar, gozar, disfrutar y disponer de sus**

bienes, y sometiéndolo a determinadas restricciones que permiten calificarlo como un derecho de carácter o naturaleza relativa, pero que vienen dadas por la función social que cumple, y por razones de utilidad pública e interés general; de allí que tales limitaciones deban, además, fundamentarse siempre en una previsión legal expresa o, en su defecto, reglamentaria, que encuentre remisión en una Ley.

Ha sido reiterada la jurisprudencia que ha abordado lo relativo a las limitaciones que admite, en términos constitucionales, el aludido derecho, siendo ejemplo de ella la decisión adoptada por el Pleno de este Máximo Tribunal en fecha 13 de abril de 1999 (Caso: Eliseo Sarmiento), en la que se expuso:

"(...) Se trata de un derecho constitucional que tiene como límites, por una parte, obviamente, el derecho de los demás y, por otra parte, la que imponga el legislador en virtud del interés público o social. Ahora bien, la limitación que a tal derecho se imponga no puede suponer una afectación tal que implique una absorción de sus facultades al punto de eliminarlo. Siendo ello así, no se estaría garantizando en modo alguno dicho derecho, sino que se estaría atentando directamente contra su existencia.

Es decir, el derecho de propiedad puede ser limitado en la mayoría de sus atributos, pero ello no puede pasar del límite en virtud del cual se considere inexistente. Existe un núcleo central de dicho derecho que no es susceptible de ser afectado por el legislador (...)".

De lo anteriormente expuesto, se colige que si bien el derecho de propiedad, reconocido constitucionalmente, puede ser restringido por el Estado por medio de una ley, con fines de utilidad pública o de interés general, estas restricciones deben, por una parte, cumplir con las condiciones que se desprenden del precepto constitucional *supra* enunciado, y no pueden, por otra, devenir en un menoscabo del contenido esencial de tal derecho. Con mayor razón, resultaría contraria a la previsión constitucional *in commento* cualquier actuación que pretenda desconocer, sin más, la propiedad que respecto de determinado bien se atribuye alguna persona con fundamento en un título, sin someter el asunto al conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes.

Dicho esto, es de destacar que cursan en el expediente los siguientes instrumentos:

a) Documento protocolizado el 21 de mayo de 2001 por ante la Oficina Subalterna de Registro de los Municipios Autónomos Pedraza y Sucre del Estado Barinas (anotado bajo el n° 25, Protocolo Primero, Tomo IV de los respectivos Libros, Folios 79 al 81), a través del cual Banesco Banco Universal, C.A., dio en venta pura y simple a Agropecuaria El Paguey, C.A., un inmueble "*(...) constituido por el Lote de Terreno 2 y las bienhechurías sobre él construidas, en terrenos propios, y que forma parte de mayor extensión del Hato Lechozote, ubicado en jurisdicción del Municipio Ciudad Bolivia, Distrito Pedraza del Estado Barinas, con una superficie de Ocho Mil Novecientos Sesenta y ocho (sic) Hectáreas con Veinte Centiáreas (8.968,20 Has) (...)*"; cuyos linderos se especifican en dicho instrumento.

b) Transacción celebrada el 17 de mayo de 2002 entre Agropecuaria El Paguey, C.A. y el Instituto Agrario Nacional, en el juicio (acción mero-declarativa) incoado por dicha compañía contra el referido Instituto, en la que el demandado "*(...) reconoce el carácter privado del lote de terreno conocido como Lote N° 2 del Hato Lechozote, ubicado en los Municipios Pedraza y Sucre del Estado Barinas, en el sentido de que el mismo pertenece en propiedad a LA ACTORA (...)*." De igual manera, cursa en el expediente decisión de fecha 24 de mayo de 2002, mediante la cual el Juzgado de Primera Instancia Agraria del Área Metropolitana de Caracas homologa la indicada transacción.

c) Oficio n° 2002-280 de fecha 24 de mayo de 2002, a través del cual el precitado Tribunal informa al Registrador Subalterno de los Municipios Autónomo Pedraza y Sucre del Estado Barinas, sobre la aludida transacción, y le remite la documentación pertinente a fin de

que “(...) estampe la nota marginal respectiva, en el sentido de que en dicha transacción, en su cláusula segunda, el Instituto Agrario Nacional reconoce el carácter privado del lote de terreno ya identificado (...) el cual pertenece en propiedad a Agropecuaria El Paguey, C.A.”

d) ‘Acta de las Reuniones de la Comisión Técnica Mixta Integrada por la Comisión Permanente de Desarrollo Económico y el **Instituto Nacional de Tierras** -INTI- sobre los casos de adjudicación de tierras mediante cartas agrarias, títulos, y sobre los casos de invasiones, en los Estados Zulia y Barinas; efectuadas los días Viernes 27/junio y Martes 01/julio 2003 en la Consultoría Jurídica del Instituto Nacional de Tierras’. En dicha Acta, se aludió concretamente al caso de los fundos ‘Lechozote 1 y 2’, como unos de aquellos sobre los cuales se entregaron Cartas Agrarias, y se advierte que el INTI desconoce la titularidad privada de los mismos y se compromete, únicamente, a la reposición del procedimiento (de concesión de cartas agrarias) al estado de notificar los actos de otorgamiento a los interesados. (Resaltado de este Voto Salvado).

e) Inspección *extra-litem* practicada por la Notario Público Tercero del Municipio Baruta del Estado Miranda, en las oficinas del Instituto Nacional de Tierras ubicadas en la Torre Oeste de Parque Central, Piso 40, en presencia del Consultor Jurídico del Instituto, un abogado especialista y dos abogados asistentes adscritos a dicho ente, y el Presidente de Agropecuaria El Paguey, C.A. En el Acta levantada por la funcionario se dejó constancia, entre otros aspectos, de lo siguiente:

(i) La existencia de Carta Agraria de fecha 6 de febrero de 2003, otorgada por el Presidente del Instituto Nacional de Tierras sobre un área de terreno de 8.968,20 hectáreas, que en dicho documento se identifica como “Lote 2”. Es de destacar que la aludida superficie y los linderos especificados en el acta de inspección, coinciden con los enunciados en el documento consignado por la actora a fin de demostrar su derecho de propiedad sobre el ‘Hato El Lechozote II’.

(ii) La identificación de los adjudicatarios.

(iii) De igual manera, declaró la Notario Público que el documento sobre el cual se efectuó el reconocimiento extra judicial “(..) es un documento original (Carta Agraria) el cual cumple todos los requisitos como documento público, que consta de cuatro (04) folios y debidamente sellado, firmado por su Presidente, visado por el abogado Dr. Rodolfo Vilchez (...)”

De la documentación enunciada se desprende, a juicio del Magistrado disidente, **una presunción de violación del derecho de propiedad** invocado por Agropecuaria El Paguey, C.A. respecto del Hato ‘El Lechozote II’, ya identificado, por cuanto la misma aporta elementos que permiten inferir seriamente la titularidad que la actora se atribuye y la actuación del Instituto Nacional de Tierras dirigida a autorizar la ocupación o permanencia de terceras personas en el referido fundo. Se verificaba, entonces, en el caso de autos, una presunción de buen derecho en favor de la solicitante del amparo, que hacía procedente el resguardo de la situación jurídica aparentemente transgredida, mientras se decidía el fondo de la causa, dado los efectos jurídicos que se atribuye al otorgamiento de las cartas agrarias conforme a lo previsto en el artículo 6 de la Resolución n° 177 del Instituto Nacional de Tierras.

Concluye quien disiente que adicional a lo expuesto respecto de la admisibilidad del amparo cautelar ejercido, se imponía declarar su procedencia y suspender, por ende, los efectos de los actos administrativos de fecha 6 de febrero de 2003, a través de los cuales el precitado Instituto autorizó a un grupo de personas a ocupar la extensión de terreno conocida como ‘Hato El Lechozote II’.

Queda así expresado el criterio del Magistrado disidente.

4. *El Contencioso Administrativo de Interpretación: Requisitos de admisibilidad***TSJ-SPA (347)****14-4-2004**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Interpretación del artículo 12 la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, en concordancia con otras normas (Nieves Armando González Gamero).

La Sala Político Administrativa reitera su jurisprudencia en cuanto a los requisitos para la admisibilidad del recurso de interpretación de textos legales.

Determinada como ha sido la competencia de la Sala, corresponde pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso.

En este sentido, considera la Sala pertinente señalar que en sentencia n° 708 dictada por esta Sala Político-Administrativa en fecha 22 de mayo de 2002, siguiendo la finalidad de preservar la uniformidad de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia, estableció que los requisitos para la admisibilidad del referido recurso son los siguientes:

- 1.- Legitimación para recurrir.
- 2.- Que la interpretación solicitada verse sobre un texto legal, aun cuando el mismo no establezca expresamente la posibilidad de interpretarse.
- 3.- Que se precise en qué consiste el motivo de la interpretación.
- 4.- Que la Sala no se haya pronunciado con anterioridad sobre el punto requerido y en tal caso, que no sea necesario modificar el criterio sostenido.
- 5.- Que el recurso de interpretación no persiga sustituir los recursos procesales existentes, u obtener una declaratoria con carácter de condena o constitutiva.
- 6.- Que no se acumule a la pretensión otro recurso o acción de naturaleza diferente, o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias.
- 7.- Que el objeto de la interpretación no sea el de obtener una opinión previa del órgano jurisdiccional para la solución de un caso concreto que esté siendo conocido por otro órgano jurisdiccional, bien sea entre particulares o entre éstos y los órganos públicos.

Ahora bien, precisados los requisitos necesarios para la procedencia del recurso de interpretación, con referencia al asunto planteado, esta Sala observa:

En el caso de autos, el actor narra en su solicitud una serie de hechos relativos a su situación como jubilado de la Contraloría General de la República, siendo posible –según expone– ejercer otros cargos públicos, sin renunciar a la pensión de jubilación respectiva, conforme a la legislación aplicable.

En efecto, como fundamento de su pretensión señala los distintos supuestos de hechos contenidos en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional y su Reglamento, la Ley del Estatuto de la Función Pública, el Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República y la Ley del Trabajo, para concluir en que la diatriba en el presente caso viene dada por la presunta “*conflictividad*” entre lo dispuesto en el Reglamento de la Contraloría General de la República, que impide el

disfrute simultáneo de la pensión de jubilación con el sueldo proveniente de cargo público y lo establecido tanto en la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y Municipio como en su Reglamento, que permite tal situación.

Finalmente, en su petitorio se circunscribe a solicitar “...una interpretación definitiva de conformidad con el artículo 42, numeral 24 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, a fin de que se reponga mi situación original de Jubilado del Organismo Contralor, se me restituya mi pensión y se participe a dicho organismo, el resultado de la decisión a los fines legales consiguientes...”

Según lo expuesto, pareciera que el objeto del presente recurso de interpretación lo constituye, en primer lugar, la interpretación de los artículos 12 de la Ley del Estatuto sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios o Empleados de la Administración Pública Nacional, de los Estados y de los Municipios, en concordancia con los artículos 46 de su Reglamento, 19 de la Ley del Estatuto de la Función Pública y 37 del Reglamento sobre el Régimen de Jubilaciones y Pensiones de los Funcionarios de la Contraloría General de la República y por otro, que esta Sala ordene reponer a su situación de jubilado de la Contraloría General de la República, al actor así como la restitución de su pensión.

En efecto, se pretende acumular una supuesta solicitud de interpretación, con una acción declarativa, para obtener finalmente, la solución de una situación particular por parte de esta Sala.

De allí que, resulta evidente que se ha realizado una inepta acumulación, lo cual se traduce en inadmisión el presente recurso, por no cumplirse con lo establecido en la jurisprudencia de esta Sala mediante sentencia n° 708 de fecha 22 de mayo de 2002 la cual señaló: “...los requisitos para la admisibilidad del referido recurso son los siguientes: 6.- Que no se acumule a una pretensión otro recurso o acción de naturaleza diferente, o acciones incompatibles, excluyentes o contradictorias”.

Igualmente, y en refuerzo de lo anterior, debe advertir la Sala, que el recurso de interpretación no puede perseguir la sustitución de los recursos procesales existentes, para obtener una declaratoria con carácter de condena o constitutiva, como lo es el presente caso, al pretender el recurrente que se le restituya en su condición de jubilado, lo cual le fue negado por un acto administrativo de efectos particulares.

En consecuencia, resulta forzoso para esta Sala declarar inadmisión el recurso de interpretación ejercido por el ciudadano Nieves Armando González Gamero, asistido de abogado. Así se declara.

5. El Contencioso Administrativo Especial

A. El Contencioso Administrativo de los conflictos

a. Controversias administrativas: Competencia de la Sala Político Administrativa

TSJ-SPA (00611)

9-6-2004

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Distrito Metropolitano de Caracas vs. Ministerio de Interior y Justicia y Ministerio de Relaciones Exteriores.

Debe esta Sala pronunciarse en primer lugar, sobre la competencia para conocer del presente recurso y en este sentido observa, que la representación judicial del recurrente señala en el escrito recursivo, que se está en presencia de una ‘controversia o conflicto administrativo’ suscitado entre “...el Distrito Metropolitano de Caracas, por órgano de su Alcalde, y la República por órgano del Ministro de Interior y Justicia y del Ministro de Relaciones Exteriores...”, en virtud de la negativa por parte de las autoridades de los referidos Ministerios, de permitir al ente distrital recaudar los recursos que por concepto de la inutilización de timbres fiscales metropolitanos se generen por lo servicios ejecutados en oficinas del Poder Público Nacional, ubicadas dentro de la jurisdicción es la referida entidad político territorial.

Señalan que dicha conducta desarrollada por el Poder Nacional, a través del Ministerio del Interior y Justicia, órgano del cual depende la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería (ONIDEX) y del Ministerio de Relaciones Exteriores, al impedir la recaudación del tributo del timbre fiscal por parte del Distrito Metropolitano de Caracas, atenta contra la autonomía fiscal y tributaria consagrada en el numeral 1° del artículo 24 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas y en consecuencia, constituye una violación a la distribución vertical del Poder Público, prevista en el artículo 136 de la Constitución de 1999, en concordancia con la forma de Estado federal y democrático consagrada en los artículos 2 y 4 *eiusdem*.

Ahora bien, la Sala en relación a la naturaleza de estas controversias administrativas entre entidades político-territoriales, ha establecido lo siguiente:

“(...)

Debe esta Sala pronunciarse sobre la competencia para conocer del presente recurso, para lo cual se observa que en este caso, el Tribunal declinante fundamentó su decisión en el siguiente razonamiento:

‘De la revisión del escrito libelar se aprecia que, aunque la parte actora denominó la acción ejercida como ‘recurso de abstención o carencia’, dicho recurso envuelve, en verdad un conflicto administrativo entre la Alcaldía del Municipio Libertador y el Distrito Metropolitano de Caracas, con motivo del supuesto incumplimiento en que habría incurrido el Alcalde Metropolitano, al no transferir al ente recurrente los recursos que le corresponderían por virtud de los (*sic*) previsto (*sic*) en los artículo (*sic*) 14 y 15 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencias de Competencias del Poder Público.

En consecuencia, el conocimiento de la controversia suscitada entre ambos entes públicos, corresponde a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, según lo establecido en el numeral 4 del artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela’. Ahora bien, comparte esta Sala el criterio antes expuesto, en el sentido de que en el presente caso, lo planteado constituye realmente un conflicto o controversia administrativa que surge entre la Alcaldía de (*sic*) Distrito Metropolitano de Caracas y el Municipio Libertador, con motivo de la no transferencia del situado municipal, el cual resulta un importante ingreso para el referido Municipio.

En efecto, no se trata de una controversia de naturaleza constitucional, por cuanto no hay competencia constitucional controvertida, sino una reclamación dirigida a hacer efectivas las transferencias del situado municipal, por imperativo del artículo 15 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, cuya competencia le está atribuida constitucionalmente a la jurisdicción contenciosa (*sic*) administrativa.

Por tanto, tratándose de una controversia administrativa surgida con motivo de la no transferencia de los recursos correspondientes al situado municipal, que según expresan los representantes del Municipio Libertador, le son adeudados desde la primera quincena del mes de marzo del presente año, deben analizarse las normas atributivas de competencia en materia de conflicto administrativo, a los fines de determinar si esta Sala tiene la competencia para conocer del presente caso”. (Sentencia de la SPA n° 00028 de fecha 27 de enero de 2004)

En el caso que se analiza la Sala observa, que la controversia administrativa se circunscribe a la negativa por parte del Ministerio del Interior y Justicia, a través de la Oficina Nacional de Identificación y Extranjería (ONIDEX) y del Ministerio de Relaciones Exteriores de permitir al Distrito Metropolitano de Caracas, recaudar sus tributos por concepto de timbre fiscal.

A tal efecto, se observa que el artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece:

“Artículo 266: Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

... *omissis*...

4. Dirimir las controversias administrativas que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la Ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal.

... *omissis*...

La atribución señalada en el numeral 1 será ejercida por la Sala Constitucional; (...) y las contenidas en los numerales 4 y 5, en Sala Político-Administrativa. Las demás atribuciones serán ejercidas por las diversas Salas conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley”.

Del artículo antes transcrito se deduce que esta Sala Político-Administrativa conserva la competencia para conocer de las controversias administrativas que surjan entre los entes político-territoriales a que se refiere la norma.

Asimismo, se observa que en atención a la citada norma constitucional, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en la *Gaceta Oficial* n° 37.942 del 20 de mayo de 2004, en el numeral 32 de su artículo 5, dispone:

“Artículo 5: Es de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia como más alto Tribunal de la República:

...*omissis*...

32. Dirimir las controversias administrativas que se susciten cuando una de las partes sea la República o algún Estado o Municipio, cuando la contraparte sea alguna de esas mismas entidades, por el ejercicio de una competencia de directa e inmediata, en ejecución de la ley.

...*omissis*...”.

De allí que, tratándose el presente caso de una controversia administrativa, en virtud que se discute el ejercicio de la potestad tributaria del Distrito Metropolitano de Caracas, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 24 de la Ley Especial sobre el Régimen del Distrito Metropolitano de Caracas, en relación a otra entidad político-territorial como es la República, la Sala en virtud de lo dispuesto en el referido numeral 32 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo establecido en el artículo 266 numeral 4 de la Constitución, es la competente expresamente, para conocer del presente caso. Así se declara.

La Sala, recientemente, en decisión n° 000547 de fecha 01 de junio de 2004, recaída en el caso: Distrito Metropolitano de Caracas vs. Municipio Sucre del Estado Miranda, dada la reciente entrada en vigencia de la Ley Orgánica que rige las funciones de este Máximo Tribunal, con respecto al procedimiento aplicable para la resolución de las controversias administrativas, estableció lo siguiente:

“(…)

Precisada la competencia de la Sala para conocer del presente asunto, se observa que la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en el aparte veintidós y siguientes de su artículo 21, establece el procedimiento aplicable para la resolución de las controversias que son del carácter que tiene la que es objeto de autos, es decir, las controversias administrativas que se susciten cuando una de las partes sea la República o algún Estado o Municipio, cuando la contraparte sea alguna de esas mismas entidades, por el ejercicio de una competencia en ejecución directa e inmediata de la ley (procedimiento que es igualmente aplicable para dirimir las controversias que se susciten entre autoridades políticas o administrativas de una misma o diferentes jurisdicciones, con motivo de sus funciones).

En tal sentido, debe precisar y advertir esta Sala, que no obstante que la aludida Ley -por evidente error material- señala que tal procedimiento es aplicable a las controversias a que se refieren los numerales 31 y 33 del artículo 5 *eiusdem*, resulta evidente que el mencionado procedimiento es para las controversias a que aluden los numerales 32 y 34 del artículo 5 de esa novísima Ley, dada cuenta que así se desprende categóricamente de la concordada inteligencia de lo dispuesto en los numerales mencionados en último término, con lo establecido en los apartes veintidós, veinticuatro y veintiséis del artículo 21 *ibidem*...”.

Precisado lo anterior, esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el referido aparte veintitres y siguientes del artículo 21 de la citada Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, ordena la remisión del presente expediente al Juzgado de Sustanciación, a los fines de que se pronuncie sobre la admisibilidad del recurso, según las reglas generales de admisión contenidas en el quinto aparte del artículo 19 *eiusdem*, en cuanto le sean aplicables, y en caso de ser admisible, ordene el trámite establecido en el aparte 24 y siguientes del precitado artículo 21. Así se decide.

b. *Conflicto de autoridades (anormalidad institucional de un municipio)*

TSJ-SE (29)

30-3-2004

Magistrado Ponente: Alberto Martíni Urdaneta

Caso: Alcaldía del Municipio Cardenal Quintero del Estado Mérida.

No siempre que se trate de la legitimidad de alguna autoridad municipal debe considerarse que la competencia esté atribuida a la jurisdicción contencioso electoral, si dicho funcionario no es de elección popular, ello por no estar involucrado el derecho al sufragio activo o pasivo, tampoco debe pensarse que siempre que se discuta la legitimidad de un funcionario público municipal, la situación se inserte en el supuesto contemplado en el citado artículo 166, sino media una situación como la descrita en la norma.

Mediante sentencia dictada el 28 de enero de 2004, la Sala Constitucional no aceptó la declinatoria de competencia efectuada por la Sala Político Administrativa de este alto Tribunal, declinándola, a su vez, en esta Sala Electoral con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia delimitó y explicó, en su oportunidad, el contenido y alcance de la figura jurídica contenida en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, siendo esta doctrina seguida por la Sala Político Administrativa y la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, con las precisiones y adaptaciones que supuso la aprobación de la Constitución de

1999, que introdujo algunas modificaciones sustanciales relacionadas con la participación de los ciudadanos y con la materia electoral, así como relativas a la competencia de los tribunales y a la creación de la jurisdicción contencioso electoral, quedando establecido en todo caso y, de acuerdo con la doctrina de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, que dicha norma previó un “*recurso jurisdiccional de carácter específico, distinto al de anulación*”, que está “*...dirigido a poner término a una situación precisa, producida concretamente por el conflicto entre autoridades municipales que se constituya en amenaza para el normal funcionamiento de la institución. De ahí que haya concluido la Sala en anteriores oportunidades que su utilización es de carácter restringido, en virtud de la especificidad de los supuestos que la autorizan*”; y que, “*(...) dentro de esos supuestos específicos se cuenta, sin duda, la destitución del Alcalde por improbación de su Memoria y Cuenta, siempre que dicho acto haya originado una situación de conflicto institucional que amenace la normalidad del Municipio, dado que, de otra manera, habrían de acudir las partes en conflicto a otros mecanismos cuyo diseño no permite resolver de forma expedita y urgente, como lo amerita, una situación de alteración institucional*” (Vid. sentencia n° 204 del 23 de abril de 1998).

En este sentido, la Sala Constitucional refiere algunas de las decisiones dictadas por la Sala Político Administrativa, por esta Sala Electoral y por la Sala Plena, en virtud de los conflictos de competencia planteados, a su vez, entre la Sala Electoral y la Sala Político Administrativa, precisamente, con relación a recursos interpuestos de acuerdo con el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por “*conflictos de autoridad*”. Señala así la sentencia dictada por la Sala Político Administrativa, en fecha 8 de marzo de 2001, en la cual dejó sentado que “*...fijó el criterio que debía emplearse para determinar la Sala competente para conocer de aquellos casos en que se plantease un conflicto de autoridades, de acuerdo con lo establecido en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, estableciendo una clara diferencia entre los conflictos originados entre distintas autoridades locales respecto a la ejecución de potestades públicas que le son inherentes, y al mismo tiempo, los conflictos relacionados con la determinación de las autoridades legítimas de esas entidades territoriales, supuesto éste estrechamente relacionado con el ejercicio del Poder Electoral, cuyas funciones se encuentran preceptuadas en el artículo 293 del Texto Fundamental y que al haberse planteado ante esa Sala un conflicto de autoridades, por el que se cuestiona la investidura de dos ciudadanos para ejercer el cargo de Contralor, la competente para conocer y decidir el caso era la Sala Electoral*”.

Igualmente, la Sala Constitucional cita el contenido de la decisión emanada de esta Sala Electoral, en fecha 9 de abril de 2001, conforme a la cual se dejó sentado que “*...no correspondía a (esta) Sala conocer del conflicto de autoridades planteado, pues se trataba de un hecho de naturaleza distinta a la electoral, que buscaba dilucidar la legitimidad de cargos ejercidos por funcionarios que no son electos de manera directa y por representación popular, como era el caso del Contralor Municipal, lo que no era de su competencia, como órgano encargado de ejercer la jurisdicción contencioso electoral, ya que estos supuestos no están relacionados con el ejercicio del Poder Electoral y nada tienen que ver con la organización, administración, dirección y vigilancia de actos vinculados a la elección de cargos de representación popular*”.

Refiere la Sala Constitucional, con ocasión del mismo punto, el fallo proferido por la Sala Plena de este máximo tribunal, en fecha 4 de julio de 2001, en el que estableció que “*...en la situación examinada, la ilegitimidad alegada estaba referida al Contralor Municipal, que era un cargo cuyo nombramiento estaba atribuido a los Concejos o cabildos, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 76 y 92 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, designación que, en todo caso, debía ajustarse a lo preceptuado en el artículo 93 eiusdem, en consecuencia, su designación dependía de otro órgano del Poder Municipal y respondía a un criterio distinto a la elección popular, de allí que, por no derivar su*

designación de un proceso de carácter comicial ni de manera directa ni indirecta, su régimen jurídico no se encontraba sometido a reglas de derecho electoral ni a esa jurisdicción, sin que ello significara que no pudiese surgir con motivo de la designación o destitución del Contralor Municipal, un conflicto que atentara contra el buen desarrollo de las actividades municipales, pues, como se expuso, el supuesto contenido en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, ni se agota en la sola cuestión de la legitimidad de una autoridad municipal, ni esa legitimidad debía circunscribirse a un cargo de elección popular”, concluyendo la Sala Plena que “...en ese caso, no sólo se atribuía la competencia a la Sala Político Administrativa porque el funcionario no asumió sus funciones producto de una elección popular, sino que la actuación que le otorga investidura de Contralor Municipal es un acto administrativo proveniente no de un órgano electoral...”, de manera que su conocimiento “...quedaba sometido a la jurisdicción contencioso administrativa (...) por ser el órgano jurisdiccional competente para resolver la solicitud de resolución de conflicto municipal, en atención al dispositivo contenido en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por no revestir (...) carácter electoral...”.

De este modo, la Sala Constitucional, luego de analizar las sentencias referidas, emanadas de la Sala Político Administrativa, de la Sala Plena y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, vinculadas todas con el tema de la competencia para conocer de los conflictos de autoridad, concluye señalando que el criterio que debe seguirse es el de determinar si la anomalía institucional alegada está relacionada con la falta de legitimidad o desconocimiento de la investidura del Alcalde o de los miembros del Concejo Municipal o si se trata de cualquier otra situación conflictiva que comprometa el normal desarrollo de las actividades municipales, o si, por el contrario, se trata de una controversia constitucional, en cuyo caso estaríamos en presencia de una situación distinta a la regulada en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Advierte la Sala Constitucional que, no obstante los criterios expuestos por las referidas Salas, ese mismo órgano jurisdiccional, en sentencia n° 579 del 22 de marzo de 2002 (Caso: Municipio Antolín del Campo) -ratificada posteriormente en diversas sentencias, entre ellas la n° 3.180 del 11 de diciembre de 2002-, precisó algunos aspectos con el objeto de establecer las diferencias existentes entre las “controversias” propias del ámbito municipal previstas en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, de aquellas surgidas entre los distintos órganos del Poder Público y que se encuentran instituidas en los artículos 336, numeral 9 de la Constitución de 1999, destacando que no debe confundirse al conflicto de anomalía institucional contemplado en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal con cualesquier otro tipo de controversias o conflictos que se susciten entre los Poderes Públicos, bien sea de carácter administrativo o constitucional.

Así, la Sala Constitucional a objeto de determinar la naturaleza de tales conflictos y los criterios de atribución de competencia, establece las diferencias existentes entre los conflictos administrativos y constitucionales con los conflictos de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, señalando que aquellos atienden a situaciones distintas y, que, a pesar de que el régimen que delimita y regula las “controversias administrativas” y las “controversias constitucionales” está contenido en la nueva Constitución y el otro es preconstitucional, ello en nada contraría a la resolución de estas controversias y que, por el contrario, mantener su vigencia cumple una conveniente función dentro de un régimen tan especial como lo es el municipal, aunado al hecho de que los sujetos involucrados en tales figuras son absolutamente diferentes, aunque no se excluye la posibilidad de que una situación conflictiva suscitada en un Municipio o que afecte de alguna manera sus actividades pudiera llegar a ser una controversia constitucional, si fuere el caso.

Infiere la Sala Constitucional que “[e]n caso de surgir una situación que amenace la normalidad institucional de un Municipio” siempre que no provenga de una controversia suscitada con otro órgano del Poder Público, y no tratarse de una cuestión de carácter consti-

tucional que suponga la ejecución directa e inmediata del Texto Fundamental, el asunto debe tramitarse ante una instancia distinta de esa Sala, bien sea a través del régimen de controversias administrativas establecido en la Constitución, resultándole aplicable lo dispuesto en los artículos 138 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, o lo que prevea la nueva Ley o a través del mecanismo contenido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal a tal efecto.

Advierte, igualmente, que existe otra figura jurídica absolutamente distinta que, si bien puede crear una situación que amenace la normalidad institucional de un municipio o tenga relación con la legitimidad de las autoridades municipales, no debe confundirse con aquella, y que se trata de la situación regulada en artículo 69 de la misma Ley Orgánica, conforme a la cual se establece la suspensión del ejercicio de los Alcaldes en los casos que el Concejo, con el *quórum* requerido, impruebe la memoria y cuenta de su gestión anual, así como la convocatoria, por parte del mismo Concejo, a un referéndum que se realizará en un plazo máximo de treinta (30) días para que el Cuerpo Electoral Local se pronuncie sobre la revocatoria o no del mandato del Alcalde; disponiendo además, la norma, que durante la suspensión del Alcalde de que se trate sus atribuciones deberán ser ejercidas por el Concejal que designe la Cámara.

Respecto a la disposición contenida en el referido artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal señala la Sala Constitucional que la misma, al ser preconstitucional y no adaptarse a lo estipulado en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, es evidente que ha devenido en inconstitucional, como lo señalara dicha Sala en su sentencia n° 579 del 22 de marzo de 2002 (Caso: Antolín del Campo), pero, explica la Sala Constitucional, “...*que la incompatibilidad del artículo 166 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal con los artículos 266.4 y 336.9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declarada en la citada sentencia n° 579/2002, se refiere a las controversias constitucionales cuya competencia ha sido atribuida a la Sala Constitucional por el artículo 336.9, y no a las controversias administrativas que, según el artículo 266 eiusdem corresponden a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, pues, de acuerdo con los razonamientos expuestos, la norma no colide con el nuevo orden constitucional y, por el contrario evita que, situaciones de anormalidad de la vida local de un Municipio, que no constituyen conflicto constitucional alguno, sean resueltas por esta Sala*”.

Concluye señalando la Sala que los hechos planteados en el caso sub júdice no pueden ser considerados o subsumibles en una controversia constitucional, de las contenidas en el numeral 9 del artículo 336 de la Constitución vigente, toda vez que esta última se limita, como quedó expuesto, a la resolución de conflictos entre órganos del Poder Público con relación al ejercicio de las atribuciones que le otorga la Constitución, en su parte orgánica, siendo, por tanto, un conflicto que debe resolverse, de ser procedente, de conformidad con el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal. Estableciendo con ello la Sala que fijaba un nuevo criterio en relación con este tipo de conflictos originados en el seno del Poder Municipal.

Finalmente, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se declara incompetente para conocer de la presente solicitud y, de conformidad con el criterio sostenido tanto por la Sala Electoral como por la Sala Político Administrativa y por la Sala Plena de este Supremo Tribunal, no acepta la declinatoria efectuada por la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal y, en virtud del criterio contenido en el referido fallo, declara competente para conocer de la presente causa a la Sala Electoral.

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

Corresponde a esta Sala Electoral, en primer término, decidir acerca de la declinatoria de competencia formulada por la Sala Constitucional, para lo cual observa lo siguiente:

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en su fallo de fecha 28 de enero de 2004, luego de efectuar un extenso análisis sobre las decisiones emanadas de la Sala Político Administrativa, de la Sala Plena, y de esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, vinculadas todas con el tema de la competencia para conocer de los conflictos de autoridad, y de realizar también un profundo examen sobre el contenido de los artículos 336, numeral 9 y 266, numeral 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de manera acertada, declaró que los hechos planteados en el caso sub júdice no pueden ser subsumidos en una controversia constitucional, de las contenidas en la Constitución vigente, toda vez que esta última se limita, como quedó expuesto, a la resolución de conflictos entre órganos del Poder Público con relación al ejercicio de las atribuciones que le otorga la Constitución, en su parte orgánica, siendo, por tanto, un conflicto que debe resolverse, de ser procedente, de conformidad con el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y que, en consecuencia, no resultaba ella el órgano jurisdiccional con competencia para resolver el asunto planteado en autos. Tal criterio es ampliamente compartido por esta Sala Electoral sin embargo, lamenta este juzgador disentir de la Sala Constitucional en la declinatoria de la competencia para el conocimiento del presente caso a esta Sala Electoral, por las razones que a continuación se expresan:

En su escrito libelar la parte actora, de manera diáfana, expone todos los aspectos de hecho relacionados con su solicitud, pudiéndose desprender de dicho escrito que el objeto de la presente causa lo constituye un conflicto de autoridad -en los términos previstos en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal- planteado en el Municipio Cardenal Quintero del Estado Mérida, con ocasión de la suspensión temporal del Alcalde titular, ciudadano Pedro Segundo Rivas Moreno, en virtud de la improbación, por parte del Cámara Municipal, de la memoria y cuenta de su gestión para el año 2001, y de la negativa del referido ciudadano a hacer entrega del cargo a la Profesora Ismelda Briceño, quien fue designada, por dicha Cámara, de conformidad con lo previsto en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Solicitan los actores, en su escrito recursivo, lo siguiente: “...PRIMERO (...) que de conformidad con el artículo 166 de la ley orgánica del régimen municipal, esta SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA, CONOZCA Y DECIDA el CONFLICTO DE AUTORIDADES, existente en el Municipio Cardenal Quintero del Estado Mérida, y en consideración de todo lo anteriormente expuesto, se DECLARE LEGÍTIMA a la autoridad designada por el Concejo Municipal del Municipio Cardenal Quintero del Estado Mérida, en la persona de la PROF. ISMELDA BRICEÑO (...) SEGUNDO: (...) ORDENE al SUSPENDIDO ALCALDE, LIC. PEDRO SEGUNDO RIVAS MORENO, ya identificado, entregue de inmediato a la PROF. ISMELDA BRICEÑO, ALCALDESA INTERINA el cargo de alcalde que venía desempeñando (...) y se abstenga de realizar cualquier actuación que impida el normal y eficaz desenvolvimiento de las funciones inherentes al cargo (...) TERCERO: que esta SALA POLÍTICO ADMINISTRATIVA, se pronuncie sobre la realización del REFERÉNDUM a que hace mención el artículo 69 de la ley orgánica de régimen municipal, y en consecuencia indique la procedencia o no del mismo, y cualquier otro pronunciamiento que considere pertinente...”.

De este modo, resulta claro para esta Sala Electoral que la situación de conflicto planteada en el Municipio Cardenal Quintero del Estado Mérida, cuya resolución piden los recurrentes, se contrae a determinar si en el caso de autos, en virtud de la improbación de la memoria y cuenta del Alcalde de dicho Municipio resultaba procedente la suspensión de su cargo y, consecuencia de ello, si la negativa del ciudadano Pedro Segundo Rivas Moreno a entregar el cargo de Alcalde resulta legítima o no; con lo cual, estima esta Sala que la principal labor del órgano decisor -que detente la competencia para conocer de la presente causa- consistirá en verificar si los hechos alegados y demostrados en autos se pueden subsumir en el supuesto de derecho correspondiente, es decir, si la Cámara Municipal del Municipio Car-

denal Quintero del Estado Mérida cumplió con todos los requisitos administrativos, relacionados con su funcionamiento y que contempla la Ley Orgánica de Régimen Municipal, a los fines de acordar la suspensión del Alcalde de su cargo por haberle sido improbadamente su memoria y cuenta. Por tanto, estima la Sala que el subsiguiente pronunciamiento que solicitan los recurrentes sobre la declaratoria de "legitimidad" de la designación de la ciudadana Ismelda Briceño en el cargo de Alcaldesa Interina -en tanto y en cuanto el mismo no se plantea en el marco de una disputa electoral ni deriva de un asunto de naturaleza electoral- se verá satisfecho en la medida en que se demuestre en juicio si, efectivamente, se cumplieron los extremos del referido artículo 166 de la referida Ley o, si por el contrario, los mismos fueron desconocidos.

En virtud de ello, a juicio de esta Sala Electoral, en la presente causa no se debate tema alguno que justifique su intervención en el conocimiento de la misma, pues, en todo caso, el pronunciamiento que piden los actores acerca de la aplicación del artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y la posibilidad de convocar en el Municipio Cardenal Quintero del Estado Mérida el referéndum en él previsto, sólo podrá determinarse, como se dijo, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos de índole administrativo relacionados con el funcionamiento de la Cámara Municipal del Municipio Cardenal Quintero del Estado Mérida y que dieron lugar a la suspensión del cargo de Alcalde según lo previsto en el artículo 166 de la misma Ley, pues, como es sabido, tal suspensión no deviene de un acto de naturaleza electoral, de manera que la competencia la detenta, por imperativo legal, la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, y así lo ha señalado la Sala Plena de este Tribunal Supremo de Justicia, en su fallo del 4 de julio de 2001, al expresar lo siguiente:

"(...)

En otras palabras, para determinar la competencia de la Sala Electoral en los conflictos municipales previstos en la norma citada, debe atenderse a que la situación que amenace la normalidad institucional haya surgido del desconocimiento de autoridades municipales legítimas que implique la vulneración de los derechos a elegir o ser elegido a cargos de representación popular, por resultar electas para esos cargos a través de la elección popular (léase Alcaldes y Concejales de acuerdo a la legislación vigente). En ese sentido, no siempre que se trate de la legitimidad de alguna autoridad municipal debe considerarse que la competencia esté atribuida a la jurisdicción contencioso electoral, si dicho funcionario no es de elección popular, ello por no estar involucrado el derecho al sufragio activo o pasivo, tampoco debe pensarse que siempre que se discuta la legitimidad de un funcionario público municipal, la situación se inserte en el supuesto contemplado en el citado artículo 166, sino media una situación como la descrita en la norma.

(Vid. Sentencia del 4 de junio de 2001. Caso: Luis Alberto Godoy Mazarri)

Desea igualmente esta Sala Electoral advertir que el anterior pronunciamiento en forma alguna desconoce o contraría el carácter vinculante que le ha impreso -de conformidad con el artículo 335 del texto fundamental- la Sala Constitucional a su fallo con relación a la interpretación que en el mismo se hace sobre el contenido y alcance de los artículos 336, numeral 9 y 266, numeral 4 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, referidos a los *conflictos administrativos* entre los distintos órganos del Poder Público y los *conflictos constitucionales*, pues, justamente, es ese el espíritu del Constituyente que se desprende del texto del mencionado artículo 335.

Consecuencia de lo antes expuesto, esta Sala Electoral no puede aceptar la competencia que le ha sido declinada para conocer de la presente causa, y acuerda plantear el presente conflicto de competencia ante la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia de conformidad con lo previsto en el artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 42, numeral 7 y 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que establecen entre las competencias de la Corte en Pleno

(actual Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia) la resolución de “...*los conflictos de cualquier naturaleza que puedan suscitarse entre las Salas que la integran o entre los funcionarios de la propia Corte, con motivo de sus funciones*”. Así se decide.

A los fines de dar cumplimiento a lo anterior y visto el tiempo transcurrido desde que se interpuso la presente causa en la que, precisamente, se denuncia la alteración del funcionamiento de un ente territorial como es el Municipio Cardenal Quintero del Estado Mérida, esta Sala acuerda la remisión inmediata del expediente a la Sala Plena a los fines legales pertinentes.

VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Acción de Inconstitucionalidad*

A. *Legitimación*

TSJ-SC (37)

27-1-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Impugnación de los artículos 129 y 132 de la Ley de Minas.

La amplitud de la legitimación reconocida en la legislación venezolana para el caso de la impugnación de actos normativos hace que se presuma el interés del actor, a menos que de los autos se desprenda su carencia, caso en que el juez debe rechazarla.

Nuestra legislación procesal establece, de manera verdaderamente excepcional en el Derecho Comparado, una legitimación amplísima cuando se trata de la impugnación de actos normativos, incluso de rango sub-legal. No se trata, en realidad, de una acción popular pura, en el sentido de estar reconocida a todos y en cualquier caso, pero sí se le acerca mucho, puesto que difícilmente faltará entre la población el simple interés que la ley exige para demandar.

Siendo una acción de naturaleza básicamente popular prácticamente pierde sentido la referencia al interés propio del accionante. Bastaran exponer las razones para impugnar la norma para que el tribunal –esta Sala, de ser un acto de rango legal- entre a analizar la procedencia del recurso. La inadmisión, de darse, se producirá normalmente a causa de la evidencia de que el demandante carece del más mínimo interés, toda vez que las acciones judiciales deben tener una justificación que no sea la meramente teórica. Por tanto, no es al actor a quien en realidad toca demostrar su interés, el cual puede fácilmente presumirse; corresponde hacerlo a quien se opone a la demanda, o al juez, si es que lo verifica de oficio.

De esta manera, la amplitud de la legitimación reconocida en la legislación venezolana –para el caso de la impugnación de actos normativos- hace que se presuma el interés del actor, a menos que de los autos se desprenda su carencia, caso en que el juez debe rechazarla.

Esa amplísima legitimación obedece a la necesidad –no aceptada por otros sistemas jurídicos- de que toda persona que pudiera ser sujeto de la aplicación de una norma, tenga capacidad para debatir en juicio su validez. La acción de nulidad, por ello, tiene entre nosotros un carácter de abstracción: no se requiere un caso concreto, sino apenas la posibilidad –ni siquiera probabilidad- de su existencia.

Ahora bien, la desvinculación de la demanda con un caso concreto –lo que, sin embargo, es exigible en otros recursos, como el de interpretación o el de colisión– no es óbice para que el impugnante señale, con lujo de detalles, cuál es su situación particular. De hecho, a veces es esa explicación la que mejor deja ver las razones de la supuesta contrariedad a Derecho. En ocasiones, sin embargo, se ve con demasiada claridad que el demandante trata de ocultar su interés en un caso concreto, tal vez con el temor a que se estime que no se trata de una demanda “desinteresada”, incoada sólo “en interés del Derecho”. Por supuesto, se trata de una conducta que carece de razón de ser, pues nada impide exponer el caso concreto, si es que ello puede ilustrar al juez. Las normas –no puede olvidarse– están destinadas a ser aplicadas, por lo que es absurdo pretender ocultar que el motivo de la impugnación es precisamente esa aplicación.

No es lo que ha sucedido en el caso de autos: los apoderados de la Asociación Cooperativa Mixta “La Salvación”, Responsabilidad Limitada, no han tenido reparo alguno en exponer su caso. Por supuesto, ello obedece en buena parte al hecho de haber solicitado conjuntamente protección cautelar, lo que les obligaba a exponer la razón por la que era necesario proceder a desaplicar las normas. No se trataría, así, de un simple caso de eventual daño derivado de una violación constitucional: se estaría denunciando una infracción actual, que exige la suspensión de las normas legales.

La parte actora, con su recurso, ha expuesto con insistencia a esta Sala cuál es su situación particular. Ha reconocido cuáles han sido sus acciones de defensa, tanto en vía administrativa como incluso en la judicial, para enfrentarse a las actuaciones que afirma le perjudican y que considera que son inconstitucionales. Esa reseña que la asociación impugnante ha hecho a la Sala jamás podría convertirse en la negación de su recurso, el cual se convertirá, es verdad, en uno más dentro de su estrategia procedimental.

Por lo expuesto, esta Sala declara que la presente causa no consiste en un subterfugio para lograr una pretensión que en realidad se circunscribe a un caso concreto de controversia entre la demandante y la Asociación Minera “Las Aliciaas”, en la que participa, en razón de su competencia, el Ministerio de Energía y Minas. Incluso si fuera una estrategia para abordar desde otro frente el caso que le interesa, nada permite afirmar que el presente recurso sería inadmisibles. No es dable al tribunal, en una acción como ésta, desestimarla con un alegato como el expuesto: si el proponente tiene el simple interés que se requiere, debe admitirse su recurso. Así se declara.

No oculta la Sala, sin embargo, que la conducta de la parte actora en ocasiones ha entorpecido el presente proceso, pues si bien la exposición de su caso concreto no es irrelevante, sí han sido innecesarios algunos de sus alegatos y, sobre todo, buena parte de su esfuerzo en probar asuntos que en nada ayudan a resolver el único punto que interesa a la Sala: la constitucionalidad de las normas.

La síntesis procesal que se ha hecho en el primer apartado de este fallo es apenas una muestra de una tramitación complicada en la que ha quedado demostrado cómo la accionante, queriendo obtener la razón, ha llenado de complejidad un asunto que bien pudo llevarse con mayor sencillez. No era necesario traer a los autos aspectos de su caso concreto que nada aportaban. Su explicación, sin duda, ha sido altamente provechosa para la decisión que tomará la Sala, pero su insistencia en confundir el fondo de la demanda contra las normas legales y el fondo de su controversia contractual no ha sido útil; por el contrario, ha estorbado la resolución del conflicto, y así lo destaca la Sala.

B. *Objeto: Leyes derogadas*

TSJ-SC (6)

13-1-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Impugnación de la Ordenanza sobre Apuestas Lícitas del Concejo Municipal del entonces Distrito Girardot del Estado Aragua.

Existen dos supuestos en que persiste el interés en declarar la inconstitucionalidad de un texto derogado: el primero cuando la norma impugnada se trasladó a un nuevo texto, que sí esté vigente; y el segundo cuando, aun sin ese traslado, la disposición recurrida mantiene sus efectos en el tiempo.

Ahora bien, observa esta Sala que la Ordenanza contentiva de la norma impugnada fue derogada con posterioridad.

Tal derogatoria era supuesta por la Sala, pues era sencillo presumir su sustitución por otra u otras, no sólo por el largo tiempo transcurrido desde su publicación, sino por el hecho mismo de que los Distritos, como el Girardot del Estado Aragua, desaparecieron hace algunos años y tomaron su lugar los Municipios, que son los entes locales de menor entidad que cuentan con rango constitucional.

Ahora, si bien esa derogatoria hace que el recurso carezca de relevancia, la jurisprudencia de esta Sala admite que, en dos supuestos, persiste el interés en declarar la inconstitucionalidad de un texto derogado: 1) cuando la norma impugnada se trasladó a un nuevo texto, que sí esté vigente; y 2) cuando, aun sin ese traslado, la disposición recurrida mantiene sus efectos en el tiempo.

De allí que, en principio no sea necesario pronunciarse sobre un recurso dirigido contra un texto legal derogado, pues ya el mismo ha desaparecido del ordenamiento jurídico, con lo que la decisión judicial sería innecesaria. Sólo en los dos casos mencionados existe necesidad del fallo: en el primero, porque en realidad la norma impugnada se eliminó, pero lo dispuesto en ella aún integra el ordenamiento; en el segundo, porque es necesario analizar si es procedente declarar el vicio de la norma –no su anulación, que sería inútil– cuando el demandante ha planteado una situación en la que subsiste un interés concreto en relación con el pronunciamiento.

En el caso de autos, la Sala constata que la Ordenanza fue derogada, por lo es forzoso decidir que su falta de vigencia obliga a considerar que el presente recurso carece de objeto. Sin embargo, atendiendo a la posibilidad de reedición de la normativa cuestionada es preciso señalarse que, en efecto, el instrumento que la derogó, contiene una norma idéntica a la impugnada; no obstante, esta Sala en sentencia n° 1.337, del 8 de noviembre de 2000, declaró la nulidad del texto íntegro de la “Ordenanza sobre Apuestas Lícitas” del Municipio Girardot del Estado Aragua, de 10 de abril de 1991, publicada en la *Gaceta Municipal* n° 118, Extraordinario, de 18 de abril de 1991, por estimar que la misma era violatoria de la norma prevista en el artículo 156, numeral 32 de la Constitución, que establece que la legislación en materia de loterías, hipódromos y apuestas en general está reservada al Poder Nacional.

Es decir que, la acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad que cursa en autos, que estaba dirigida a la declaratoria de nulidad de la norma contenida en el artículo 7, letra b) de la Ordenanza sobre Apuestas Lícitas dictada por el Municipio Girardot del Estado Aragua, se encuentra derogado y que, aun cuando se reeditó en el instrumento que abrogó a aquel, ha sido de cualquier manera anulado por la aludida sentencia de esta Sala.

En razón de lo anterior, resulta forzoso para esta Sala, en virtud de la derogatoria de la norma impugnada, si bien reeditada en un instrumento normativo posterior al atacado, declarar que no ha lugar en derecho a la demanda incoada, en virtud de que carece de objeto el recurso. Así se declara.

C. Fundamentación de la demanda

TSJ-SC (340)

9-3-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Impugnación de la Ley Orgánica de La Contraloría General de la Republica y del Sistema Nacional de Control Fiscal y del Reglamento sobre los Concursos para la designación de los titulares de las Contralorías Municipales y Distritales.

El control concentrado de constitucionalidad de las leyes requiere instancia de parte interesada. Aunque nuestro ordenamiento es especialmente generoso al respecto, estableciendo una suerte de acción popular, nunca ha prescindido de la exigencia de demanda particular; de una demanda razonada y no una simple denuncia carente de explicación, pues ello se acerca a la falta misma de recurso.

Ahora bien, el actor –al igual que ocurrió con su denuncia dirigida contra dos de los numerales del artículo 9 de la ley impugnada- incumplió su primera carga en el proceso: la de alegar razones ante la Sala que revelen la supuesta inconstitucionalidad.

En efecto, la lectura del recurso permite constatar que el accionante apenas se limitó a denunciar la violación de la autonomía municipal, pero no indicó de manera alguna la razón que le conducía a afirmarlo, lo cual no puede ser suplido por la Sala.

Es inconcebible que los demandantes prescindan de la necesaria exposición de los motivos de su acción, esperando que sea el juez quien supla su omisión. Una demanda carente de fundamentación es obviamente inadmisibles, lo cual es extensible a cualquier caso en el que la expresión de las razones es sólo aparente.

Sucede en el presente recurso: el impugnante expuso que la delegación era inconstitucional por no estar en una ley habilitante –sobre lo cual sí expuso razones-, pero obvió mencionar los motivos para pretender la anulación de esa delegación por violación de la autonomía municipal.

Está claro que el demandante creyó que sería la Sala la que analizaría la autonomía municipal y determinaría cómo se viola en un caso como el de autos. Es decir, esperó el actor que la Sala hiciera lo que él omitió: el análisis del caso. Por ello el escrito recursorio es excepcionalmente breve: 12 páginas, en las que se contienen no sólo las imprescindibles menciones legales para identificar el recurso, sino también transcripciones de varias normas y la impugnación de dos artículos de una ley, de la totalidad de un reglamento e incluso un recurso de colisión.

En tema tan espinoso como el de autos no puede más que asombrar que en ese número de páginas estuviera contenida la fundamentación necesaria. No lo estaba, como se ha indicado, y no puede la Sala sustituir al impugnante. Basta recordar que el control concentrado de constitucionalidad de las leyes requiere instancia de parte interesada. Aunque nuestro ordenamiento es especialmente generoso al respecto, estableciendo una suerte de acción

popular, nunca ha prescindido de la exigencia de demanda particular; de una demanda razonada y no una simple denuncia carente de explicación, pues ello se acerca a la falta misma de recurso.

No es suficiente la impresión de una violación constitucional para recurrir ante la justicia. La exposición que debe hacer el actor es la demostración de sus reflexiones, las cuales trae a la Sala para que ésta las confirme o las rechace; es decir, para que el juez haga su propio estudio del caso.

Hacer una denuncia inmotivada es sencillo: lo difícil está en pasar de la idea de inconstitucionalidad a una verdadera convicción basada en razones. Esas razones se llevan ante quien debe decidir con efectos erga omnes. Sólo así se consigue la seriedad necesaria por parte del demandante, aparte de que se colabora en la búsqueda de la verdad.

De hecho, los sistemas que preceptúan la acción popular son duramente criticados por entenderse que tal amplitud conduce a una saturación de los órganos jurisdiccionales. Afirmación injusta, según demuestra nuestra realidad procesal, pero que podría ser cierta si cualquier persona se limitase a llevar ante los jueces –esta Sala, en el caso de los actos de rango legal- demandas que pretenden nada menos que la anulación de normas, que se encuentran caracterizadas por el principio conservacionista, sin tomarse la molestia de al menos convenir a los jueces de la verdad de sus temores.

Por lo expuesto, se desestima la demanda de anulación dirigida contra los ordinales 3° y 4° del artículo 9 y contra el artículo 28 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y el Sistema Nacional de Control Fiscal. Así se declara.

D. *La interpretación constitucional*

TSJ-SC (106)

11-2-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. Garcia Garcia

Caso: Interpretación del artículo 3 del Estatuto Electoral del Poder Público.

Todo control concentrado es una interpretación de la Constitución y, por ende, la interpretación del texto constitucional con carácter general y vinculante le está atribuida solamente a la Sala Constitucional; y toda interpretación desde la Constitución no puede exceder del carácter individual, esto es, que la aplicación de la norma constitucional no puede exceder de los estrictos límites del caso en concreto.

Entre los argumentos esgrimidos por la parte solicitante para que se revise la sentencia dictada por la Sala Electoral, el único que destaca por su verdadera solidez es el referido a la incompetencia de esa Sala para resolver la interpretación en los términos en que la realizó, esto es, determinando la inteligencia del precepto normativo contenido en el artículo 3 del Estatuto Electoral del Poder Público, con base en lo que la propia sentencia definió como fundamental para resolver el recurso de interpretación presentado; a saber: la vigencia, el sentido y el alcance de dicho precepto.

En este sentido, se indicó en el apartado anterior que la revisión constitucional procedía en caso de que se verificara la existencia de un error evidente en la interpretación de la Constitución, o la sustracción absoluta de los criterios interpretativos de normas constitucionales adoptados por esta Sala Constitucional; siendo ello así, y en atención a la manera en

que la Sala Electoral arribó al dispositivo del fallo signado con el n° 140/2003, así como al hecho de que el recurso de interpretación recayó sobre el Estatuto Electoral del Poder Público, es menester ahondar en el rango de dicho acto y, sobre todo, en la posibilidad de que esa Sala interprete en los términos en que lo hizo el texto en cuestión para verificar la procedencia del recurso.

Al respecto, esta Sala ha señalado que el Estatuto Electoral del Poder Público es un acto emanado del mismo Poder Constituyente en ejecución de las Bases Comiciales del 25 de abril de 1999, que se encuentra dentro del rango de los denominados “actos Constituyentes” (Vid. Sent. n° 2816/2002), respecto de los cuales esta misma Sala ha precisado en anteriores oportunidades, con fundamento en algunas sentencias pronunciadas por la entonces Corte Suprema de Justicia en Pleno (vid. sentencia del 14 de octubre de 1999, caso: Vicepresidente del extinto Congreso de la República contra el Decreto del 25 de agosto de 1999, emanado de la Asamblea Nacional Constituyente, que contiene la Regulación de las Funciones del Poder Legislativo), que, al tener “(...) su régimen fundamental en las preguntas y Bases Comiciales consultadas en el Referéndum, del 25 de abril de 1999”, tales actos “(...) son para el ordenamiento que rige el proceso constituyente, ‘de similar rango y naturaleza que la Constitución’ como la cúspide de las normas del Proceso Constituyente”, por lo que concluyó que: “(...) habiendo sido asimilado el rango de las Bases Comiciales con el más alto escalafón de la jerarquía normativa en el Proceso Constituyente, es esta Sala Constitucional el tribunal competente para decidir las acciones intentadas contra los actos de ejecución de dichas Bases, por cuanto el Constituyente de 1999, definió el régimen competencial de la Sala Constitucional, atendiendo al rango de las actuaciones objeto de control, esto es, las dictadas en ejecución de las normas constitucionales, que son las de más alta jerarquía dentro del Poder Constituido” (vid. sentencia n° 6 del 27 de enero de 2000, caso: Milagros Gómez Bastidas y otros).

Aunado a lo anterior, esta Sala Constitucional mediante decisión del 13 de diciembre de 2000 (caso: Alfredo Peña), dispuso lo siguiente:

“Es la Sala Constitucional el intérprete auténtico de la Asamblea Nacional Constituyente una vez que dicho cuerpo quedó disuelto, por lo tanto, le corresponde a la Sala la interpretación del régimen legislativo, que en uso del poder que le otorgó el pueblo soberano, fue dictando la Asamblea Nacional Constituyente. Ello significa que la interpretación de los actos legislativos del Poder Constituyente, forman parte de la interpretación constitucional, a ella, según los casos se equipara (...)”.

Mas lo que parece ser objeto de una afirmación inquebrantable merece ser objeto de una precisión adicional, pues, ciertamente, esta misma Sala ha indicado que si bien le corresponde el monopolio interpretativo **último** de la Constitución, al universo de los órganos públicos, así como a los entes privados y personas naturales, les toca, por su parte, interpretar el ordenamiento jurídico *desde* la Constitución, así como desplegar sus múltiples actividades *hacia* la Constitución (Vid. Sent. n° 457/2001), ya que, sin lugar a dudas, al existir desde el aspecto subjetivo una doble vinculación al texto constitucional, esto es, que sujeta en su actividad tanto a los órganos que ejercen el Poder Público como a los particulares, ésta -la vinculación- se traduce en una aplicación que sólo se logra mediante la interpretación constante del texto constitucional. Todos los ciudadanos, entes u órganos son, en mayor o menor medida, operadores jurídicos de la Carta Magna, la diferencia estriba con respecto a la Sala, como lo ha indicado en otras oportunidades, que ella es la última intérprete de la Constitución y, por lo tanto, sus sentencias, destinadas a ese fin, son vinculantes para todos los ciudadanos y demás órganos del Poder Público (inclusive las demás Salas de este Tribunal Supremo de Justicia), de lo cual deriva características muy precisas con respecto a la forma en que se hace la interpretación constitucional. En una, de la Constitución, la interpretación es general; en la otra, *desde* la Constitución, la interpretación es individual.

Con ocasión a esa interpretación que constantemente se realiza de la normativa constitucional, la Sala, con base en el Texto Fundamental, ha ahondado en la construcción teórica de los dos mecanismos de interpretación constitucional que existen en nuestro ordenamiento (*Vid.* Sent. n° 1309/2001). Es así como la Carta Magna estatuye un control difuso (artículo 334) y un control concentrado (artículo 335) de la constitucionalidad de la actividad pública, señalando en su artículo 335 la competencia del Tribunal Supremo de Justicia para garantizar la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, declarando a la Sala Constitucional su máximo y último intérprete para velar por la uniforme interpretación y aplicación de su articulado.

En ese sentido, la interpretación contenida en el artículo 335 es una verdadera *iurisdatio*, en la medida que declara, *erga omnes*, el contenido y alcance de los principios y normas constitucionales (en contraposición al control difuso, donde los efectos interpretativos del fallo es individualizado); sin embargo, dentro del mismo sistema concentrado se debe distinguir la *iurisdatio* de la función que controla la constitucionalidad de las leyes (*iurisdictio*), pues esta función nomofiláctica decreta la invalidez de las normas que colidan con la constitución. En cambio aquélla es una función interpretativa, aunque también general, que no recae sobre normas sub-constitucionales sino sobre el sistema constitucional mismo. Lo importante es que tanto la *iurisdatio* como la *iurisdictio* son funciones interpretativas que, por un lado, sólo le está permitido a la Sala Constitucional, y por el otro, no puede ser confundido con la interpretación que se haga desde la Constitución.

Siendo ello así, de lo expuesto se desprenden dos conclusiones importantes. La primera, que todo control concentrado es una interpretación de la Constitución y, por ende, la interpretación del texto constitucional con carácter general y vinculante le está atribuida solamente a la Sala Constitucional; y, la segunda, que toda interpretación desde la Constitución no puede exceder del carácter individual, esto es, que la aplicación de la norma constitucional no puede exceder de los estrictos límites del caso en concreto.

Aplicando lo expuesto al caso planteado se concluye: 1) que el Estatuto Electoral del Poder Público forma parte del bloque de la constitucionalidad y, por tanto, se equipara al rango constitucional; 2) que formando parte del bloque de la constitucionalidad su interpretación de forma general y vinculante le está atribuida exclusivamente a la Sala Constitucional; 3) que su interpretación podía ser realizada por la Sala Electoral para resolver un caso en concreto; y 4) que visto que lo que se pretendía era la interpretación del dispositivo contenido en su artículo 3, es decir, el establecimiento de forma general de su alcance, la competencia para conocer del recurso de interpretación de ese precepto corresponde a esta Sala Constitucional.

Por ende, visto que esa Sala se apartó del criterio jurisprudencial contenido en las sentencias números 1563/2000 y 2816/2002, esta Sala Constitucional, en uso de la potestad que le confiere la norma contenida en el numeral 10 del artículo 336 constitucional, revisa la sentencia signada con el número 140 del 3 de septiembre de 2003, de la Sala Electoral de este Máximo Tribunal y la declara nula. Así se decide.

2. *Control de la Inconstitucionalidad de la omisión del Legislador y de los otros órganos del Poder Público*

TSJ-SC (1043)

31-5-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Consejo Legislativo del Estado Zulia

La omisión en la sanción de textos legales presenta una complejidad especial para la jurisdicción constitucional, pues difícilmente puede la Sala Constitucional suplirla en su totalidad. Dicha Sala está facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso por medio de la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran.

El 6 de noviembre de 2003, esta Sala Constitucional declaró la inconstitucionalidad en que incurrió la Asamblea Nacional al no dictar, dentro del plazo fijado por el Texto Fundamental, una ley que regule el régimen municipal. En tal virtud, le concedió tres meses, a partir de la notificación del fallo, para preparar, discutir y sancionar *“una ley sobre régimen municipal que se adapte a las previsiones del Capítulo IV del Título IV de la Constitución”*.

Consta en autos que la notificación del referido fallo se hizo a la Asamblea Nacional el día 17 de noviembre de 2003, por lo que esta Sala, una vez transcurridos los tres meses de plazo, declara lo siguiente:

En la referida decisión del 6 de noviembre de 2003 esta Sala señaló que *“el poder constitucionalmente reconocido a los Municipios no puede quedar en suspenso indefinido a causa de la inactividad de la Asamblea Nacional, pues ello sería desconocer la vigencia misma de la Carta Magna”, razón que conduce a afirmar que “esta Sala, como garante de su respeto, está facultada para ordenar medidas tendientes a la resolución del problema”*.

Se basó la Sala en el artículo 336, numeral 7 de la Constitución, conforme al cual esta Sala tiene entre sus competencias *“declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estatal o nacional, cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta; y establecer el plazo y, de ser necesarios, los lineamientos de su corrección”*.

En esa oportunidad la Sala destacó la gran relevancia –no sólo por ser innovadora entre nosotros- de la disposición transcrita, pues completa el sistema de defensa del Texto Fundamental, con intención de abarcar no sólo las violaciones producto de la acción –únicas controlables en un régimen tradicional- sino también aquéllas que surgen de la inactividad. Con fundamento en esa disposición, entonces, la Sala declaró la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional y le fijó un plazo de tres meses para sancionar la ley. Esos tres meses constituían, a juicio de la Sala, un plazo prudencial, tomando en cuenta tanto el retraso considerable del Parlamento en dictar la ley, como el avance que ese mismo órgano manifestó tener en cuanto a la preparación y discusión de un proyecto. Sin embargo, es el caso que la Asamblea Nacional incumplió el plazo concedido, razón que obliga a la Sala a pronunciarse sobre el particular y establecer las consecuencias que de ello se derivan.

Al respecto observa:

La omisión en la sanción de textos legales presenta una complejidad especial para la jurisdicción constitucional, pues difícilmente puede la Sala suplirla en su totalidad. La Sala está facultada para proporcionar soluciones a aspectos concretos, incluso por medio de la adopción de reglas generales que ocupen temporalmente el lugar de las normas ausentes, pero no para corregir por completo la inactividad del legislador y dictar las normas que se requieran.

Un caso como el de autos lo pone de manifiesto: la Sala está en incapacidad –jurídica y técnicamente- para preparar todo el conjunto de disposiciones que deben regir la materia municipal venezolana. Es constitucionalmente imposible incluso para esta Sala, pese a su amplia competencia constitucional, transformarse en legislador y proporcionar a la colectivi-

dad las normas que exige. De hacerlo, desatendería su misión y trastocaría su naturaleza. Si es posible, en cambio, a fin de solucionar casos concretos, que la Sala indique ciertas reglas que regirán para ese caso, con el único propósito de dar solución a controversias concretas.

En consecuencia, ante un caso como el de autos la Sala debe adoptar dos decisiones: una referente a la omisión de ley; otra para resolver el caso concreto que dio lugar al conflicto, que no es otro que la posibilidad de dictar una ley de división político-territorial que cree nuevos Municipios.

En relación con ambos aspectos la Sala establece lo siguiente:

1) *Sobre la omisión de sanción de una ley que regule el Poder Público Municipal:*

La omisión de la ley –Ley Orgánica del Poder Municipal, en la denominación con que fue aprobado el proyecto en la primera discusión en la Asamblea Nacional- debe dar lugar a una reiteración de la orden de esta Sala, apremiándole para que proceda con prontitud a la segunda discusión y a la sanción del texto legal, el cual deberá responder a las exigencias constitucionalmente establecidas.

Según lo expuesto, nada más puede hacer la Sala, toda vez que no es posible para ella dictar las normas que el Parlamento ha debido aprobar. Se trata, sin embargo, de un asunto que reclama la mayor censura por parte de este Tribunal Supremo, *garante* del cumplimiento del Derecho. No es aceptable, ni jurídica ni políticamente, que la Asamblea Nacional desatienda una obligación constitucional tan clara como la de sancionar la ley que es objeto del debate en esta causa.

La propia Asamblea Nacional ha reconocido tanto su obligación como la trascendencia de la regulación que de ella se espera. Lo hizo en el informe que presentó a esta Sala el 10 de julio de 2003 –solicitado por el fallo del 27 de mayo de ese año-, en el que intentó excusarse con diferentes argumentos, todos rechazados por la Sala. Bien pudo la Sala declarar la inconstitucionalidad de la omisión en el propio fallo del 27 de mayo, pero prefirió no hacerlo, en parte debido a que la acción en la que se verificó la inactividad parlamentaria era una de interpretación y no la concretamente dirigida contra las omisiones. La Sala optó, entonces, por concederle diez días de plazo a la Asamblea Nacional para que informase las razones por las que no se había dictado la ley.

Es decir, es en realidad desde mayo de 2003 –y no desde noviembre- que la Asamblea Nacional está al tanto de que esta Sala ha entendido que incurrió en violación del Derecho al no dictar la ley sobre el régimen de los municipios. Presentó un informe de pretendida justificación, no aceptado por la Sala, que llevó a la declaratoria formal de la inconstitucionalidad el 6 de noviembre del pasado año, mediante fallo notificado el 17 de ese mes. Así, si bien técnicamente es esta última fecha la que debe tomarse como inicio del plazo, lo cierto es que desde meses antes la Asamblea Nacional conoce el criterio de la Sala y no adoptó medidas para apresurar su ritmo y sancionar la ley. La desobediencia de la Asamblea Nacional no tiene sanción jurídica directa en la Constitución, pero sí podría dar lugar a eventuales declaratorias de responsabilidad. Ahora, incluso sin sanción, la Asamblea Nacional se halla obligada a apegarse a las decisiones del Máximo Tribunal, al ser ello uno de los postulados centrales de régimen constitucional. No es dable a los órganos del Poder Público obviar la satisfacción de sus deberes, pues se atenta así contra una de las bases del Estado y, en casos como el presente, se genera un indeseado conflicto entre órganos, carente de otra resolución que no sea la voluntad política. El Estado se mantiene no sólo por mecanismos jurídicos, sino que se requiere toda la disposición política para alcanzar ciertos propósitos constitucionales. De nada valdrían continuas declaratorias de incumplimiento por parte de esta Sala, si la Asamblea Nacional, escudada en que el Tribunal Supremo no se convierte en legislador –más que para adoptar reglas concretas y temporales-, permaneciera en constante inactividad.

La Sala exhorta a la Asamblea Nacional a que satisfaga su obligación, en consonancia con la voluntad expresada pero no materializada en el informe que consta en autos, y sancione con prontitud la ley que se le exige.

3. *Resolución de Controversias Constitucionales entre Órganos del Poder Público*

TSJ-SC (39)

28-1-2004

Magistrado Ponente: Antonio J. García García

Caso: Conflicto surgido en el Municipio Cardenal Quintero del Estado Mérida.

No debe confundirse al conflicto de anormalidad institucional, contemplado en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal con cualesquier otro tipo de controversias o conflictos en que participen los Poderes Públicos, bien sea de carácter administrativo o constitucional, pues atienden a situaciones distintas y, a pesar que el régimen que delimita y regula las “controversias administrativas” y las “controversias constitucionales” está contenido en la nueva Constitución y aquél es preconstitucional, la Sala Constitucional considera que el contenido en la citada Ley Orgánica en nada contraría a la resolución de estas controversias y que, por el contrario mantener su vigencia, cumple una conveniente función dentro de un régimen tan especial como lo es el municipal, aunado a que los sujetos involucrados en tales figuras son absolutamente diferentes, aunque no se excluye la posibilidad de que una situación conflictiva suscitada en un Municipio o que afecte de alguna manera sus actividades pudiera llegar a ser una controversia constitucional, si fuere el caso.

Ahora bien, debe esta Sala emitir un pronunciamiento acerca de la declinatoria efectuada por la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal y la competencia de esta Sala para conocer del asunto declinado, a cuyo efecto se observa:

El “*conflicto de autoridades municipales*” o por “*anormalidad institucional*” (URDANETA, Gustavo, 1994) o la “*solicitud de resolución de conflictos municipales*” (CASTRO, Ignacio y CASTILLO, José Luis, 1999), como también ha sido denominado, es un mecanismo jurisdiccional con particularidades muy específicas destinado a resolver una situación conflictiva originada en cualesquier Municipio de la República que impida el normal funcionamiento o desenvolvimiento de esa entidad local.

Tal situación de anormalidad puede provenir del cuestionamiento de la legitimidad de autoridades municipales, como una expresión específica de este instrumento procesal, o de cualesquiera situación de anormalidad (*Vid.* sentencia n° 257 del 14 de mayo de 1998 de la extinta de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, caso: Carlos Eutimio Jiménez, que ratifica criterio de esa misma Sala expuesto en sentencia n° 418 del 3 de julio de 1997, caso: Nancy Aljorna).

De tradición en nuestro ordenamiento jurídico, se encuentra regulado en la vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, en cuyo contenido se establece:

“Artículo 166.- En caso de surgir una situación que amenace la normalidad institucional de un municipio o distrito, pueden las autoridades municipales o el gobernador del estado, ocurrir a la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, para solicitarle que conozca y decida la cuestión planteada. La decisión de la corte suprema de justicia relativa a la legitimidad de las autoridades municipales deberá ser emitida en el plazo de treinta (30) días contados a partir de la admisión de la solicitud y bastará para producirla los documentos que se acompañen a ésta. Cuando la Corte Suprema de Justicia solicitare documentos adicionales, éstos deberán ser consignados dentro de un plazo de diez (10) días y la decisión deberá producirse dentro de los ocho (8) días siguientes”.

La jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia delimitó y explicó en su oportunidad el contenido y alcance de la figura jurídica contenida en la transcrita norma; doctrina que fue seguida por la Sala Político Administrativa y la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, con las precisiones y adaptaciones que supuso la aprobación de la Constitución de 1999, que introdujo algunas modificaciones sustanciales, relacionadas con la participación de los ciudadanos y con la materia electoral, así como relativas a la competencia de los tribunales y a la creación de la *“jurisdicción contencioso electoral”*.

Dejó sentado la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia que el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal contemplaba un *“recurso jurisdiccional de carácter específico, distinto al de anulación”*; que estaba *“dirigido a poner término a una situación precisa, producida concretamente por el conflicto entre autoridades municipales que se constituya en amenaza para el normal funcionamiento de la institución. De ahí que haya concluido la Sala en anteriores oportunidades que su utilización es de carácter restringido, en virtud de la especificidad de los supuestos que la autorizan”*. Y que, *“(…) dentro de esos supuestos específicos se cuenta, sin duda, la destitución del Alcalde por improbación de su Memoria y Cuenta, siempre que dicho acto haya originado una situación de conflicto institucional que amenace la normalidad del Municipio, dado que, de otra manera, habría de acudir las partes en conflicto a otros mecanismos cuyo diseño no permite resolver de forma expedita y urgente, como lo amerita, una situación de alteración institucional”* (vid. sentencia n° 204 del 23 de abril de 1998), sin que deba confundirse con el recurso de nulidad, cuyo objeto era y es distinto, tal como lo estableció esa Sala, igualmente, en un fallo en el que sostuvo que:

“(…)ese acto municipal está investido de la presunción de legalidad que se atribuye en el sistema jurídico administrativo venezolano a los mismos, por lo que su ilegalidad o ilegitimidad sólo puede lograrse o constituirse a través de los medios de impugnación prescritos por la ley venezolana, distintos al de autos, únicos medios idóneos jurídicamente capaces de controlar la legitimidad o legalidad de dicho acto”. (n° 323 Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, del 11 de agosto de 1988).

Encuentra esta Sala conveniente, asimismo, citar otro fallo en el que se observa cómo la referida Sala fue delimitando el referido instrumento; a saber:

“En el marco del remedio judicial consagrado por el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, es sólo la existencia de un conflicto que amenace la normalidad institucional, cuando se justifica la intervención de la Corte Suprema de Justicia; cesado éste, desaparece el objeto propio de la figura jurídica en cuestión. Debe tenerse presente que la finalidad de esta actuación de la más alta autoridad judicial de la República en un asunto de la vida local, no es la de determinar la nulidad de actos administrativos de las autoridades municipales y muchísimo menos la de ser instrumento de arbitraje de controversias entre fracciones políticas –que es lo que parecen pretender algunos de los intervinientes, según puede leerse en algunas de las actas de las sesiones del cuerpo edilicio- sino resolver, en forma urgente, algún asunto que por su entidad altere el normal funcionamiento de las instituciones municipales...” (n° 566 del 12 de agosto de 1998, Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa).

Luego de la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la Sala Electoral tuvo oportunidad de analizar detenidamente este instituto y, en este sentido, se pronunció acerca de las innovaciones que con respecto a la competencia se produjeron por la entrada en vigor del nuevo Texto Fundamental, lo que devenía en una nueva lectura de la referida disposición (*Vid.* sentencia n° 57 del 5 de junio 2000). Criterio que fue corroborado posteriormente por la Sala Plena de este mismo Tribunal (*Vid.* sentencia n° 27 del 4 de julio de 2001).

Conscientes las recién creadas Salas del Supremo Tribunal de las modificaciones que producía la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establecieron un criterio competencial para el tratamiento del mecanismo contenido en el aludido artículo 166, conforme al espíritu de este Texto.

En efecto, la Sala Político Administrativa, primera en abordar el asunto dejó sentado, en decisión número 179 del 17 de febrero de 2000, que la Constitución atribuyó ciertas competencias a las distintas Salas que integran el Tribunal Supremo de Justicia; que a los fines de mantener el funcionamiento integral del Estado en todos sus Poderes, debía el Supremo Tribunal continuar administrando justicia, aun cuando no existiese la aludida ley orgánica reguladora de las funciones de ese Tribunal; por tanto, las distintas Salas se encontraban en el deber de conocer y decidir los antiguos casos y los que ingresaren, atendiendo a la afinidad entre la materia debatida en cada caso concreto y la especialidad de cada una de las Salas.

Que visto que, la vigente Constitución establece, en su artículo 297, que la jurisdicción contencioso electoral será ejercida por la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales que determine la ley, existía la necesidad de examinar la vinculación de los asuntos con el campo atribuido en el nuevo Texto Constitucional a la jurisdicción contencioso electoral.

En este sentido, continuó explicando el identificado fallo lo siguiente:

“En ese orden de ideas, el propio Texto Fundamental, en su artículo 293 define el alcance de las funciones del Poder Electoral, discriminándolas así:

...omissis...

Siendo éstas las particulares manifestaciones de la rama de poder público aludida, y dada la intención del constituyente de lograr la especialización de la materia, serán las cuestiones suscitadas a partir de actos dictados en el ejercicio de tales atribuciones, las destinadas al conocimiento y decisión por la indicada jurisdicción contencioso electoral.

Bajo las anteriores premisas, corresponde examinar la materia relacionada con los conflictos institucionales a que se refiere el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que es a lo que se contrae el presente asunto; en tal sentido, se observa que el ejercicio de dicho mecanismo no está limitado a la simple resolución de conflictos originados entre distintas autoridades locales con motivo de la ejecución de potestades públicas que les son inherentes -como de inmediato sugiere su denominación- sino que su fundamento, según ha venido constatando la Sala en los últimos años, está en muchos casos dirigido a dirimir dificultades relacionadas con la determinación de las autoridades legítimas de esas entidades territoriales, en cualquiera de los supuestos que tal problema presenta: bien en los casos relacionados con la pérdida de investidura de Alcalde o de Concejal (artículo 68 Ley Orgánica de Régimen Municipal), o porque se impugna determinado nombramiento o elección de funcionarios, o, en fin, se discute sobre la separación temporal o la ausencia absoluta del Alcalde y la persona llamada a sustituirlo, lo que genera una situación de conflicto que pone en peligro la normalidad institucional.

Es menester, entonces, distinguir aquellos supuestos en que el conflicto institucional se plantea entre distintas autoridades del ente municipal acerca del ejercicio o definición de determinada área de competencia, de cuando lo que se persigue es, en definitiva, dilucidar la legitimidad del cargo detentado.

Resulta evidente para la Sala que la última de las hipótesis mencionadas, guarda estrecha relación con el ejercicio del Poder Electoral, especialmente en lo vinculado a la organización, administración, dirección y vigilancia de los actos relativos a elección de cargos de representación popular de los poderes públicos, así como de los referendos respectivos que se produzcan como consecuencia de las faltas absolutas suscitadas, y la determinación de sus autoridades legítimas, pues a fin de cuentas la razón de ser del Poder Electoral como rama independiente de los otros poderes públicos no es otra que la de servir de garantía al respeto de la voluntad popular expresada directamente en procesos comiciales y de manera indirecta, pero no menos importante, por el ejercicio de la autoridad delegada a través de sus órganos representativos o autoridades públicas. Debe entenderse así que es a la jurisdicción electoral a quien corresponde igualmente la preservación de estos altos valores y principios.

De manera que corresponde a la jurisdicción contencioso electoral conocer de todas aquellas actuaciones vinculadas con los conflictos a que se refiere el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, siempre que del planteamiento del caso se desprenda que el conflicto surge del cuestionamiento de la legitimidad de la autoridad municipal según antes se indicó, pues en los otros casos cuando se debate el ejercicio y límite de potestades públicas entre autoridades legítimas, estará el conocimiento del caso atribuido a esta Sala Político-Administrativa; conservándose en ambos supuestos el trámite legalmente estatuido”.

Por su parte, la Sala Electoral en fallo n° 57 del 5 de junio 2000 (caso: Celestino Yáñez Carías) determinó, en relación con una solicitud de las referidas en el dispositivo contenido en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, lo siguiente:

“Tal como puede observarse la norma transcrita [artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal] regula una situación de anormalidad imperante en un municipio producto del conflicto surgido por la legitimidad de sus autoridades. Es a esta especial circunstancia que queda circunscrita la posibilidad de esta Sala de dirimir, a través de su conocimiento y decisión, la situación de anormalidad surgida y no de cualquier otro supuesto previsto en la norma, -tal como lo expresara la sentencia de la Sala Político Administrativa de fecha 11 de mayo de 2000 producida en el presente expediente que declinara a favor de esta Sala Electoral el conocimiento del asunto planteado- por su estrecha conexión, como se señalara, con la permanencia de una autoridad (i)legítima en un cargo que representa la voluntad del electorado.

Recientemente en sentencia n° 44 de fecha 12 de mayo de 2000, constituida en Sala Accidental, bajo ponencia del Magistrado Octavio Sisco Ricciardi, tuvo oportunidad esta Sala de pronunciarse acerca de su competencia para conocer de este específico medio procesal de resolución de conflictos, con motivo igualmente de la declinatoria de competencia formulada por la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal, en una solicitud también fundamentada en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en la que esta Sala dejó sentado su criterio cuyo contenido se ratifica. En dicha decisión se expresó:

‘En definitiva, corresponde a la jurisdicción contencioso electoral el conocimiento de todos aquellos actos, actuaciones u omisiones relacionados con el conflicto institucional a que se refiere el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, siempre que del proceso planteado se demuestre que el conflicto se origina del cuestionamiento de la legalidad de la designación de las autoridades municipales, esto es, cuando se discuten las potestades públicas derivadas del derecho al sufragio pasivo de quienes ocupan cargos públicos e incidan de manera ostensible en el funcionamiento normal de la entidad.’

Bajo las anteriores premisas y, tratándose el presente caso de una solicitud de resolución de conflicto municipal, formulada por el ciudadano Celestino Yáñez Carías, en su condición de Alcalde del Municipio Guanta del Estado Anzoátegui, fundamentada en la suspensión del cargo que ejerce por el Concejo Municipal del mencionado Municipio y el nombramiento de otra persona para el cargo que venía ejerciendo, se evidencia que efectivamente, el caso subiúdice reviste carácter electoral en tanto comporta el cuestionamiento de la legitimidad de un funcionario que ejerce un cargo de elección popular municipal, como lo es el Alcalde, razón por la cual esta Sala considera procedente asumir la competencia para conocerlo y decidirlo. Así se declara”.

Ahora bien, la Sala Plena de este Tribunal, con ocasión de un conflicto suscitado entre la Sala Electoral y la Sala Político Administrativa, resolvió en sentencia n° 27 del 4 de julio de 2001, cuál era el criterio atributivo de competencia para los casos regulados en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

En el caso sometido a la decisión de la Sala Plena, la Sala Político Administrativa, por sentencia del 8 de marzo del 2001, había declinado la competencia para conocer y decidir el asunto planteado en la Sala Electoral, con fundamento en su sentencia número 179 del 17 de febrero de 2000, en la que fijó el criterio que debía emplearse para determinar la Sala competente para conocer de aquellos casos en que se plantease un conflicto de autoridades, de acuerdo con lo establecido en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, estableciendo una clara diferencia entre los conflictos originados entre distintas autoridades locales respecto a la ejecución de potestades públicas que le son inherentes, y al mismo tiempo, los conflictos relacionados con la determinación de las autoridades legítimas de esas entidades territoriales, supuesto éste estrechamente relacionado con el ejercicio del Poder Electoral, cuyas funciones se encuentran preceptuadas en el artículo 293 del Texto Fundamental y que al haberse planteado ante esa Sala un conflicto de autoridades, por el que se cuestiona la investidura de dos ciudadanos para ejercer el cargo de Contralor, la competente para conocer y decidir el caso era la Sala Electoral.

Por otra parte, la Sala Electoral, en decisión del 9 de abril de 2001, señaló que no correspondía a dicha Sala conocer del conflicto de autoridades planteado, pues se trataba de un hecho de naturaleza distinta a la electoral, que buscaba dilucidar la legitimidad de cargos ejercidos por funcionarios que no son electos de manera directa y por representación popular, como era el caso del Contralor Municipal, lo que no era de su competencia, cómo órgano encargado de ejercer la jurisdicción contencioso electoral, ya que estos supuestos no están relacionados con el ejercicio del Poder Electoral y, nada tienen que ver, con la organización, administración, dirección y vigilancia de actos vinculados a la elección de cargos de representación popular.

Al respecto, la Sala Plena declaró su competencia para resolver los conflictos suscitados entre las Salas que conformaban el más Alto Tribunal de la República, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y procedió a decidir el asunto en los términos siguientes:

“...la cuestión se circunscribe a determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente para conocer y decidir la acción propuesta por el ciudadano (...), con fundamento en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, si la Sala Político Administrativa que declaró su incompetencia por considerar que el caso bajo examen poseía naturaleza electoral, declinando por ello el conocimiento del asunto en la Sala Electoral, que, a su vez se declaró igualmente incompetente por considerar que tal conflicto se dirime en la jurisdicción contencioso administrativa.

En este sentido, se observa que, la norma en que se fundamenta la acción previene:

‘Artículo 166. En caso de surgir una situación que amenace la normalidad institucional de un Municipio o Distrito, pueden las autoridades municipales o el Gobernador del Estado, ocurrir a la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, para solicitarle que conozca y decida la cuestión planteada. La decisión de la Corte Suprema de Justicia relativa a la legitimidad de las autoridades municipales deberá ser emitida en el plazo de treinta (30) días contados a partir de la admisión de la solicitud y bastará para producirla los documentos que se acompañen a ésta...’.

Contiene la transcrita disposición legal un mecanismo que persigue resolver cualquier conflicto que amenace la normalidad institucional en un municipio, es decir, un medio de protección jurisdiccional para el normal desarrollo de la actividad municipal y el cumplimiento de los fines del poder local. De acuerdo con dicha norma es evidente, entonces que, de no producirse esa especial situación conflictiva capaz de alterar la tranquilidad y

normalidad municipal, se estaría en presencia de un supuesto distinto al establecido en el citado artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, que escaparía al objeto de esta especial solicitud. Ha señalado la Sala Electoral de este Tribunal Supremo de Justicia, con relación a la comentada disposición legislativa que, el precepto 'contiene un mecanismo procesal ágil, breve y sumario que persigue poner fin a una situación tendiente a crear un caos o conflicto, es decir, una situación excepcional que ponga en peligro el normal desarrollo de las entidades municipales. Luego es indispensable la verificación de esta circunstancia para que a través de un mecanismo tan expedito como éste pueda resolverse la situación amenazante...' (Sala Electoral, sentencia n° 91/2000, caso Emilio Ruiz Cortez).

El dispositivo normativo aparece redactado en la forma expuesta, al igual que su precedente reforma (1988), tras haber sufrido una modificación operada luego de la primitiva Ley Orgánica de Régimen Municipal, la derogada de 1978, la cual aun cuando redactada en términos semejantes poseía un supuesto más restringido que la de la actual (1989). En efecto, la norma en cuestión disponía:

'Artículo 146. En caso de conflicto entre las autoridades municipales, que amenace la normalidad institucional de un Municipio, pueden aquellas o el Gobernador del Estado, solicitar la decisión de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa. Las decisiones de la Corte Suprema de Justicia relativas a la legitimidad de las autoridades municipales deberán ser emitidas en el plazo de treinta (30) días contados a partir de la admisión de la solicitud, y bastará para producirla los recaudos que se acompañen a ésta...'

Obsérvese que, a diferencia del texto vigente, anteriormente el conflicto debía suscitarse entre las autoridades municipales, lo que pareciera justificar que la doctrina denominare a esa figura como 'conflicto de autoridades', sin embargo, al haber sido ampliado el supuesto normativo, la situación de anormalidad que regula la norma ya no se limita al supuesto derivado, única y exclusivamente, de los conflictos surgidos con ocasión de la legitimidad de una autoridad municipal sino de cualquiera otra que produzca una situación excepcional dentro del área municipal, que origine la posibilidad de solicitar la intervención del órgano jurisdiccional competente, para que produzca una decisión capaz de dirimir el conflicto.

En tal sentido se expresó la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, la cual en sentencia n° 257 del 14 de mayo de 1998, dejó sentado, reiterando criterio anteriormente expuesto, que:

'...el supuesto de hecho de la citada norma se refiere no solo al caso de conflicto de autoridades municipales, sino a cualquier situación que efectivamente altere la normalidad institucional independientemente de sus causas. Queda de esta forma ampliado el supuesto de hecho, en relación al que existía en el artículo 146 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que aludía sólo al 'caso de conflicto entre las autoridades municipales que amenace la normalidad institucional de un Municipio'.

Al respecto, reitera esta Sala el criterio expuesto en el caso NANCY ALJORNA, en sentencia n° 418 de fecha 03 de julio de 1997, donde quedó establecido:

'La llamada 'crisis institucional' aludida en el artículo 166 ejusdem (...) es definido por la norma, como 'una situación que amenaza la normalidad institucional de un municipio o distrito'. La norma transcrita, plantea dudas sobre si el supuesto es el que genéricamente se enuncia en el encabezamiento, es decir, cualquier anormalidad o amenaza de ella, o bien, si se trata de una anormalidad derivada solamente de la imputación que se haga de la falta de legitimidad de las autoridades. La incorrecta redacción de la norma es la que crea las dudas que se expresan, por cuanto la misma ha señalado como supuesto general la amenaza a la anormalidad institucional y, seguidamente alude a la decisión de la Corte, relativa a la legitimidad de las autoridades municipales. Esto último bien podría interpretarse como el único supuesto de amenaza a la normalidad; o como una previsión genérica que, en el caso en que se refiera a la legitimidad de las autoridades municipales, se someterá a un plazo específico para su decisión.

Al respecto estima esta Sala que cualquier situación que amenace la normalidad de las entidades territoriales reguladas por la Ley Orgánica de Régimen Municipal, puede dar lugar a un conflicto que debe dirimirse en base a la previsión del artículo 166, por lo cual el mismo no queda limitado a la determinación de la legitimidad de las autoridades municipales, supuesto éste que, sin embargo, será el más reiterado de todos los que se planteen, porque es justamente en el conflicto entre autoridades que se califican a sí mismas como legítimas, donde radica la mayor parte de las controversias públicas capaces de afectar el normal desarrollo de las actividades de una determinada población...’.

Debe concluirse pues que, no sólo pretende la norma regular una situación excepcional producto de un conflicto derivado de la legitimidad de una autoridad municipal sino que, además, este instrumento procesal puede tener como objeto una situación conflictiva distinta de aquella, que amenace igualmente la normalidad institucional, de allí que, en la actualidad, se haya propuesto designar al instituto que se examina, con la denominación de ‘conflicto de anormalidad institucional’ o ‘conflicto municipal’.

De acuerdo con lo expuesto, encuentra esta Sala que, cuando se está en presencia de una solicitud de este tipo, debe determinarse, si el conflicto o situación de anormalidad que, eventualmente, impere en el Municipio es producto de la incertidumbre acerca de la legitimidad de las autoridades locales o si -por el contrario- surge de una situación distinta; y, en el primero de los casos, si el funcionario municipal cuestionado es de elección popular; tal establecimiento tendrá por objeto determinar cuál es el órgano jurisdiccional con competencia para ello.

La cuestión bajo la vigencia de la Constitución de 1961 no ofrecía mayores problemas al respecto, debido a que al preceptuar la norma la posibilidad de ocurrir ante la Corte Suprema de Justicia, en Sala Política Administrativa para solicitar que ésta conociera y decidiera la cuestión planteada, establecía de tal manera el órgano jurisdiccional competente. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999, la creación de la jurisdicción contencioso electoral (artículo 297) y del Poder Electoral (artículos 292 y ss.), viene a modificar el ámbito competencial atribuido a la Sala Política Administrativa por la norma que se comenta, toda vez que, la jurisdicción contencioso electoral tiene como objeto el control de los actos de naturaleza comicial, derivados del Poder Electoral, cuya esencia se encuentra orientada por la participación y protagonismo de los ciudadanos en ejercicio de la soberanía y, por otra parte, estando estrechamente relacionada la permanencia y efectiva realización de las funciones inherentes al cargo de elección popular de que se trate, por la persona que resultó favorecida en el proceso comicial, con la garantía de la preservación de la voluntad popular manifestada a través del voto, la cual debe mantenerse incólume, cualquier contienda que emerja con ocasión de la discusión acerca de la legitimidad de una autoridad municipal subyacería al reconocimiento de la vigencia y respeto de esa manifestación expresada por los electores, en cuyo caso tendría que establecerse la naturaleza electoral de las actuaciones vinculadas al conflicto y, en consecuencia, sería la jurisdicción contencioso electoral a la que correspondería su conocimiento. Es por las razones expuestas que, la Sala Política Administrativa en reiteradas decisiones, ha declinado en la Sala Electoral el conocimiento de las causas a que se refiere este mecanismo procesal contenido en artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la cual ha sido aceptada en varias oportunidades por esa Sala al compartir los argumentos de aquella (Vid. Decisiones n° 44, 55, 57 y 60 de 2000). Cabe citar al respecto la primera de las mencionadas n° 44/2000 de la Sala Electoral, cuyo texto señaló:

‘...Es por lo anterior que resulta claro para la Sala que cuando el conflicto surge del cuestionamiento de la legitimidad de la autoridad municipal existe una gran vinculación con el ejercicio del Poder Electoral, puesto que es competencia de este Poder la organización, administración, dirección y vigilancia de los actos referentes a la elección de cargos de representación popular de los Poderes Públicos, así como los conflictos que se pudieran originar como consecuencia de las faltas temporales o absolutas surgidas y la legalidad de la designación de sus autoridades legítimas pues, en definitiva, el Poder Electoral como rama independiente de los demás Poderes Públicos tiene como fundamento servir de sustento y de garantía al respeto de la voluntad electoral manifestada en los procesos comiciales tanto de manera directa como indirecta.

Por lo expuesto, no escapa de la esfera de competencia de la jurisdicción electoral, garantizar la facilidad para gobernar a la sociedad sin desórdenes que perturben su ejercicio, lo que vale decir, pacíficamente, velando no sólo porque el escrutinio del caudal votante refleje enteramente la voluntad y la soberanía popular sino además, tutelando el derecho de ocupar temporalmente un cargo público de representación popular cuando ello altere el normal desenvolvimiento de la función institucional del órgano.

En definitiva, corresponde a la jurisdicción contencioso electoral el conocimiento de todos aquellos actos, actuaciones u omisiones relacionados con el conflicto institucional a que se refiere el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, siempre que del proceso planteado se demuestre que el conflicto se origina del cuestionamiento de la legalidad de la designación de las autoridades municipales, esto es, cuando se discuten las potestades públicas derivadas del derecho al sufragio pasivo de quienes ocupan cargos públicos e incidan de manera ostensible en el funcionamiento normal de la entidad.' (Destacado en este fallo).

Es necesario entonces concluir que, como se ha expuesto, el dispositivo contenido en el citado artículo 166 comprende un supuesto de hecho complejo, ya que regula una situación de carácter general, relativa a las situaciones que amenacen la normalidad institucional de un Municipio, las cuales, al no plantear necesariamente alguna implicación de carácter eleccionario, su resolución debe estar atribuida a la jurisdicción contencioso administrativa, pero, por otra parte, el supuesto normativo también abarca, de forma especial, la resolución de problemas relativos a la legitimidad de las autoridades municipales, que ocasionaren una situación de anormalidad o la amenaza de crear un caos o inestabilidad en la vida local del municipio, en cuyo caso, de estar estrechamente vinculada la situación planteada a un proceso electoral, su conocimiento estaría atribuido a la jurisdicción contencioso electoral.

Además, quiere dejar sentado esta Sala que estos conflictos municipales nada tienen que ver con los referidos en los numerales 13 y 22 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Es el carácter eleccionario de la designación de la autoridad municipal, cuya legitimidad se discute, lo que determina que el acto estrechamente relacionado a la anormalidad institucional del Municipio deba someterse a la jurisdicción contencioso electoral, es necesario determinar en cada caso, si la autoridad es de elección popular o si es designada por algún otro mecanismo distinto previsto en el ordenamiento vigente.

En otras palabras, para determinar la competencia de la Sala Electoral en los conflictos municipales previstos en la norma citada, debe atenderse a que la situación que amenace la normalidad institucional haya surgido del desconocimiento de autoridades municipales legítimas que implique la vulneración de los derechos a elegir o ser elegido a cargos de representación popular, por resultar electas para esos cargos a través de la elección popular (léase Alcaldes y Concejales de acuerdo a la legislación vigente). En ese sentido, no siempre que se trate de la legitimidad de alguna autoridad municipal debe considerarse que la competencia esté atribuida a la jurisdicción contencioso electoral, si dicho funcionario no es de elección popular, ello por no estar involucrado el derecho al sufragio activo o pasivo, tampoco debe pensarse que siempre que se discuta la legitimidad de un funcionario público municipal, la situación se inserte en el supuesto contemplado en el citado artículo 166, si no media una situación como la descrita en la norma”.

Finalmente, la Sala Plena observó que, en la situación examinada, la ilegitimidad alegada estaba referida al Contralor Municipal, que era un cargo cuyo nombramiento estaba atribuido a los Concejos o Cabildos, de acuerdo con lo establecido en el numeral 2 del artículo 76 y 92 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, designación que, en todo caso, debía ajustarse a lo preceptuado en el artículo 93 *eiusdem*, en consecuencia, su designación dependía de otro órgano del Poder Municipal y respondía a un criterio distinto de la elección popular, de allí que, por no derivar su designación de un proceso de carácter comicial ni de manera directa ni indirecta, su régimen jurídico no se encontraba sometido a reglas de derecho electoral ni a esa jurisdicción, sin que ello significara que no pudiese surgir con motivo de la

designación o destitución del Contralor Municipal, un conflicto que atentara contra el buen desarrollo de las actividades municipales, pues, como expuso, el supuesto contenido en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, ni se agota en la sola cuestión de la legitimidad de una autoridad municipal, ni esa ilegitimidad debía circunscribirse siempre a un cargo de elección popular. Por otra parte, indicó que, en ese caso, no sólo se atribuía la competencia a la Sala Político Administrativa porque el funcionario no asumió sus funciones producto de una elección popular, sino que la actuación que le otorga la investidura de Contralor Municipal es un acto administrativo proveniente, no de un órgano electoral, sino de un jurado concursal, que revisaba las credenciales y, que al constatar que los candidatos se adaptaban a los parámetros legales y que ellos mismos imponen, debía remitir la lista de los esos candidatos al Concejo Municipal o Cabildo para que este órgano seleccionase a uno de esos candidatos para el cargo.

De acuerdo con el razonamiento formulado por la Sala Plena, el conocimiento del caso quedaba sometido a la jurisdicción contencioso administrativa, la cual se ejerce por la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, por ser el órgano jurisdiccional competente para resolver la solicitud de resolución de conflicto municipal, en atención al dispositivo contenido en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, por no revestir el mismo carácter electoral. De lo que colige esta Sala Constitucional que, el criterio que debe seguirse es el de determinar si la anormalidad institucional alegada está relacionada con la falta de legitimidad o desconocimiento de la investidura del Alcalde o de los miembros del Concejo Municipal o si se trata de cualquier otra situación conflictiva que comprometa el normal desarrollo de las actividades municipales, o si, por el contrario, se trata de una controversia constitucional, en cuyo caso estaríamos en presencia de una situación distinta a la regulada norma.

Ahora bien, advierte esta Sala que, no obstante los criterios expuestos por las referidas Salas de este Tribunal, esta misma Sala Constitucional, en sentencia n° 579 del 22 de marzo de 2002 (caso: Municipio Antolín del Campo), ratificada posteriormente (sentencia n° 3.180 del 11 de diciembre de 2002), hizo algunas precisiones, también recogidas en otras decisiones (véase igualmente fallo n° 812 del 15 de abril de 2003 y n° 1.937 del 15 de julio de 2003), sobre las cuales debe imperiosamente volver, con la finalidad de explicitar de manera más acabada y armónica el instituto, evitando incurrir en errores que hagan desaparecer a esta figura jurídica, propia del ámbito municipal y se confunda con otras categorías jurídicas como lo son las *controversias constitucionales entre poderes públicos*, que refiere el artículo 336, numeral 9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela o las *controversias administrativas entre poderes públicos*, reguladas en el 266, numeral 4 *eiusdem*, de las cuales debe distinguirse.

Encuentra esta Sala necesario recordar que, acerca de las controversias que pudiesen surgir entre órganos del Poder Público, la Constitución de 1961 disponía en su artículo 215, numeral 8, como una de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político Administrativa la de “*Dirimir las controversias en que una de las partes sea la República o algún Estado o Municipio, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro Tribunal*” (destacado de la Sala), norma que se repetía en términos muy parecidos en el artículo 42, numeral 13 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que en términos idénticos se limitaba a atribuir la competencia a dicho órgano, para dirimir esta clase de conflictos. Asimismo, la Ley estableció en el numeral 22 de ese mismo artículo como competencia de esa misma Sala “[*dirimir las controversias que se susciten entre autoridades políticas o administrativas de una misma o diferentes jurisdicciones con motivo de sus funciones, cuando la Ley no atribuya competencia para ello a otra autoridad*” (destacado de la Sala).

Cabe destacar que, la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, elaborado por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, aprobado casi en su totalidad se refirió a esta disposición en los siguientes términos:

“El ordinal 21) se refiere a la competencia de la Corte para dirimir las controversias que se susciten entre las autoridades políticas y administrativas de una misma o de diferentes jurisdicciones, cuando la ley no atribuye competencia para ello a otra autoridad.

La razón de ser de esta atribución responde a la necesidad de que un órgano jurisdiccional dirima los conflictos que surjan entre las autoridades de la República, de los Estados y de los Municipios.

Cada uno de estos, dentro de su respectiva competencia, goza de autonomía y cuando la ley no establezca dentro de cada jurisdicción la autoridad que ha de dirimir las controversias que se susciten entre funcionarios de aquella o cuando el conflicto se suscite entre funcionarios de diferentes jurisdicciones, esa competencia residual atribuida a la Corte permite resolverlo.” (destacado de la Sala) (Vid. *El Control Jurisdiccional de los Poderes Públicos en Venezuela*, Obra Colectiva, Universidad Central de Venezuela, 1979).

Sin embargo, en la actualidad el esquema competencial ha sido modificado, separándose estas controversias en dos tipos, cuya resolución se encomienda cada una a órganos jurisdiccionales distintos.

En efecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela dispone al respecto lo siguiente:

“Artículo 266. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

*4. Dirimir las **controversias administrativas** que se susciten entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades, a menos que se trate de controversias entre Municipios de un mismo Estado, caso en el cual la ley podrá atribuir su conocimiento a otro tribunal”.*

Y en su último aparte, la norma específica que las atribuciones contenidas en los numerales 4 y 5 corresponden a la Sala Político Administrativa. Por su parte, el artículo 336 de ese mismo texto indica que

“Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

*9. Dirimir las **controversias constitucionales** que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público”.*

Durante la vigencia de la Constitución derogada, ya había sido objeto de confusión este mecanismo de resolución de conflictos del ámbito municipal, contenido en el citado artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, con las controversias entre poderes públicos, a que se refería el numeral 8 del artículo 215 de la Constitución de 1961, en concordancia con el artículo 42, numerales 13 y 22, 43 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, sentencias de la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, aunque con un poco de confusión en los términos y en los casos que analizaba, así como con discrepancia entre los Magistrados de ese órgano, estableció que tales figuras perseguían resolver situaciones jurídicas distintas. Así, una decisión del 24 de mayo de 1995, bajo el N° 386 (caso: Raúl Valera); estableció:

“En criterio de la Sala, para conocer de los conflictos a que alude la disposición transcrita [se refiere al numeral 22 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia] ‘...es necesario e indispensable que se trate de una controversia atinente a las funciones, atribuciones y gestiones que cumplen los diferentes funcionarios de la entidad, esto es, una controversia relativa a la controversia de ellos y respecto de la cual se disputa o contiene acerca de quién es el encargado de cumplirla o llevarla a cabo.

Se trata de dirimir el enfrentamiento en virtud del cual dos o más funcionarios pretenden que a ellos les corresponda ejercer o cumplir determinada actividad funcional...' (vid. Decisión de la Sala de fecha 30 de noviembre de 1989; caso: Caría Marchel).

Las controversias entre autoridades entendida en los términos que anteceden se producen mediante el desconocimiento de la legitimidad de una autoridad por otra. Cabe advertir al respecto, que cuando el cuestionamiento de la legitimidad de una autoridad ha sido planteado por otra autoridad pública en el ejercicio de sus funciones, el conocimiento del asunto corresponde –salvo disposición en contrario– a esta Sala Político Administrativa, desde que ello revela una verdadera controversia entre ambas autoridades (vid. Numeral 22 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 43 ejusdem).

Distinto es lo que ocurre cuando la legitimidad de una autoridad pública es desconocida por los particulares, desde que, en esos casos, la competencia de esta Sala queda supeditada a otras disposiciones legales distintas del artículo 42 de la ley Orgánica que regula sus funciones.

Así, por ejemplo, el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal le permite a esta Sala resolver sobre la legitimidad de las autoridades municipales independientemente de quien la desconozca, siempre que surja una situación que amenace la normalidad institucional de un Municipio o Distrito”.

Esta decisión contó con el voto salvado de dos de sus miembros. En uno de ellos se dice, en relación con la referida competencia contenida en el indicado numeral, que debía establecer el significado jurídico de las autoridades entre las cuales existen controversias con motivo de sus funciones. Que de una interpretación gramatical del texto, de acuerdo al significado de las palabras según su uso común y jurídico, y según la conexión de las palabras entre sí, aplicando el principio *in claris non fit interpretatio* se obtenía la verdadera fórmula del texto. Por tanto, conforme a ello y con base en el artículo 4° del Código Civil, sostenía el disidente que la premisa para poder resolver la controversia consistía en que se tratase a priori de autoridades legítimas mas no del cuestionamiento de la legitimidad de dichas autoridades.

Explicaba que el texto prevé: “*controversias que se susciten entre autoridades políticas o administrativas de una misma o diferentes jurisdicciones con motivo de sus funciones*”, lo que significaba que, en definitiva, no estaba en tela de juicio la legitimidad de la autoridad como organismo jurídico sino el ejercicio de funciones de autoridades distintas.

Existe “*controversia entre autoridades*” –continúa– cuando dos o más órganos (institución o individuos) se atribuyen una misma función o competencia, no obstante que sólo a uno de ellos, la ley atribuyó la potestad en concreto. En esta situación se incurre en usurpación de funciones (artículo 119 Constitución).

Concluyó afirmando que, en el caso que analizaba, se confrontaban 2 Directivas de la misma Asamblea Legislativa y cada una de ellas pretendía que el status de autoridad como Directiva legítima de la Asamblea. No se circunscribe entonces el supuesto del caso concreto al supuesto de la norma citada.

De manera que, no podía entonces inferirse de dicha norma que, con base en ella, se resuelva la misma legitimidad o legalidad de la constitución o formación de la autoridad. Que tal supuesto evidentemente era distinto al supuesto establecido en la ley, consecuentemente la citada norma no le era aplicable al caso.

Tampoco se precisa en este contexto –crítico–, si sería posible aplicar por analogía al artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal por cuanto esta norma se refiere expresamente “*a la legitimidad de las autoridades municipales*” y el caso versa sobre autoridades de la Asamblea Legislativa Estatal.

Este voto salvado, que se repitió en diversas ocasiones, había sido ya consignado como tal en una sentencia del 22 de septiembre de 1993, oportunidad en la que el Magistrado Luis Enrique Farías Mata salvó igualmente su voto, con el siguiente fundamento:

Indicó que, ante un conflicto de autoridades municipales (coexistencia de dos Juntas Parroquiales que se considera cada una legítima), la sentencia de la cual discrepó lo resolvió admitiendo la controversia planteada por el Presidente de una de aquéllas, con fundamento en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, norma invocada por el solicitante, y en el ordinal 22 del artículo 42 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo -a su juicio- las normas aplicadas conjuntamente en la decisión se refieren a supuestos de hecho diferentes y excluyentes, lo cual imposibilitaba la interpretación hecha por la Sala.

En ese sentido, el disidente se adhería a los razonamientos del Magistrado Alfredo Ducharne Alonzo expresados en su voto salvado, **en cuanto explica que el conflicto de autoridades a que alude la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, concibe a tales autoridades como legítimas, pero en disputa sobre la esfera de sus respectivas funciones; en tanto que el que ocupa al artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, implica determinar cuál de varias pretendidas autoridades municipales es la legítima.**

Tal criterio expuesto por los magistrados disidentes en aquella ocasión es compartido por esta Sala, no obstante que, no se solidariza con cada uno de los consignados por el Magistrado Ducharne en diversos fallos con posterioridad, por cuanto a juicio de esta Sala a veces los mismos no guardaban relación con lo discutido por aquella Sala.

Observa esta Sala Constitucional que, no debe extrañar entonces que aun persista y quizás con mayor razón, la confusión entre las distintas controversias y la contenida en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

Una sentencia de la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia, aportó algunas nociones acerca de estas controversias ahora reguladas en la Constitución, que corresponde desarrollar a la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que se dicte. Tales nociones están contenidas en la sentencia de esa Sala n° 01819 del 8 de agosto de 2000 (caso: René Molina Galicia), las cuales esta Sala comparte y a continuación cita parcialmente:

“...es menester instituir parámetros diferenciales que permitan distinguir según los sujetos y la naturaleza de la controversia -por ser tales elementos los mencionados en dichas normas- cuando una controversia puede ser calificada como constitucional y, en consecuencia, corresponderá a la Sala Constitucional dirimirla, y cuando la controversia puede ser calificada de administrativa en cuyo caso, la competencia para resolverla corresponderá a esta Sala Político-Administrativa.

La Constitución de 1999, limita el poder mediante la difusión de la autoridad tanto en el plano horizontal como en el vertical. Esto es, prefigura una distribución horizontal y vertical del Poder Público en la cual sus creadores proveyeron en relación al thema decidendum que nos ocupa, la distribución del Poder Público en Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional y, la división del Poder Público Nacional en Poder Legislativo, Poder Judicial, Poder Electoral y Poder Moral.

Esta limitación del poder por el poder mismo fundada en el temor a su excesiva concentración, persigue su sometimiento a la regla de derecho, limitando su actuación a las específicas atribuciones y funciones consagradas en la Ley provocando así salvaguardia contra la tiranía y la libertad de los ciudadanos, lo cual se recoge expresamente en los artículos 136 y 137, eiusdem, en la forma siguiente:

'Artículo 136. - El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral.

Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.'

El referido artículo, 137, expresa:

'Artículo 137. - La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen.' (Subrayado de la Sala).

El correcto funcionamiento del Estado, sólo es posible cuando se parte de una atribución preestablecida de competencias, ejercidas conforme a un procedimiento determinado y con el pertinente sistema de relaciones de dichos órganos entre sí, todo lo cual es garantizado jurisdiccionalmente, en nuestro caso, por el Tribunal Supremo de Justicia, a fin de asegurar que la arquitectura organizacional constitucional y subconstitucional no sea alterada, de forma tal, de que ningún poder, pueda invadir el ámbito nuclear de los demás.

La lectura del artículo 336, eiusdem, contenido de las atribuciones constitucionales específicas de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, revela que es característica común a todos los órganos de los cuales emanan los actos susceptibles de conocimiento por dicha Sala el que sus atribuciones y su regulación orgánica se ha hecho en el propio texto constitucional.

Así lo encontramos en los diversos grupos de asuntos objeto del conocimiento de dicha Sala, en los cuales se observa tal característica, común a todos ellos”.

Analiza el fallo estos supuestos, contenidos todos en el citado artículo 336, señalando luego que del examen realizado a los literales se desprendería que

“...estando referidas las atribuciones de la Sala Constitucional a actuaciones u omisiones que sólo pueden producirse por órganos del Poder Público que tienen señaladas sus atribuciones para producir tales actos u omisiones, -en el propio texto constitucional-, resulta forzoso considerar como supuesto de identificación de la controversia constitucional, en relación al tema que nos ocupa, que los sujetos entre los cuales se presente la misma, sean aquellos que tienen asignada en forma expresa, atribuciones para tales actuaciones o normas en el propio texto constitucional, esto es, instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se contiene en el propio texto constitucional, a diferencia de otras, en las que la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario.”

La jurisprudencia española nos ilustra en este punto, cuando señala:

'El orden jurídico-político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ellas un núcleo o reducto indispensable por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional y las normaciones que las protegen son, sin duda, normaciones organizativas, pero a diferencia de lo que sucede con las instituciones supremas del Estado, cuya regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional, en estas la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario, al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre. Tales son los límites para su determinación por las normas que la regulan y por la aplicación que se haga de estas.

En definitiva, la única interdicción claramente discernible es la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace’.

Adicionalmente el hecho de que la controversia constitucional entre órganos del Poder Público, debe referirse a órganos con atribuciones y regulación orgánica se hace en el propio texto constitucional por tratarse de las instituciones supremas del Estado, se deriva igualmente de que todos los actos y asuntos que conoce la Sala Constitucional en forma estatutaria constitucional se refiere a la ejecución inmediata y directa de la Constitución, por lo cual resulta forzoso concluir que la atribución de protección a la Constitución consagrada como denominador del Título respectivo, sólo puede darse cuando se trata del ejercicio de tales atribuciones, por las constituciones Supremas de los Estados, por ser materia propia de aquella ejecución y de esta protección.-(Sent. 32/1981 28 julio 1981 TC).

Al tratarse de un órgano del Poder Público, y la referencia vale para cada uno de los envueltos en la controversia, el origen de la controversia debe surgir de una declaración expresa de voluntad emanada del mismo conforme a las normas adjetivas y sustantivas para producirla.

En consecuencia, en su carácter de órganos del Poder Publico, la manifestación de voluntad necesaria para expresar la voluntad del ente deberá producirse conforme a las normas para la formación de dicha voluntad y emanar, consecuentemente, de quienes en virtud de norma expresa tuvieron la atribución de declararla, conforme a lo dispuesto en los artículos 137, 138 y 139 de la Constitución, sin que pueda entenderse que puedan plantear la controversia y ser partes en la misma, los funcionarios o unidades que la integran, o entre ellas o ellos mismos, vinculadas en una relación de jerarquía dentro del órgano respectivo o, cuando una de las partes no tuviera el señalado carácter de órgano público.

De lo expuesto se desprende, que no estaremos en presencia de la controversia constitucional a que se refiere la norma bajo examen, cuando las partes en la misma no poseen el carácter de órganos del Poder Público, con atribuciones consagradas en el texto Constitucional, lo cual excluye no sólo a particulares, sino también a funcionarios vicarios o quienes no posean el carácter de órganos, aun cuando por virtud de norma expresa tengan atribuidas funciones públicas o sean autoridad pública.

En todo caso, la nítida separación constitucional entre órganos y sujetos físicos que elaboran y expresan la voluntad de aquellos, impide aceptar como controversia constitucional las manifestaciones y/o declaraciones de voluntad que no emanen del órgano conforme a los procedimientos de formación de dicha voluntad” (destacado y subrayado de la sentencia).

Luego, explica el referido fallo:

“La literatura constitucional que ha comenzado a aparecer en nuestro país, entiende como controversia constitucional la relativa a las atribuciones de los órganos del Poder Publico Nacional, Estadal y Municipal.

La derogada Constitución de 1961, (art 215, ordinal 8°) no distinguía entre controversias constitucionales y administrativas, y con referencia a las entidades publicas territoriales, atribuía la competencia para dirimirlas a la Sala Político Administrativa (LOCSJ:42, 13° y 22°, en concordancia con el articulo 43), entendiendo como controversias administrativas aquellas que surgían entre autoridades políticas y administrativas ‘con motivo de sus funciones’ (LOCSJ: 42,22°)

Una visión general del tratamiento del tema en el Derecho Constitucional Comparado nos revela que para algunos, los conflictos entre poderes del Estado son aquellos ‘que pueden surgir por la alteración del sistema formal de competencias establecido en normas constitucionales, entendiendo que las competencias o atribuciones se adjudican precisamente a unos u otros ‘órganos’ en garantía del equilibrio constitucional’.

‘En el Derecho Italiano, Zagrebelsky, por ejemplo, interpreta que, a imagen de criterios administrativistas, los órganos constitucionales tienen asignadas competencias o funciones propias cuya invasión, por actos u omisiones ajenas, esta en la base de la controversia. PIETRO VIRGA, tras reconocer que el conflicto de atribuciones surge ‘cuando un órgano usurpa o pretende usurpar las funciones que corresponden a otro’ exige que, de una parte, el conflicto interese la competencia de al menos un órgano constitucional y, de otra parte, que surja en torno a la aplicación o interpretación de normas constitucionales y, PERGOLESI añade que para poder hablar de controversia constitucional ‘debe tratarse de conflictos jurídico-formales, no esencialmente políticos’.

‘En el Derecho Alemán, para otros, al comentar ‘la Ley fundamental alemana y su norma de desarrollo que habla del ‘alcance de los derechos y deberes de los órganos federales supremos’, y la doctrina, al interpretar esta cuestión, entiende, sin discrepancias notables, que existe una profunda equivalencia entre ‘derechos y deberes’ y ‘competencias o atribuciones’, para inmediatamente señalar que allí donde se produce cualquier alteración de las relaciones jurídico-constitucionales surge el conflicto objeto de conocimiento por el Tribunal Constitucional’.

En el Derecho Español, se señala que basta partir del ‘los objetivos o finalidad que persigue el sistema conflictual’. ‘Si la Constitución es una norma jurídica y la primera de las normas del ordenamiento entero’ su contenido esta basado fundamentalmente en derechos y obligaciones que se traduce, para los complejos orgánicos, en ‘competencias’, ‘funciones’ o ‘atribuciones’ determinadas positivas o de hacer y correlativamente negativas o de no hacer, en íntima dependencia con la peculiar situación asignada a cada uno de esos complejos orgánicos’.

GARCIA DE ENTERRIA al comentar a OTTO BACHOF expresa que los conflictos entre órganos constitucionales son decididos como cuestiones jurídicas y no políticas, puesto que ‘en toda interpretación de una norma hay una conformación de esta norma y que el juicio de valor judicial entraña una decisión originaria sobre el orden jurídico’ (Bermejo Vera).

De allí que podamos afirmar que cuando determinados sujetos adoptan decisiones que no le corresponden ex suprema lege o según el ordenamiento subconstitucional y correlativamente, esas decisiones competen a otro de dichos sujetos, quedando planteado el conflicto objetivamente, el cual será constitucional en el primer caso o administrativo en el segundo, creándose el substrato que subyace a la transformación del conflicto político a la controversia constitucional o administrativa, mediante la debida postulación entre dichos sujetos de conocimiento discrepante del otro y, una vez formulada tal postulación transformadora del conflicto en controversia, queda investido el Tribunal Supremo de Justicia, del poder jurisdiccional para dirimirlo.

Una vez transformado el conflicto político en controversia jurídica, corresponderá al Tribunal decidir a qué sujeto corresponden las atribuciones ya constitucionales o administrativas controvertidas, trátese de la adopción de decisiones asumiendo atribuciones, de indebida asunción de atribuciones o de actos ejecutados por invasión de atribuciones.

En nuestro sistema conflictual se persigue restablecer el equilibrio constitucional o subconstitucional alterado, cualquiera que fuera el modo de dicha alteración, siempre que se produzca una situación sin salida, manifestada por la recíproca comunicación de la discrepancia que transforma el conflicto en controversia, por el indebido ejercicio de competencias o del no ejercicio de atribuciones, que en última instancia señala al Tribunal Supremo de Justicia para pronunciar la decisión que coloque a cada sujeto en su lugar.

De allí que un conflicto será administrativo, cuando planteada una discusión razonada entre órganos o entes públicos, con el carácter de controversia, los sujetos no sean órganos con atribuciones y diseño organizacional consagrado en la propia Constitución y el thema decidendum se refiera a atribuciones y competencias de consagración subconstitucional” (destacado de la Sala).

Por otra parte, la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia ha resuelto verdaderas controversias suscitadas entre poderes públicos y, en tal sentido, ha definido y explicado la disposición constitucional que la regula.

Así, en relación con las controversias constitucionales a que se refiere el numeral 9 del artículo 336 de la Constitución, esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse, con ocasión de un conflicto suscitado entre órganos del Poder Público, como lo son el Poder Ejecutivo Nacional y la Alcaldía Metropolitana de Caracas. En tal sentido, la Sala estableció lo siguiente:

“Se trata, así, de una controversia entre autoridades públicas, esto es, órganos investidos legítimamente de potestades públicas; las mismas se encuentran en la cima de sus respectivos niveles de influencia; el conflicto gira en torno al contenido y a los límites en que debe ser cumplida una competencia constitucional que es común a ambos, esto es, que les ha sido atribuida por la propia Constitución a los distintos niveles en que se estructuran los órganos del Poder Público (Nacional, Estatal y Municipal); y, por último, según afirma el solicitante, las actuaciones que denuncia realizadas por el Ministerio del Interior y Justicia, lo excluyen de ejercer su propia atribución, lo cual se habría evidenciado con el nombramiento de una nueva directiva en dicho cuerpo y con la prohibición de acceso a las autoridades relevadas y al Alcalde Metropolitano a los establecimientos intervenidos.

Es decir, la dirección de dicho cuerpo policial, ya sea a través del ejercicio normal de una competencia o por imperio de una intervención administrativa, en cabeza de alguno de los órganos involucrados, excluiría la participación del otro, lo cual es un elemento característico de este tipo de controversias.

Tomando en cuenta estas premisas, la Sala es del criterio que, a la luz del artículo 336.9 de la Constitución, conforme al cual es competente para ‘Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público’, la situación planteada en virtud de sus características debe tramitarse a través del medio procesal en que se resuelve dicha potestad. Así se establece”. (sentencia n° 3.191 del 11 de diciembre de 2002)

Asimismo, en sentencia n° 2.296 del 16 de noviembre de 2001 (caso: Mónica Fernández) la Sala sostuvo:

“De la transcripción de la norma anterior [numeral 9 del artículo 336 de la Constitución], se observa que es a esta Sala a quien corresponde dirimir aquellas controversias de carácter constitucional que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público. En el caso presente, tal como se ha señalado en la parte narrativa, se ha denunciado una interferencia por parte del Poder Legislativo, Poder Moral, y Poder Ejecutivo en el Poder Judicial, por lo tanto, corresponde a esta Sala el conocimiento de la presente denuncia, y así se declara”.

Ahora bien, de los anteriores razonamientos surge como conclusión que no debe confundirse al conflicto de anormalidad institucional, contemplado en el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal con cualesquier otro tipo de controversias o conflictos en que participen los Poderes Públicos, bien sea de carácter administrativo o constitucional, pues atienden a situaciones distintas y, a pesar que el régimen que delimita y regula las “*controversias administrativas*” y las “*controversias constitucionales*” está contenido en la nueva Constitución y aquél es preconstitucional, la Sala considera que el contenido en la citada Ley Orgánica en nada contraría a la resolución de estas controversias y que, por el contrario mantener su vigencia, cumple una conveniente función dentro de un régimen tan especial como lo es el municipal, aunado a que los sujetos involucrados en tales figuras son absolutamente diferentes, aunque no se excluye la posibilidad de que una situación conflictiva suscitada en un Municipio o que afecte de alguna manera sus actividades pudiera llegar a ser una controversia constitucional, si fuere el caso.

Puede decirse, sin embargo que en general, mientras en los conflictos suscitados en los municipios se encuentran involucrados sujetos de ese mismo nivel local, indistintamente de la específica legitimación que establece la norma, y es la ley la que regula el supuesto, en los demás, los órganos involucrados pertenecen a poderes o niveles estatales distintos, es decir que la controversia se plantea entre la República, algún Estado, Municipio u otro ente público, cuando la otra parte sea alguna de esas mismas entidades (266.4), o entre cualesquiera de los órganos del Poder Público (336.9), siendo la Constitución la que disciplina tal situación.

De derecho comparado tenemos que en España, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional contiene una regulación “de los conflictos constitucionales”, la cual abarca dos supuestos conflictuales: entre el Estado y las Comunidades Autónomas o de estas entre sí, y entre órganos constitucionales del Estado.

*“En ambos casos, los procesos conflictuales se distinguen con claridad de los procesos de amparo y inconstitucionalidad. Mientras en los conflictos se pretende resolver las divergencias sobre competencias o atribuciones de varios órganos o entes, derivadas de una distinta interpretación de las normas constitucionales, la pretensión de los otros dos procesos es bien distinta: controlar en abstracto la regularidad de una norma inferior respecto de otra superior, o bien proteger a los ciudadanos frente a violaciones de sus derechos y libertades ocasionadas por los poderes públicos. Aunque deba admitirse que la riqueza en casos fronterizos que otorga la realidad pueda hacer tambalear a veces estos principios (piénsese, p.ej., en el debate en torno a la naturaleza de los supuestos previstos en el art. 67 L.O.T.C). (Vid. García Roca F. Javier, *El Conflicto Entre Órganos Constitucionales*, Editorial Tecnos, 1987).*

Valgan tales afirmaciones para el caso venezolano con las modificaciones correspondientes, pero como se observa partiendo del contenido expuesto, es decir, de las situaciones que pretende regular, puede decirse que en nada se asemeja a la situación que pretende regular el instituto contenido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, al que la Sala se ha referido y al que se refiere el caso de autos. Basta con observar, para ello, la situación que en él se plantea.

De tal forma que, “[e]n caso de surgir una situación que amenace la normalidad institucional de un Municipio” al no provenir de una controversia suscitada con otro órgano del Poder Público, y no tratarse de una cuestión de carácter constitucional que suponga la ejecución directa e inmediata del Texto Fundamental, es decir, el asunto debe tramitarse ante una instancia distinta de esta Sala Constitucional, bien sea a través del régimen de controversias administrativas, establecido en la Constitución, siéndole aplicable a los artículos 138 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, o el que disponga la nueva Ley o a través del mecanismo contenido en la Ley Orgánica de Régimen Municipal a tal efecto.

Sin embargo, considera la Sala imprescindible advertir que existe otra figura jurídica absolutamente distinta que, si bien puede crear una situación que amenace la normalidad institucional de un municipio o tenga relación con la legitimidad de las autoridades municipales, no debe confundirse con aquella. Se trata de la situación regulada en la misma Ley Orgánica de la forma que sigue:

“Artículo 69.-El Alcalde quedará suspendido en el ejercicio del cargo cuando el Concejo o Cabildo, por decisión expresa y motivada y con el voto de las tres cuartas (3/4) partes de sus integrantes, impruebe la Memoria y Cuenta de su Gestión Anual. En este mismo acto, El Concejo o Cabildo Convocará a un Referéndum que se realizará en un Plazo Máximo de treinta (30) días, para que el Cuerpo Electoral Local se pronuncie sobre la revocatoria o no del mandato del Alcalde. Durante la suspensión, las funciones atribuidas al Alcalde serán ejercidas por el Concejal que designe la Cámara. Si el electorado se pronuncia por la revocatoria del mandato, se aplicará lo previsto en el artículo 54 de esta Ley sobre falta absoluta; caso contrario, el Alcalde reasumirá sus funciones”.

Esta norma, sin embargo, al ser preconstitucional y no adaptarse a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 1999, es evidente que no se corresponde con la disposición contenida en el artículo 72 de este instrumento normativo, de allí que aquella ha devenido inconstitucional, como lo señaló la Sala en la sentencia antes citada n° 579 del 22 de marzo de 2002 (caso: Antolín del Campo) en la que sostuvo:

“En cuanto al alegado conflicto entre el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala observa que la iniciativa para el referendo revocatorio no es competencia del Concejo Municipal, a quien sólo incumbe la iniciativa para el referendo consultivo en ‘materias de especial trascendencia municipal y parroquial’, a tenor de lo dispuesto en el artículo 71 eiusdem. Tratándose, por tanto, de un referendo revocatorio, cuya iniciativa corresponde a un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras según el artículo 72 de la misma Constitución, es claro que la iniciativa consagrada en el artículo 69 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal (iniciativa del Concejo en caso de no aprobación de la Memoria y Cuenta del Alcalde) colide con la iniciativa popular prevista en el artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y así se declara”.

Por tanto, esta Sala en esta ocasión ratifica tal criterio. Así se decide.

No obstante, esta Sala Constitucional debe aclarar que la incompatibilidad del artículo 166 de la Ley Orgánica del Régimen Municipal con los artículos 266.4 y 336.9 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declarada en la citada sentencia n° 579/2002, se refiere a las controversias constitucionales cuya competencia ha sido atribuida a la Sala Constitucional por el artículo 336.9, y no a las controversias administrativas que, según el artículo 266.4 eiusdem corresponden a la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, pues, de acuerdo con los razonamientos expuestos, la norma no colide con el nuevo orden constitucional y, por el contrario evita que, situaciones de anormalidad de la vida local de un Municipio, que no constituyen conflicto constitucional alguno, sean resueltas por esta Sala. Así se declara expresamente.

De tal manera que, los hechos planteados en el caso *sub júdice* no pueden ser considerados o subsumibles en una controversia constitucional, de las contenidas en el numeral 9 del artículo 336 de la Constitución vigente, toda vez que ésta se limita, como quedó expuesto, a la resolución de conflictos entre órganos del Poder Público con relación al ejercicio de las atribuciones que le otorga la Constitución, en su parte orgánica, siendo por tanto un conflicto que debe resolverse, de ser procedente, de conformidad con el artículo 166 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, fijándose en consecuencia un nuevo criterio en relación con este tipo de conflictos originado en el seno del Poder Municipal. Así se decide.

Por los argumentos expuestos, esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia se declara incompetente para conocer de la presente solicitud y, en consecuencia, de conformidad con el criterio sostenido tanto por la Sala Electoral, como por la Sala Político Administrativa y por la Sala Plena de este Supremo Tribunal, y en abandono de cualquier interpretación de esta misma Sala que hubiese decidido lo contrario, se declara incompetente para resolver el conflicto a que se refiere el caso de autos, no acepta la declinatoria efectuada por la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal y, en virtud del criterio vinculante contenido en el presente fallo, declara competente para conocer del mismo a la Sala Electoral de este mismo Tribunal para resolverlo, a la cual se ordena remitir el presente expediente.

Así se declara finalmente.

4. *Recurso de Interpretación Constitucional*

TSJ-SC (3215)

15-6-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Interpretación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala Constitucional desarrolla los elementos que deben concurrir para interpretar una norma jurídica. Señala además que la interpretación constitucional debe siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los derechos humanos, el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forman parte del bloque de la constitucionalidad.

Establecido lo anterior, resta señalar que en anteriores oportunidades (ver sentencia n° 2714 del 30 de octubre de 2002, caso: Delitos de lesa humanidad), esta Sala ha destacado la necesidad de interpretar las disposiciones constitucionales en concordancia con el resto de la Carta Magna, considerada ésta *in totum*. En ese sentido, la Constitución, contentiva de las reglas de más alta jerarquía dentro del sistema jurídico, funciona como un conjunto de principios de derecho (Cfr. J. Wróbleski, *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Civitas, trad. de Arantxa Azurza, Madrid, pp. 112-113), cuya supremacía y efectividad deben ser garantizadas por esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Siendo ello así, la interpretación constitucional solicitada, la cual versa sobre el sentido y alcance del artículo 72 del Texto Fundamental, se efectuará con especial atención a las demás normas y principios recogidos en la vigente Constitución.

Interpretación Extensiva y Derechos Fundamentales.

1.- La interpretación constituye la operación jurídica básica dentro del conjunto de actividades que conllevan a la aplicación del derecho por parte del juez (Luis Díez-Picazo, *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*, Ariel, 3^{ra} Ed., Barcelona, pp. 235-246), y tiene siempre por objeto precisar el sentido y alcance de una norma jurídica. Dicha operación siempre sitúa al intérprete ante una serie de opciones y variantes y, según se siga en uno u otro sentido, la solución del caso puede ser diferente.

Savigny, "Metodología Jurídica", *Clásicos del Derecho y Ciencias Sociales* n° 2, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1994, p. 187) apuntó que para interpretar una norma jurídica se deben tomar en consideración ciertos elementos, todos concurrentes, a saber, el gramatical, el lógico o teleológico, el histórico y el sistemático.

El primero de los elementos mencionados atiende al significado de las palabras de la norma y de la conexión de éstas entre sí; el segundo, proviene de rechazar toda interpretación que conduzca al absurdo, así como a tomar en cuenta la finalidad de la institución prevista en la norma; el tercero, parte de la indagación de la voluntad del creador de la norma, plasmada en los debates previos a su promulgación; y el cuarto, implica que el derecho es un sistema, por lo que mal puede considerarse que existe norma alguna aislada de dicho sistema y, en consecuencia, el análisis de la norma en cuestión debe efectuarse en interconexión con el resto del ordenamiento, especialmente con la Constitución, contentiva de los principios y normas de más alta jerarquía dentro del ordenamiento.

La interpretación judicial, igualmente, puede ser de dos formas, a saber, declarativa o modificativa. La primera supone que la intención del legislador coincide con lo expresado en la ley, y la segunda, por el contrario, presume un desajuste entre el nivel gramatical y el nivel lógico o significativo, por lo que el intérprete está llamado a corregir la forma gramatical, dada su incongruencia con la intención de quien dictó la norma en cuestión.

La interpretación modificativa, a su vez, puede ser de tres tipos, extensiva, restrictiva, o abrogante. El primer tipo supone que el desajuste entre la expresión gramatical y el nivel lógico se produjo toda vez que el legislador dijo menos de lo que, efectivamente, deseaba decir; el segundo supone lo contrario, es decir, que el legislador dijo más de lo que quería; y el tercero, consiste en enervar la aplicación de una norma determinada.

Existe, sin embargo, una restricción para el empleo de la interpretación modificativa, contenida en el aforismo romano *favorabilia amplianda*, odiosa restringenda, según el cual las disposiciones de carácter prohibitivo deben ser interpretadas restrictivamente y aquéllas favorables a las libertades consagradas en el ordenamiento deben serlo extensivamente. Semejante argumento se aplica para las disposiciones de carácter especial. Al respecto Karl Larenz señala lo siguiente:

“Se tiene que evitar que, mediante una interpretación demasiado amplia de las disposiciones excepcionales, o mediante su aplicación analógica, la intención del legislador se trueque finalmente en lo contrario a ella (...). Aquí es decisiva de nuevo la razón por la que el legislador ha exceptuado precisamente esos casos. Acerca de ello darán información, sobre todo, las ideas normativas de las personas que tomaron parte en la legislación. Si éstas se dirigen exclusivamente a un determinado grupo de casos, la interpretación tampoco debería incluir nuevos casos cuando esto no fuera posible según el sentido literal de los términos elegidos; pues, de lo contrario, se habría infringido el principio de igual trato a lo de igual sentido” (Trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, pp. 352-353).

Conclusión de lo dicho, el arte de la interpretación jurídica tiene una serie de elementos concurrentes, así como diversos métodos, los cuales orientarán la labor del intérprete respecto del sentido que otorgará a la norma jurídica bajo análisis. Igualmente se concluye que la argumentación jurídica debe hacerse *favor libertatis* y acorde con los principios y derechos recogidos en el Texto Constitucional.

2.- En su artículo 2, el Texto Fundamental propugna la preeminencia de los derechos humanos como principio superior del ordenamiento jurídico de la República Bolivariana de Venezuela y, congruente con tal principio, los artículos 22 y 23 *eiusdem* disponen lo siguiente:

“Artículo 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

“Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público”.

De los artículos *supra* transcritos se desprende que la interpretación constitucional debe siempre hacerse conforme al principio de preeminencia de los derechos humanos, el cual, junto con los pactos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela relativos a la materia, forma parte del bloque de la constitucionalidad.

5. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

TSJ-SC (442)

23-3-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Revisión de sentencia (Ismael García)

Las sentencias sobre las cuales la Sala Constitucional ejerce su potestad de revisión, incluye no sólo los fallos dictados en amparos autónomos, sino también los pronunciados en sede cautelar, siempre que sean definitivamente firme.

Esta Sala se ha pronunciado acerca de la facultad que posee para revisar las actuaciones de las demás Salas de este Supremo Tribunal que contraríen las normas y principios contenidos en la Constitución, así como aquellas que se opongan a las interpretaciones que sobre tales, haya realizado esta Sala Constitucional, en ejercicio de las atribuciones conferidas de forma directa por el Texto Constitucional, según se desprende del dispositivo contenido en el numeral 10 del artículo 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, no obstante la ausencia de desarrollo legislativo al respecto (*vid.* sentencias números 1312/2000, 33/2001 y 192/2001).

La Sala ha señalado que tal facultad de revisión persigue garantizar el cumplimiento, vigencia y respeto de los postulados constitucionales, así como la integridad de la interpretación, en tanto se trata de una Sala con facultades expresas para tal función, concebida como un órgano especializado para ello. Sin embargo, aun cuando la Sala posee los más amplios poderes de revisión sobre aquellas decisiones en las que el ordenamiento constitucional permite su intervención, no se trata de una potestad genérica e irrestricta, en el sentido que pueda revisar cualquier decisión, antes bien, debe tratarse de específicas sentencias que, en todo caso, serán precisadas en la legislación que se dicte.

Igualmente, se estima oportuno señalar el criterio sostenido en sentencia n° 93/2001 del 6 de febrero, caso: Corpoturismo, cuando, en atención a lo dispuesto en el artículo 336, numeral 10 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispuso que:

“Sólo de manera extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, esta Sala posee la potestad de revisar lo siguiente:

1. Las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional de cualquier carácter, dictadas por las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia y por cualquier juzgado o tribunal del país.
2. Las sentencias definitivamente firmes de control expreso de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas por los tribunales de la República o las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia.
3. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país apartándose u obviando expresa o tácitamente alguna interpretación de la Constitución contenida en alguna sentencia dictada por esta Sala con anterioridad al fallo impugnado, realizando un errado control de constitucionalidad al aplicar indebidamente la norma constitucional.
4. Las sentencias definitivamente firmes que hayan sido dictadas por las demás Salas de este Tribunal o por los demás tribunales o juzgados del país que de manera evidente hayan incurrido, según el criterio de la Sala, en un error grotesco en cuanto a la interpretación de la Constitución o que sencillamente hayan obviado por completo la interpretación de la norma constitucional. En estos casos hay también un errado control constitucional”(subrayado de este fallo).

Siendo esto así, esta Sala observa que la solicitud de revisión que nos ocupa, fue interpuesta contra la sentencia n° 24 dictada por la Sala Electoral Accidental de este Tribunal Supremo de Justicia, el 15 de marzo de 2004, la cual declaró con lugar una acción de amparo constitucional ejercida conjuntamente con recurso contencioso-electoral de nulidad contra diversos actos dictados por el Consejo Nacional Electoral, respecto de los cuales, se denunció infracción constitucional como consecuencia de presuntas violaciones de los derechos a la defensa y al debido proceso.

Ahora bien, esta Sala en anteriores oportunidades ha declarado que no ha lugar a las solicitudes de revisión de sentencias referidas a pretensiones de amparo cautelar, cuando penden de una causa principal que cursa ante el mismo tribunal que la profirió, dado la pendencia de pronunciamiento definitivo sobre el mérito de la controversia (*Vid.* sentencia n° 2858/2003 del 3 de noviembre, caso: Arnoldo José Echegaray Salas). No obstante, la decisión cuya revisión se solicita, en virtud de que frente a ella no hay posibilidad de ejercer recurso de apelación ni posibilita la consulta prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no es susceptible de impugnación por vía de los medios judiciales ordinarios, por lo que adquiere carácter de sentencia definitivamente firme, aunque haya sido proferida en sede cautelar.

Aunado a lo anterior, la doctrina establecida por esta Sala Constitucional en el fallo n° 93/2001, antes citado, respecto a las sentencias sobre las cuales la Sala ejerce su potestad de revisión, incluye no sólo los fallos dictados en amparos autónomos, sino también los pronunciados en sede cautelar, siempre que sea definitivamente firme.

En virtud de la anterior denuncia y en atención a la doctrina citada *supra*, esta Sala considera pertinente asumir su competencia para conocer y decidir la revisión solicitada. Así se declara.

6. Acción de Amparo Constitucional

A. Competencia

TSJ-SE (30)

30-3-2004

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: José Polanco, Luis Alberto Medina y otros vs. Comando Táctico Nacional del Movimiento Quinta República, y las diferentes Alcaldías del Estado Aragua.

En cuanto a la competencia, la Sala Electoral reitera que aquellas acciones de amparo constitucional ejercidas de manera autónoma contra actuaciones que se reputen violatorias de los derechos y garantías consagradas en la Constitución, y que tengan relación con el ejercicio de los mecanismos de participación pública conceptuadas dentro de los nuevos postulados constitucionales que garantizan el respeto al sufragio activo y pasivo, a la participación y al protagonismo de la ciudadanía, y a la asociación de los ciudadanos en organizaciones políticas, no provenientes del Consejo Nacional Electoral, como órgano rector de ese Poder, deben ser conocidas y tramitadas por esa, órgano jurisdiccional que detenta el monopolio del conocimiento de los recursos contencioso electorales, según se desprende del artículo 297 del Texto Fundamental.

Corresponde a esta Sala como punto previo pronunciarse acerca de su competencia para conocer la presente acción de amparo, y al efecto se observa que en sentencia del 10 de febrero de 2000, este órgano jurisdiccional configuró su marco competencial, estableciendo que le corresponde en forma exclusiva y excluyente el control de la legalidad y la constitucionalidad de los actos sustancialmente electorales, emanados de los órganos del Poder Electoral, así como de los órganos competentes de los entes enumerados en el artículo 293, numeral 6, de la Constitución, dejando entendido que en el caso de amparo constitucional, conoce del mismo cuando fuese ejercido conjuntamente con el recurso contencioso electoral (amparo cautelar). Por otra parte, en el mismo fallo quedó establecido que esta instancia también es competente para conocer:

“3. Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra actos, actuaciones u omisiones relacionados con los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en lo político”.

Ahora bien, consciente de la situación derivada del monopolio que ejercen tanto la Sala Constitucional, como esta Sala en los ámbitos competenciales referidos, determinada por el hecho de que los actos, actuaciones y omisiones de algunos órganos electorales pertenecientes al Poder Electoral, distintos al Consejo Nacional Electoral, como de los entes mencionados en el artículo 293, numeral 6, constitucional, no eran susceptibles de ser accionados mediante el amparo autónomo, al no encuadrar dentro de los órganos tipificados -o equivalentes constitucionales- enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y que la jurisdicción contencioso electoral en la actualidad está conformada únicamente por esta Sala Electoral, la misma en resguardo del derecho previsto en el artículo 27 de la Constitución, dictó sentencia en fecha 26 de julio de 2000, estableciendo que:

“...hasta tanto se dicte la correspondiente ley y la Sala Electoral sea el único órgano integrante de la jurisdicción contencioso electoral, le corresponderá conocer las acciones de amparo autónomo contra los actos, actuaciones u omisiones sustantivamente electorales de los titulares de los órganos distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que lógicamente detentan competencia en materia electoral, e igualmente le corresponde conocer las solicitudes de amparo cautelar que en su ámbito de competencia material sean interpuestas conjuntamente con recursos contencioso electorales. Así se decide”.

De lo antes expuesto se colige, entonces, que aquellas acciones de amparo constitucional ejercidas de manera autónoma contra actuaciones que se reputen violatorias de los derechos y garantías consagradas en la Constitución, y que tengan relación con el ejercicio de los mecanismos de participación pública conceptuadas dentro de los nuevos postulados constitucionales que garantizan el respeto al sufragio activo y pasivo, a la participación y al protagonismo de la ciudadanía, y a la asociación de los ciudadanos en organizaciones políticas, no provenientes del Consejo Nacional Electoral, como órgano rector de ese Poder, deben ser conocidas y tramitadas por esta Sala Electoral, órgano jurisdiccional que detenta el monopolio del conocimiento de los recursos contencioso electorales, según se desprende del artículo 297 del Texto Fundamental.

Asimismo, observa esta Sala que la sentencia del 30 de junio de 2000 (caso Damacio Ramos y otros vs Comisión Electoral Nacional Primaria del MAS), determina la competencia de este órgano para conocer de acciones de amparo constitucional interpuestas autónomamente en contra de las decisiones emanadas de los órganos electorales de tales entes, en lo relativo a los procesos comiciales para la escogencia de sus autoridades, toda vez que señaló:

“...siendo que el presente caso tiene como objeto la acción de amparo contra de la decisión emanada de la Comisión Electoral Nacional Primaria del partido Movimiento al Socialismo (M.A.S.) de fecha del 21 de junio de 1995, relativa a la repetición de las elecciones de las autoridades de dicha organización con fines políticos, lo que basta para demostrar que encuadra en el marco de la doctrina jurisprudencial transcrita, y conduce a que esta Sala asuma la competencia para conocer y decidir el referido recurso, y en consecuencia acepta la declinatoria de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. Así se declara.”

En el presente caso la conducta denunciada es de naturaleza electoral, por cuanto los accionantes expresan que recurrieron al Comando Táctico Estatal y el Comando Táctico Municipal del Movimiento Quinta República para obtener información acerca de los mecanismos de elección de las candidaturas Municipales de las diferentes Alcaldías del Estado Aragua, habida cuenta de que, los concursos de elección para la selección de los precandidatos a Alcaldes Municipales fueron postergados en forma consecutiva, y que varios Directores Regionales y Directores Nacionales tomaron decisiones al respecto alejándose de la legitimidad, legalidad y constitucionalidad, por cuanto realizaron designaciones de manera particular, privada y unilateral, lo cual consideran que además de lesionar sus derechos políticos lesionan también sus derechos humanos, así como los derechos constitucionales consagrados en los artículos 5, 67 y 70 del Texto Fundamental.

En cuanto a la decisión impugnada, relativa a las designaciones realizadas, y al hecho que alegan los recurrentes respecto a que no pudieron ejercer su derecho a concurrir a los procesos electorales postulando candidatos o candidatas, hay que destacar que se relaciona con la etapa preparatoria del proceso electoral en referencia, por lo que también por esta razón este Órgano Jurisdiccional resulta competente para su conocimiento y decisión. En consecuencia, la Sala se declara competente para conocer de la presente acción de amparo constitucional, conforme a tales razonamientos y a los criterios jurisprudenciales antes citados, y así se decide.

TSJ-SE (25)

23-3-2004

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Pedro A. Matute y otros vs Junta Directiva club Campestre Paracotos.

Siendo los actos objetados sustancialmente electorales y por cuanto emanan de entes distintos a los previstos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la Sala Político Administrativa es competente para conocer de la causa.

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la admisibilidad de la presente acción de amparo constitucional, para lo cual resulta pertinente previamente revisar la competencia para conocer de la misma y a tal efecto se observa:

En este caso, la acción de amparo ha sido interpuesta contra la Junta Directiva y la Comisión Electoral de la Asociación Civil “Club Campestre Paracotos” por la supuesta violación de derechos constitucionales en la conformación de ésta última, así como la presunta violación de derechos constitucionales por parte de ésta al dictar el Reglamento Electoral para las elecciones para escoger a la nueva Junta Directiva de esa Asociación para el período 2004-2006. Así las cosas, observa este órgano judicial que en el presente caso se está en presencia de la impugnación de actos enmarcados dentro de un proceso electoral de una Asociación Civil, tema sobre el cual esta Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en situaciones análogas

a la presente, específicamente en el caso en que integrantes de la misma Asociación Civil “Club Campestre Paracotos” han planteado acciones de amparo constitucional de forma autónoma pronunciándose la Sala en los siguientes términos:

“...debe observarse que la conducta omisiva alegada por los accionantes como lesiva de sus derechos constitucionales, se le imputa a la actual Junta Directiva de la Asociación Civil sin fines de lucro Club Campestre Paracotos, sociedad que está comprendida entre aquellas organizaciones que el mismo texto constitucional refiere de la “sociedad civil” y que como entes de carácter estatutario, constituidos libremente por sus miembros, pueden darse su organización, normativa y gobierno, con las garantías constitucionales debidas que permitan su participación directa en las decisiones que le interesan a todos sus integrantes y entre ellas, la escogencia de sus autoridades a través de sistemas democráticos de participación, pudiendo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 293, numeral 6 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, solicitar al Consejo Nacional Electoral su intervención para organizar sus elecciones.” (Sentencia n° 127 del 1 de noviembre de 2000, caso Club Campestre Paracotos).

Dicho criterio jurisprudencial es aplicable al presente caso toda vez que se ha planteado la impugnación de normas de naturaleza electoral, contenidas en un Reglamento de igual naturaleza, emanado de la Comisión Electoral de la Asociación Civil “Club Campestre Paracotos”, dispositivos que, en criterio de la parte pretendidamente agraviada, vulnerarían sus derechos constitucionales en el marco del proceso electoral para escoger a la nueva Junta Directiva de dicho ente asociativo.

De este modo se observa que la razón para que esta Sala sea competente para conocer de esta causa se debe a que los actos impugnados se enmarcan dentro de un proceso electoral de una organización de la sociedad civil, los cuales pueden, a solicitud de éstas o por orden de esta Sala, ser organizadas por el Poder Electoral de conformidad con el ordinal 6 del artículo 293 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y por tanto su control jurisdiccional corresponde a la jurisdicción contencioso electoral de conformidad con el artículo 297 de dicha norma suprema. Así pues, siendo los actos objetados sustancialmente electorales y por cuanto emanan de entes distintos a los previstos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala se declara competente para conocer de la presente causa. Así se decide.

TSJ-SE (77)

27-5-2004

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Julian Fernando Niño G. vs. Universidad Experimental Politécnica. Antonio José de Sucre.

Siendo la norma objetada de contenido electoral y dos de los derechos constitucionales invocados como lesionados afines con la materia de la que conoce la Sala Electoral (derecho de participación en los asuntos públicos y derecho al sufragio), y visto asimismo que el acto cuya potencial aplicación se objeta provendría de una Comisión Electoral de una Universidad Experimental, ente distinto a los previstos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es decir, un ente corporativo incluido en una categoría comprendida dentro de los sujetos cuya actuación en materia electoral está sometida al conocimiento y control por parte de la jurisdicción contencioso electoral, la misma se declara competente para conocer de la presente causa.

Corresponde a esta Sala como punto previo pronunciarse acerca de su competencia para conocer de la presente acción de amparo constitucional interpuesta autónomamente, y al efecto se observa que, ante la inexistencia de desarrollo legislativo de las correspondientes normas constitucionales que instauran la jurisdicción contencioso electoral, este órgano judicial ha venido estableciendo su ámbito de competencias a través de su doctrina jurisprudencial. En efecto, en sentencia n° 2 del 10 de febrero de 2000 (caso Cira Urdaneta de Gómez), la Sala configuró el líneas generales su marco competencial partiendo de dos criterios fundamentales. El orgánico, referido al origen del acto, actuación u omisión, y el material o sustancial, concerniente al contenido del acto (materia electoral o de participación política), para de tal forma establecer que le corresponde en forma exclusiva y excluyente el control de la legalidad y la constitucionalidad de los actos, actuaciones y omisiones emanados de los órganos del Poder Electoral (criterio orgánico), así como de los órganos competentes de los entes enumerados en el artículo 293, numeral 6, de la Constitución, dejando entendido que en el caso del amparo constitucional, conoce del mismo cuando sea ejercido conjuntamente con el recurso contencioso electoral (amparo cautelar).

Adicionalmente mediante sentencia n° 90 del 26 de julio de 2000 (caso Caja de Ahorros y Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad Central de Venezuela), esta Sala asumió el monopolio competencial para conocer de las acciones de amparo constitucional interpuestas autónomamente contra los actos, actuaciones y omisiones sustantivamente electorales provenientes de los órganos o entes distintos a las autoridades enumeradas en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Ahora bien, dentro de esa línea jurisprudencial, que ha venido siendo desarrollada reiterada y pacíficamente por este órgano judicial y además acogida por la Sala Constitucional de este mismo Tribunal, debe ahora esta Sala Electoral considerar los lineamientos que aporta la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, vigente a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* n° 37.942 del 20 de mayo de 2004. En ese sentido, el artículo 5, en sus numerales 45 y 46, atribuye competencias específicas a esta Sala, y en los numerales 47 al 52, hace lo mismo con relación a las competencias comunes de todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, como se evidencia de una lectura concatenada del encabezamiento del precepto en cuestión y su primer aparte.

En cuanto a las competencias específicas de esta Sala, el dispositivo atribuye como competencias de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia:

45. Conocer los recursos que se ejerzan contra actos, actuaciones y omisiones relacionados con la constitución, denominación, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas con la designación de miembros de organismos electorales, con el Registro Electoral Permanente, con la postulación y elección de candidatos a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional;

46. Conocer de aquellos fallos emanados de los tribunales con competencia en materia electoral, que aun cuando no fueren recurribles en casación, violenten o amenacen con violentar las normas de orden público o cuando la sentencia recurrida sea contraria a la reiterada doctrina jurisprudencial de la Sala Electoral;

Y como competencia común a todas las Salas, establece las siguientes:

47. Conocer de cualquier controversia o asunto litigioso que le atribuyan las leyes, o que le corresponda conforme a éstas en su condición de más alto Tribunal de la República;

48. Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente;

49. Conocer de los recursos de hecho que le sean presentados;

50. Conocer de los juicios en que se ventilen varias acciones conexas, siempre que al tribunal esté atribuido el conocimiento de alguna de ellas;

51. Decidir los conflictos de competencia entre tribunales, sean ordinarios o especiales, cuando no exista otro tribunal superior y común a ellos en el orden jerárquico, remitiéndolo a la Sala que sea afín con la materia y naturaleza del asunto debatido;

52. Conocer del recurso de interpretación y resolver las consultas que se le formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, en los casos previstos en la ley, siempre que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.

Operado entonces un cambio en el marco legislativo que incide sobre las competencias de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, incluyendo ésta, resulta evidente que procede entonces examinar los criterios jurisprudenciales hasta ahora establecidos, a la luz de las disposiciones precitadas, lo que pasa esta Sala a hacer de seguidas, con la previa aclaración que la interpretación que haya de adoptarse deberá estar –lógicamente– presidida por el principio de supremacía constitucional (artículo 7 constitucional), y muy especialmente, por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales en lo que a la organización y funcionamiento de los órganos judiciales establece la Carta Magna, en consonancia con las tendencias del derecho constitucional moderno, como lo son, el derecho de acceso a la justicia, a la jurisdicción o tutela judicial efectiva, y el derecho a un proceso judicial sin dilaciones indebidas, recogidos en el artículo 26 constitucional, con su necesaria complementación en la garantía del debido proceso y de ser juzgado por un Juez Natural (artículo 49 numeral 4 constitucional). Al entramado normativo ya aludido se le añade la positivización que establece la Carta Magna del principio de legalidad (artículo 137) y de la universalidad del control jurisdiccional de todas las actuaciones de los órganos del Poder Público (artículo 259).

En ese orden de razonamiento, los lineamientos interpretativos sentados en las dos sentencias previamente invocadas, resultan de necesaria complementación a la lista competencial asignada a esta Sala por el novedoso texto legal. Al respecto, cabe señalar que las referidas normas de asignación competencial deberán ser armonizadas con las premisas establecidas por este órgano judicial en la sentencia del 10 de febrero de 2000 ya citada, en cuanto a que, una interpretación conforme a la Constitución (o desde la Constitución, en los términos empleados por la Sala Constitucional de esta máxima instancia judicial) de los preceptos de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, determina que la creación del Poder Electoral, sin lugar a dudas evidencia la voluntad inequívoca de la Ley Máxima de erigir a su vez una jurisdicción especial, con la competencia exclusiva y excluyente de controlar los actos, actuaciones y abstenciones de los órganos del mencionado Poder (criterio orgánico); al igual que ejercer el control judicial de los procesos electorales en los ámbitos de los ordenamientos particulares enunciados por la Constitución y de los diversos medios de participación política del pueblo. De allí la referencia a la necesidad (impuesta por la propia Constitución) de “...hacer valer la configuración normativa constitucional del Poder Electoral y su correspondencia con los órganos de control jurisdiccional erigidos por la propia Constitución (Jurisdicción Contencioso Electoral)...” a que se alude el texto de la sentencia del 10 de febrero de 2000, mediante la cual la Sala estableció los lineamientos generales en cuanto a su competencia, y que se vincula con la necesidad de establecer la jurisdicción contencioso electoral con las necesarias potestades y mecanismos procesales que permitan su operatividad como medio para garantizar la instrumentación ajustada al ordenamiento jurídico de los postulados constitucionales en materia electoral y de participación.

Bajo esas premisas conceptuales, se observa entonces, de la lectura del artículo 5 numeral 45 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que mediante éste se asigna competencia a este órgano judicial para el conocimiento de los recursos contra actos, actuaciones relacionados con la constitución, denominación, funcionamiento y cancelación de las

organizaciones políticas, con la designación de miembros de organismos electorales, con el Registro Electoral Permanente, y con la postulación y elección de candidatos a la Presidencia de la República y a la Asamblea Nacional.

Ahora bien, una interpretación apegada al mero elemento literal o gramatical del precepto, llevaría a concluir que, respecto a los procesos electorales de los otros cargos de elección popular en los diversos niveles político territoriales (Gobernadores, Diputados de Concejos Legislativos, Alcaldes Metropolitanos o Municipales, Concejales Metropolitanos o Municipales, Miembros de Juntas Parroquiales) y de órganos de representación en ordenamientos *supranacionales* (Parlamento Andino, Parlamento Latinoamericano), su control de constitucionalidad o legalidad no corresponde a esta Sala.

Sin embargo, es evidente que dicha tesis debe desecharse en virtud de una interpretación constitucionalizante del ordenamiento jurídico (y no simplemente de la Ley), en virtud de los señalamientos antes expuestos, toda vez que, como también señaló este órgano judicial, en su decisión ya citada del 26 de julio de 2000, el máximo Tribunal de la República está obligado a garantizar el pleno ejercicio de los derechos fundamentales -en este caso el de la jurisdicción- "*...soslayando cualquier obstáculo, independientemente de su origen: doctrinario, jurisprudencial o normativo...*".

Y es que no puede ser de otro modo, puesto que se trata de materias en las que por su propia naturaleza (y por expreso mandato constitucional), necesariamente su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso electoral, y por tanto, transitoriamente, a la Sala Electoral, máxima instancia -y única actualmente- de la jurisdicción contencioso electoral. De allí que esbozar siquiera una tesis interpretativa que conduzca a la exclusión de tales procesos y los actos, actuaciones y omisiones que en ellos se producen del control de constitucionalidad y legalidad de la Sala Electoral, simplemente atentaría contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en sus diversas manifestaciones, toda vez que se trataría de admitir la existencia de actos sin posibilidad de control judicial, lo cual es inaceptable en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2 constitucional).

Tal tesis además, desnaturalizaría la creación de la jurisdicción contencioso electoral y de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, lo cual es un expreso mandato constitucional que no puede ser obviado por el Legislador ni directamente, mediante la supresión de la respectiva organización administrativa que hoy día se materializa en la existencia y funcionamiento de la Sala Electoral hasta tanto se establezcan los demás órganos de la jurisdicción contencioso electoral, ni indirectamente, vaciando de contenido las competencias naturales de la Sala.

De tal manera que una interpretación literal y restrictiva del mandato de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia que tienda a esbozar que tal atribución competencial es la única que ostenta esta Sala Electoral, en definitiva, dejaría inoperantes los mecanismos de control de legalidad y constitucionalidad del ejercicio de los derechos fundamentales a la participación política y al sufragio (artículos 62 y 63 constitucionales), los cuales responden a una novedosa concepción en la Carta Fundamental, derivadas de la adopción del principio participativo como uno de los ejes vertebradores del funcionamiento de los órganos del Poder Público y su relación con la sociedad (artículos 5 y 6 de la Constitución, expresamente conceptuados como principios fundamentales), principio que a su vez encuentra su correlato orgánico y funcional en la instauración del Poder Electoral y de la jurisdicción contencioso electoral, como órganos del Poder Público llamados a instrumentar tales mecanismos y a controlar la adecuación a derecho de los mismos.

Se trata, en resumen, de la existencia en esta materia (como en muchas otras) de límites inmanentes a la libertad de configuración del Legislador, límites impuestos por la Carta Fundamental, *norma normarum* que informa y preside a todo el ordenamiento jurídico, a tenor de lo dispuesto en su artículo 7.

De allí que la tesis planteada por esta Sala, en cuanto a complementar las normas de asignación competencial contenidas en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia con los criterios fundamentales en materia de competencia que ha sentado este órgano judicial, además, mantiene la debida coherencia con los otros preceptos de la propia Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia también referidos a la materia de atribución de competencias.

En efecto, la aludida interpretación amplia y progresiva resulta armónica con el siguiente numeral del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, es decir, el 46, puesto que la atribución competencial que allí se establece requiere necesariamente del marco legislativo integral que regule la organización y funcionamiento de la jurisdicción contencioso electoral y que permita la creación de los órganos judiciales electorales o la atribución de competencias en esta materia a tribunales ya existentes. Por tanto, es evidente que, hasta tanto se dicte la legislación correspondiente, la atribución competencial contenida en el referido artículo 5, numeral 45, no puede entenderse como exhaustiva, además de por las razones ya esbozadas, por cuanto hasta tanto se dicte el marco legislativo en referencia, esta Sala sigue ostentando de forma exclusiva y excluyente y como máxima y única instancia, la competencia en materia contencioso electoral a nivel nacional y respecto a todos los procesos electorales y mecanismos de participación política, sin menoscabo de las competencias específicas de la Sala Constitucional en esta materia destinadas a materializar los mecanismos de operatividad del control de constitucionalidad en sus variadas formas.

Otro tanto puede decirse del artículo 5 numeral 47 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, contenido de una norma de atribución residual de competencia, de marcada importancia para la Sala Electoral, habida cuenta de que emplea la técnica del reenvío a otras leyes (que deben regular la materia electoral y de participación, y hasta tanto no se dicten éstas, a la parcialmente vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en todo lo que resulte coherente con el texto constitucional). De igual forma, resulta significativa la atribución competencial genérica en cuanto al conocimiento de aquellas materias que le correspondan conforme a la legislación, es decir, que por su naturaleza deba conocer aun en defecto de norma legal atributiva de competencia (tesis de las competencias implícitas). Cabe señalar que si el propio texto legal admite que la Sala Electoral ostenta competencias para conocer de asuntos que le corresponden por Ley (por supuesto, partiendo de una adecuada técnica interpretativa y tomando en cuenta que la asunción competencial por esta vía no ha de operar en detrimento del principio de legalidad), con mayor razón deberá conocer de los asuntos así determinados por la propia Constitución.

Todo lo ante expuesto lleva entonces a esta a Sala a concluir, y así lo establece expresamente, que, además de las atribuciones competenciales que le corresponden conforme a lo dispuesto en el artículo 5, numerales 46 al 52 (los dos primeros referidos a competencias específicas y exclusivas y los restantes a competencias comunes a todas las Salas de esta máxima instancia Judicial) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, hasta tanto se dicte la legislación correspondiente, a la misma le sigue correspondiendo conocer de los asuntos y materias enunciados en las dos sentencias antes citadas y en el ulterior desarrollo jurisprudencial que sobre ellas se ha sentado, a saber:

1. Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos, actuaciones y omisiones de los órganos del Poder Electoral, tanto los directamente vinculados con los procesos comiciales, como aquellos relacionados con su organización, administración y funcionamiento.
2. Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra los actos de naturaleza electoral emanados de sindicatos, organizaciones gremiales o colegios profesionales, organizaciones con fines políticos, universidades nacionales, y de otras organizaciones de la sociedad civil.

3. Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra actos, actuaciones u omisiones relacionados con los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en lo político.

4. Los recursos de interpretación que se interpongan con el objeto de determinar el sentido y alcance de la Ley Orgánica del Sufragio y de Participación Política, de otras leyes que regulen la materia electoral y la organización, funcionamiento y cancelación de las organizaciones políticas, en cuanto sean compatibles con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 numeral 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

De igual modo, hasta tanto se dicte la correspondiente ley y la Sala Electoral sea el único órgano integrante de la jurisdicción contencioso electoral, le seguirá correspondiendo conocer las acciones de amparo autónomo contra los actos, actuaciones u omisiones sustantivamente electorales de los titulares de los órganos distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que lógicamente detenten competencia en materia electoral, e igualmente de las solicitudes de amparo cautelar que en su ámbito de competencia material sean interpuestas conjuntamente con recursos contencioso electorales. Esta competencia se ejercerá en armonía con la interpretación que del artículo 5 numeral 18 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia realice en su oportunidad la Sala Constitucional. Así se decide.

Establecido lo anterior, otro punto que requiere de necesaria aclaración, y que esta Sala decide esclarecer de una manera preliminar desde ya en esta primera oportunidad de pronunciarse expresamente al respecto, es el referente a los procedimientos a emplearse en la tramitación de las causas que cursan o se intenten ante este órgano judicial. En ese sentido, el principio general que establece la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (artículos 18 quinto aparte; 19 segundo aparte y Disposición Derogatoria Única, literal b), es el que la regulación adjetiva de las pretensiones que se planteen ante las diversas Salas del Tribunal Supremo de Justicia es la contenida en el referido texto legal, salvo lo dispuesto en las correspondientes Leyes especiales.

Sin embargo, en el caso de esta Sala Electoral, lo cierto es que el recurso contencioso electoral encuentra su regulación fundamental en la parcialmente vigente Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, por lo que el reenvío a los procedimientos establecidos en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es sólo ante el vacío legislativo del primer texto legal. De igual forma, en lo concerniente a la tramitación de las acciones de amparo constitucional interpuestas autónomamente, es la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales el instrumento aplicable a la materia, la cual además ha venido a ser interpretada en armonía con el texto constitucional por la doctrina jurisprudencial de la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia, por lo que la regulación de esta especial vía procesal se atenderá en primer término, a los lineamientos planteados por esa Sala y en su defecto por las disposiciones de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y demás normativa aplicable.

Consecuencia de lo anterior, y en vista de que la regulación adjetiva contenida en la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia se dirige fundamentalmente a regular la tramitación de los recursos contencioso administrativos, partiendo de los lineamientos que en la materia contenía la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y habida cuenta entonces de que la normación del recurso contencioso electoral se encuentra fundamentalmente en la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, esta Sala continuará aplicando ese último texto legal (con las debidas adaptaciones al nuevo marco constitucional, como hasta ahora ha venido haciendo) y en su defecto, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y demás normativa procesal aplicable, hasta tanto se dicte la Ley de la Jurisdicción

Contencioso Electoral a que se refiere la Disposición Derogatoria Única, literal b, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, así como la legislación complementaria a ésta. Así se decide.

En tal razón, esta Sala expresamente señala que en los procedimientos que se ventilen ante ella mantendrá los criterios y aplicará las normas adjetivas como lo ha hecho a partir de su creación, sin menoscabo de ajustarse a las modificaciones que sobre aspectos concretos se hayan producido con motivo de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, ajustes que procederá a realizar en cada caso particular al plantearse la necesidad interpretativa. Así se decide.

Bajo las anteriores premisas, pasa esta Sala a pronunciarse sobre su competencia para el conocimiento de la presente causa, y a tal efecto observa que en este caso se ha interpuesto acción de amparo contra la amenaza de aplicación del párrafo único del artículo 79 del Reglamento General de la Universidad Nacional Experimental Politécnica “Antonio José de Sucre”, por considerar el accionante que la misma resulta violatoria del ejercicio de los derechos al sufragio, a la participación y a la igualdad ante la Ley.

Ahora bien, a fin de determinar la competencia de esta Sala Electoral para conocer y decidir la presente acción, se observa que en el contexto de las novedosas premisas esbozadas en este fallo, permanece inalterado el criterio tantas veces reiterado por este Alto Tribunal, conforme al cual la competencia para conocer de la acción de amparo constitucional viene determinada, en principio, por una suerte de paralelismo competencial, es decir, por la aplicación de un criterio material o sustantivo y por un criterio orgánico, orientado el primero por la materia afín con la naturaleza del derecho o garantía constitucional que se considera vulnerado (criterio de afinidad), y, el segundo, por el órgano o la persona a quien se le imputa la conducta lesiva, es decir, se trata de un elemento de carácter subjetivo. Ello, al entender que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales estableció que será competente en vía de amparo el mismo Tribunal que lo sería en el caso concreto si el interesado hubiese utilizado las vías jurisdiccionales ordinarias.

En el presente caso, entre las normas constitucionales que se alegan violadas se encuentran los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, las cuales efectivamente se refieren a los derechos al sufragio y a participar libremente en los asuntos públicos, directamente o a través de representantes. En tal sentido, este órgano judicial considera oportuno advertir, con base en las consideraciones previas que fueron realizadas en la presente decisión, que la naturaleza del cuestionamiento realizado por el accionante acerca de la inminencia de la lesión que produciría la eventual aplicación del contenido del párrafo único del artículo 79 del Reglamento General de la Universidad Nacional Experimental Politécnica “Antonio José de Sucre”, constituye una evidente cuestión de naturaleza electoral, toda vez que se trata de una norma reguladora de la validez de los votos emitidos por los miembros de la comunidad de esa Casa de Estudios, en el contexto de los procesos electorales para la elección de sus autoridades, por lo que es evidente que su conocimiento corresponde a esta Sala Electoral. Así se decide.

Así pues, siendo la norma objetada de contenido electoral y dos de los derechos constitucionales invocados como lesionados afines con la materia de la que conoce esta Sala Electoral (derecho de participación en los asuntos públicos y derecho al sufragio), y visto asimismo que el acto cuya potencial aplicación se objeta provendría de una Comisión Electoral de una Universidad Experimental, ente distinto a los previstos en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, es decir, un ente corporativo incluido en una categoría comprendida dentro de los sujetos cuya actuación en materia electoral está sometida al conocimiento y control por parte de la jurisdicción contencioso electoral, la misma se declara competente para conocer de la presente causa. Así se decide.

TSJ-SE (60)

11-5-2004

Magistrado Ponente: Rafael Hernández Uzcategui

Caso: Iván Marcano López vs. Consejo Nacional Electoral

Según la jurisprudencia existente al tratarse de una acción autónoma de amparo constitucional contra el Consejo Nacional Electoral, órgano rector del Poder Electoral y equivalente a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta Sala Electoral debe declarar su incompetencia para conocer de la presente acción y declinar en la Sala Constitucional su conocimiento y decisión.

Corresponde a esta Sala pronunciarse acerca de la admisibilidad de la presente acción de amparo constitucional, para lo cual resulta pertinente revisar previamente la competencia para conocer de la misma y a tal efecto observa:

La presente acción autónoma de amparo constitucional ha sido interpuesta contra el Consejo Nacional Electoral a los fines de que éste incluya la firma del ciudadano Iván Marcano López en el procedimiento de reparo, con motivo de la solicitud de convocatoria a referendo revocatorio del Presidente de la República Bolivariana de Venezuela.

Ahora bien, se observa que ha sido criterio reiterado de este Alto Tribunal que la competencia para conocer de la acción de amparo constitucional viene determinada, en principio, por una suerte de paralelismo competencial, es decir, por la aplicación de un criterio material o sustantivo y otro de carácter orgánico, orientado el primero por la materia afín con la naturaleza del derecho o garantía constitucional que se considera vulnerado (criterio de afinidad) y, el segundo, por el órgano o la persona a quien se le imputa la conducta lesiva, es decir, se trata de un elemento de carácter subjetivo. Ello, al entender que la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales quiso establecer que será competente en vía de amparo el mismo Tribunal que lo sería en el caso concreto si el interesado hubiese utilizado las vías jurisdiccionales ordinarias.

En tal sentido, este órgano judicial considera oportuno reiterar, como ha expresado en anteriores pronunciamientos, que ha sido la misma Sala la que por vía jurisprudencial ha establecido criterios atributivos de competencia de la jurisdicción contencioso electoral, creada por los dispositivos constitucionales contenidos en los artículos 262 y 297, para suplir el vacío legal existente y procurar la delimitación de su propio ámbito de competencia a fin de hacer operativos los nuevos postulados constitucionales. Así, en sentencia número 2 de fecha 10 de febrero de 2000 (caso: Cira Urdaneta de Gómez), esta Sala estableció que, hasta tanto se dicte la legislación respectiva, serán de su competencia, además de las atribuidas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 30 del Estatuto Electoral del Poder Público, los siguientes asuntos:

“...*Omissis*...”

3. *Los recursos que se interpongan, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad, contra actos, actuaciones u omisiones relacionados con los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía en lo político”.*

Asimismo, complementando los criterios de delimitación competencial sentados en dicha decisión, esta Sala Electoral, mediante sentencia número 90 del 26 de julio de 2000 (caso: Caja de Ahorros y Previsión Social de los Trabajadores de la Universidad Central de Venezuela), en una interpretación armónica de las competencias de la jurisdicción contencioso electoral con los criterios delimitadores de asignación competencial en materia de amparo constitucional sentados por la Sala Constitucional, expresó que:

“...hasta tanto se dicte la correspondiente ley y la Sala Electoral sea el único órgano integrante de la jurisdicción contencioso electoral, le corresponderá conocer las acciones de amparo autónomo contra los actos, actuaciones u omisiones sustantivamente electorales de los titulares de los órganos distintos a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que lógicamente detenten competencia en materia electoral, e igualmente le corresponde conocer las solicitudes de amparo cautelar que en su ámbito de competencia material sean interpuestas conjuntamente con recursos contencioso electorales.”

Por otra parte, la Sala Constitucional en sentencia número 1 del 20 de enero de 2000, efectuó la distribución de competencias en materia de amparo constitucional y en ese sentido estableció lo siguiente:

“...Corresponde a la Sala Constitucional, por su esencia, al ser la máxima protectora de la Constitución y además ser el garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, de acuerdo con el artículo 335 de la constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el conocimiento directo, en única instancia, de las acciones de amparo a que se refiere el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derecho y Garantías Constitucionales, incoadas contra los altos funcionarios a que se refiere dicho artículo...”

En atención a los lineamientos jurisprudenciales antes citados, debe observarse que en el presente caso se trata de una acción autónoma de amparo constitucional contra el Consejo Nacional Electoral, órgano rector del Poder Electoral y equivalente a los enumerados en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, razón por la cual esta Sala debe declarar su incompetencia para conocer de la presente acción y declinar en la Sala Constitucional su conocimiento y decisión. Así se decide.

TSJ-SE (57)

11-5-2004

Magistrado Ponente: Alberto Martínez Urdaneta

Caso: Grecia Bellatriz Hernández R. vs. Alcalde del Municipio Baruta.

La Sala Electoral concluye que por interpretación extensiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, igualmente se admite que, dentro del medio telegráfico a que hace referencia dicha disposición legal, esté incluido el correo electrónico como medio posible para ejercer la acción de amparo constitucional, limitando su ejercicio a casos de urgencia y a su ratificación personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción.

Ello es así con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, por constituir no sólo un hecho notorio la existencia del Internet como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley n° 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la G. O. n° 37.148 del 28 de febrero de 2001.

Mediante correo electrónico dirigido en fecha 3 de marzo de 2004 a la página Web de internet de este Tribunal Supremo de Justicia, la ciudadana Grecia Bellatriz Hernández Romero, titular de la cédula de identidad número 4.923.332, actuando en su propio nombre, ejerció acción de amparo constitucional, contra la conducta omisiva del Alcalde del Municipio Baruta del Estado Miranda.

En fecha 6 de mayo de 2004, se designó ponente al Magistrado Alberto Martini Urdaneta, quien, con tal carácter, suscribe la presente decisión.

Realizada la lectura individual del expediente, esta Sala pasa a pronunciarse sobre la acción de amparo constitucional interpuesta y a tal efecto observa que:

El artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece:

“La acción de amparo es gratuita por excelencia. Para su tramitación no se empleará papel sellado ni estampillas y en caso de urgencia podrá interponerse por vía telegráfica. De ser así, deberá ser ratificada personalmente o mediante apoderado dentro de los tres (3) días siguientes. También procede su ejercicio en forma verbal y, en tal caso, el Juez deberá recogerla en un acta.” (Subrayado de la Sala)

En tal sentido, considera esta Sala oportuno referirse a la sentencia número 523 del 9 de abril de 2001 (Caso: Oswaldo Álvarez), mediante la cual y por interpretación extensiva del artículo antes transcrito la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia dispuso que:

“... dentro del medio telegráfico a que hace alusión dicho articulado, está incluido el Internet como medio posible de interposición de la petición de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción. Ello es así con el fin de no limitar el derecho al acceso a la justicia del accionante, por constituir no sólo un hecho notorio la existencia del Internet como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley n° 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela n° 37.148 del 28 de febrero de 2001, en donde se le da inclusive valor probatorio a dichas transmisiones.” (Subrayado de esta Sala)

Ahora bien, del criterio anteriormente transcrito se concluye que por interpretación extensiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, igualmente se admite que, dentro del medio telegráfico a que hace referencia dicha disposición legal, esté incluido el correo electrónico como medio posible para ejercer la acción de amparo constitucional, limitando su ejercicio a casos de urgencia y a su ratificación personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción.

Así las cosas, constata esta Sala de las actas que conforman el presente expediente, que la acción de amparo fue recibida vía internet por la Secretaría de esta Sala Electoral, el 3 de marzo de 2004 y que la accionante no dio cumplimiento a la referida disposición legal; es decir, no ratificó la acción de amparo dentro del lapso establecido para ello.

Por tal razón, visto que no consta en autos que la acción de amparo a que se ha hecho referencia y que fuera interpuesta por vía internet haya sido ratificada en la forma prevista en la norma *supra* transcrita, ni tempestivamente ni fuera del lapso prescrito al efecto, la precitada solicitud debe declararse inadmisibles, y así se decide

B. Extinción del proceso

TSJ-SC (52)

3-2-2004

Magistrado Ponente: José Manuel Delgado Ocando

Caso: Rosa E. Barrios R. vs. Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

La Sala considera pertinente destacar que, aun cuando se declaró inadmisibile la pretensión de amparo el 22 de diciembre de 1998, el Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia remitió el expediente el 17 de octubre de 2002, esto es, poco más de tres años.

Se reconoce la importancia de la consulta en esta sede, pues el objeto de la acción de amparo es la protección de los derechos y garantías constitucionales, siendo entendidos los mismos no sólo como límites al poder del Estado, sino también como los valores, fines y directrices que debe alcanzar en su actuación. Debido al objeto que se persigue con la acción de amparo constitucional, se ejerce un control a través de la consulta de las decisiones que la resuelven, por lo tanto, resulta una verdadera falta de diligencia por parte del Juzgado Superior Segundo en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia que remitiera el expediente luego de tres años.

En efecto, la falta de actividad procesal durante tres años, es imputable al mencionado Juzgado Superior, por cuanto tenía la obligación de remitir la presente causa inmediatamente después de verificar el transcurso del lapso de tres días para la interposición del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en consecuencia, se ordena la remisión de las copias certificadas del presente expediente a la Inspectoría General de Tribunales para que provea lo conducente, quedando a salvo el derecho de los particulares de exigir la responsabilidad personal del juez y del Estado.

No obstante lo anterior, dado que no es posible tolerar una injuria constitucional por este tiempo y siendo que la Sala no constató afectación del orden público y que la tramitación de la causa se hizo durante la vigencia de la Constitución abrogada, visto que la parte actora no mostró ningún interés en dicha tramitación, sin implicar esto un menoscabo del derecho a la doble instancia, para la Sala resulta inoficioso pronunciarse sobre el mérito de un proceso que lleva más de tres años, por lo que, excepcionalmente, debe declarar extinguido el proceso, y así se declara.

Con respecto a este último punto, la Sala advierte que en otras oportunidades (*cfr.* sentencia n° 1548/2003 del 11 de junio), la declaratoria de extinción del proceso se ha hecho de forma excepcional, por lo tanto, no debe extenderse a otros supuestos, por cuanto en el caso de autos, el incumplimiento fue excesivo y contrario a lo preceptuado en el artículo antes mencionado.

Voto salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz

Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, discrepa de la mayoría que suscribió la decisión que antecede; en consecuencia, salva su voto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. La sentencia de la cual se disiente declaró “extinguido el proceso” que se inició con la demanda de amparo que intentó la ciudadana Rosa Elena Barrios Ramos, contra las decisiones que dictó el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia.

2. La Sala conoció el caso, en razón de la consulta de la decisión que declaró inadmisibile la demanda, el 22 de diciembre de 1998. La mayoría justificó su veredicto en una razón eminentemente fáctica y no jurídica, como fue el transcurso del tiempo que este voto salvante considera contradice el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (ex artículo 26).

En efecto, el fallo del cual se disiente, concluyó:

“...la falta de actividad procesal durante tres años, es imputable al mencionado Juzgado Superior, por cuanto tenía la obligación de remitir la presente causa inmediatamente después de verificar el transcurso del lapso de tres días para la interposición del recurso de apelación, de conformidad con el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en consecuencia, se ordena la remisión de las copias certificadas del presente expediente a la Inspectoría General de Tribunales para que provea lo conducente, quedando a salvo el derecho de los particulares de exigir la responsabilidad personal del juez y del Estado”.

No obstante lo anterior, dado que no es posible tolerar una injuria constitucional por este tiempo y, visto que la parte actora no mostró ningún interés en la tramitación de la causa, sin implicar esto un menoscabo del derecho a la doble instancia, para la Sala resulta inoficioso pronunciarse sobre el mérito de un proceso que lleva más de tres años, por lo que, excepcionalmente, debe declarar extinguido el proceso, y así se declara.

Este disidente considera que mal podía la mayoría compartir una propuesta del ponente –extinción del proceso- que no encuentra ningún apoyo o base legal.

En efecto, la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no contiene ninguna disposición que permita una declaratoria de la naturaleza como la que fue adoptada en la decisión de la cual se disiente. Más bien, por el contrario, en pronunciamiento que absuelva la instancia de esa forma es contraria a derecho, como esta misma Sala lo ha reconocido en varios fallos.

3. Por lo precedente, este voto salvante es del criterio que la consulta que le fue elevada a la Sala debió ser sentenciada y que no debió declararse “extinguido el proceso”, por causa del transcurso de más de tres años desde cuando se produjo el fallo objeto de consulta.

Queda así expuesto el criterio del Magistrado que rinde este voto salvado.

a. *Abandono del trámite*

TSJ-SC (1186)

21-6-2004

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Juan Carlos Apitz y Perkins Rocha Contreras vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

La Sala Constitucional reitera que la inactividad por seis (6) meses de la parte actora en el proceso de amparo, en la etapa de admisión o, una vez acordada ésta, en la práctica de las notificaciones a que hubiere lugar o en la de la fijación de la oportunidad para la celebración de la audiencia oral, por falta de impulso del accionante, ocasiona el abandono del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y, con ello, la extinción de la instancia.

Ahora bien, consta en autos que el último acto de procedimiento de la parte actora es del 9 de diciembre de 2003 y consistió en una diligencia de la parte actora consignando recaudos relacionados con sus alegatos, sin que, a partir de esa oportunidad y hasta el presente, haya actuado de nuevo en el proceso.

Al respecto, estima necesario esta Sala, reiterar el criterio sostenido en el fallo del 6 de junio del 2001 (Caso: José Vicente Arenas Cáceres, sentencia n° 982) donde estableció:

“...la pérdida del interés puede sobrevenir en el curso del proceso. Es lo que ocurre cuando el actor desiste de su pretensión, caso en el cual se otorga autoridad de cosa juzgada al desistimiento y se declara la extinción del proceso. También puede ocurrir que decaiga únicamente el interés en el procedimiento que se halla en curso, caso en el cual ocurre el desistimiento del procedimiento a que se refiere el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, puede ocurrir que el interés decaiga por la inacción prolongada del actor o de ambas partes, caso en el cual se extingue la instancia iniciada en protección de determinada pretensión. El Código de Procedimiento Civil señala expresamente los supuestos que configuran la inacción prolongada y que dan lugar a la perención de la instancia. En el caso específico de la inacción prolongada del actor, señala el incumplimiento de ciertas obligaciones procesales como causa de la perención. En la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no consta una regulación semejante, pero en ella se prevé la figura del abandono del trámite, que expresa también el decaimiento del interés del actor, lo cual se deduce del paralelismo entre ese supuesto en la Ley especial y los supuestos de extinción de la instancia, a causa del incumplimiento de las obligaciones del actor, previstas en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil. El abandono del trámite expresa una conducta indebida del actor en el proceso, puesto que revela una actitud negligente que procura la prolongación indefinida de la controversia.

(...)

En criterio de la Sala, el abandono del trámite a que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales puede asumirse –entre otros supuestos, como la falta de comparecencia a la audiencia constitucional- una vez transcurrido un lapso de seis meses posteriores a la paralización de la causa por falta de interés procesal de la parte actora. Ello es producto del reconocimiento, a partir de signos inequívocos –el abandono, precisamente- de que dicha parte ha renunciado, al menos respecto a esa causa y a este medio procesal, a la tutela judicial efectiva y al derecho a una pronta decisión que le confiere la Constitución; por otra parte, y desde otro punto de vista, el principio de la tutela judicial efectiva no ampara la desidia o la inactividad procesal de las partes.

Tal conclusión deriva de la propia naturaleza del amparo como medio judicial reservado para la tutela inmediata de los derechos y garantías constitucionales cuando las vías ordinarias no resultan idóneas, tal como se desprende de la letra del artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que estatuye para el amparo -al unísono, cabe destacar, con varios tratados internacionales en materia de derechos humanos- un procedimiento breve, gratuito y no sujeto a formalidad en el que la autoridad judicial competente tiene potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella y en la que todo tiempo es hábil y el tribunal debe tramitarlo con preferencia a cualquier otro asunto. Así ha sido declarado por la jurisprudencia patria pacíficamente, aún antes de la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

En efecto, si el legislador ha estimado que, como consecuencia de ese carácter de urgencia que distingue al amparo, la tolerancia de una situación que se entiende lesiva de derechos fundamentales, por más de seis meses, entraña el consentimiento de la misma y, por tanto, la pérdida del derecho a obtener protección acelerada y preferente por esa vía, resulta lógico deducir que soportar, una vez iniciado el proceso, una paralización de la causa sin impulsarla por un espacio de tiempo semejante, equivale al abandono del trámite que había sido iniciado con el fin de hacer cesar aquella situación lesiva o amenazadora de derechos fundamentales. Por tanto, resultaría incongruente con la aludida naturaleza entender que el legislador hubiere previsto un lapso de caducidad de seis meses para la interposición de la demanda y, al propio tiempo, permitiese que se tolerase pasivamente la prolongación en el tiempo de la causa, sin la obtención de un pronunciamiento, por un lapso mayor a aquél.

(...)

De conformidad con lo expuesto, la Sala considera que la inactividad por seis (6) meses de la parte actora en el proceso de amparo, en la etapa de admisión o, una vez acordada ésta, en la práctica de las notificaciones a que hubiere lugar o en la de la fijación de la oportunidad para la celebración de la audiencia oral, por falta de impulso del accionante, ocasiona el abandono del trámite de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y con ello, la extinción de la instancia. Así se declara". (Resaltado de la Sala)

Siendo así, como la conducta pasiva de la parte accionante en amparo, quien afirmó requerir la tutela urgente y preferente del amparo en virtud de las presuntas violaciones constitucionales denunciadas, donde se evidencia el transcurso de más de seis meses de absoluta inactividad en las actas del expediente, tiempo establecido como plazo de caducidad para intentar la acción de amparo, encuadra en la calificación de abandono de trámite establecida por esta Sala ya en reiteradas decisiones.

Por lo anteriormente expuesto, de conformidad con el artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se declara el abandono de trámite en la presente acción de amparo y, en consecuencia, terminado el procedimiento.

De conformidad con lo establecido en el único aparte del artículo 25 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, se impone a la parte actora una multa por la cantidad de cinco mil bolívares (Bs. 5.000,00), pagaderos a favor de la Tesorería Nacional en las oficinas del Banco Central de Venezuela. El sancionado deberá acreditar el pago mediante la consignación en autos del comprobante correspondiente, dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Se aplica la multa en su límite máximo, por cuanto la Sala estima de suma gravedad el entorpecimiento de sus labores con la presentación de acciones de amparo posteriormente abandonadas, lo cual la obliga a desviar su atención de asuntos que sí requieren de urgente tutela constitucional, y así se declara.

C. Inadmisibilidad

TSJ-SE (25)

23-3-2004

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: Pedro A. Matute y otros vs. Junta Directiva Club Campestre Paracotos.

El amparo constitucional no es la vía idónea para pretender la nulidad de actos de naturaleza electoral, siendo que existe un recurso procesal suficientemente eficaz para tal fin, como lo es el Recurso Contencioso Electoral.

Determinada la competencia de la Sala para conocer de la presente causa es preciso emitir un pronunciamiento en cuanto a la admisibilidad de la presente acción de amparo constitucional. En ese sentido, los accionantes impugnan y solicitan la declaratoria de nulidad de la convocatoria y consecuente realización de una Asamblea de asociados con el objeto de la conformación de la Comisión Electoral que deberá llevar a cabo el proceso electoral para escoger la Junta Directiva de la Asociación Civil Club Campestre Paracotos, acto que no es susceptible de ser reparado por vía de amparo constitucional dado que no es el amparo constitucional la vía idónea para pretender la nulidad de actos de naturaleza electoral, siendo que existe un recurso procesal suficientemente eficaz para tal fin, cual es el Recurso Contencioso Electoral.

Por otro lado, la parte accionante pretende que se declare la nulidad del Reglamento Electoral, no siendo el amparo constitucional la vía idónea para lograr la anulación de actos normativos, ya que para lograr su anulación debe acudir al recurso ordinario, que en este caso sería, como se dijo antes el Recurso Contencioso Electoral. En virtud de lo anterior debe esta Sala declarar inadmisibles las acciones de amparo interpuestas por cuanto no es posible anular por esta vía procesal los actos impugnados, resultando entonces carente de idoneidad la vía procesal escogida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se declara.

Considera oportuno esta Sala acotar, en cuanto a la solicitud de que se aplique el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, que dicha norma fue anulada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno mediante sentencia del 21 de mayo de 1996, por lo cual no es posible aplicar su contenido. Así se declara.

Por las razones antes expuestas, esta Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara INADMISIBLE la acción autónoma de Amparo Constitucional interpuesta por los ciudadanos PEDRO A. MATUTE, OLDAN JOSÉ CORIANO Y ROBERTO ALÍ COLMENARES, antes identificados, en su condición de Asociados de la Asociación Civil “CLUB CAMPESTRE PARACOTOS”, en contra de “*la convocatoria, por parte de la Junta Directiva de dicha asociación, y celebración de una reunión de socios para escoger los miembros de la Comisión Electoral celebrada el 18 de enero de 2004*”, así como la pretensión de nulidad de las normas contenidas en el reglamento electoral redactado por la Comisión Electoral antes mencionada.

TSJ-SPA(00415)

29-4-2004

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Dora Margarita Carballo Galea vs. Alcaldía del Municipio Valencia del Estado Carabobo.

En el caso de un recurso de apelación de un amparo autónomo, resulta indubitable que la alzada natural para conocer de la presente apelación es la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y no esta Sala Político Administrativa.

Sin embargo, resultando un hecho notorio que la aludida Corte no está temporalmente en funcionamiento, por lo que “las decisiones en materia de amparo que tomen los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo, cuya alzada corresponda a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en forma excepcional y temporal, mientras perdure la circunstancia de inaccesibilidad de aquella Corte, serán conocidos en apelación o consulta, *per saltum*, por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia”.

Corresponde a esta Sala, pronunciarse sobre su competencia para conocer en apelación de la sentencia dictada el 3 de febrero de 2004 por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso de la Región Centro Norte, mediante la cual se declaró improcedente la acción autónoma de amparo constitucional interpuesta.

Al respecto, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en la norma prevista en el artículo 262, establece la creación del Tribunal Supremo de Justicia y de las Salas que lo integran.

Además, otorga en forma expresa, competencias a sus distintas Salas y deja a cargo de la respectiva ley orgánica -la cual deberá ser aprobada por la Asamblea Nacional-, la distribución de otras competencias no atribuidas expresamente.

A los fines de mantener el funcionamiento integral del Estado, debe este Supremo Tribunal continuar en su labor como máximo administrador de justicia. Por tanto, aun cuando no haya sido dictada hasta el presente la aludida ley orgánica, reguladora de las funciones de este Supremo Tribunal, sus Salas están obligadas a conocer y decidir todos aquellos casos que cursaban por ante la entonces Corte Suprema de Justicia, así como aquellos que ingresen, atendiendo a la afinidad existente entre la materia debatida en el caso concreto y la especialidad de cada una de las Salas, tal como se dejó establecido en decisión de esta Sala de fecha 17 de enero de 2000 (Caso: José Ramírez Córdoba).

En este sentido, la vigente Constitución establece en su artículo 266, que la jurisdicción constitucional será ejercida por la Sala Constitucional y por tanto, a ella corresponde no solamente la interpretación del Texto Fundamental, sino la fijación de criterios uniformes que permitan la orientación de las instituciones y procedimientos afines con la materia cuyo conocimiento le ha sido atribuido.

Ahora bien, esta Sala, siguiendo los criterios interpretativos expresados por la Sala Constitucional, tal y como lo establece el artículo 335 de la Constitución de 1999, observa que mediante sentencia de fecha 14 de marzo de 2000, (Caso: ELECENRO y CADELA), se estableció que los amparos autónomos que fueran conocidos en primera instancia por los tribunales contencioso administrativos regionales, deberán ser conocidos, en alzada, por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En dicha oportunidad, se estableció lo siguiente:

“Sobre la base de las consideraciones que anteceden, así como de la doctrina establecida por la Sala en su sentencia del 20 de enero de 2.000 (expediente n° 00-002, caso E. Mata Millán), se ratifica que:

7.1: Es competencia de la Sala Constitucional el conocimiento de las acciones de amparo que se ejerzan, por vía principal, contra las decisiones de última instancia que dicte la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Asimismo, es competencia de la Sala Constitucional el conocimiento de las consultas y apelaciones que se ejerzan contra las sentencias de la citada Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, cuando ésta conozca, por vía principal, de acciones de amparo en primera instancia.

A la vez, en los casos en que el conocimiento de las acciones de amparo en primera instancia corresponda a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo, el conocimiento de las apelaciones y consultas que se ejerzan contra las sentencias que éstos pronuncien, será de competencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En estos casos, la Sala Constitucional sólo podrá acceder al examen de la respectiva sentencia de amparo a través de la revisión prevista en el artículo 336, numeral 10, de la Constitución de la República.” (Resaltado de la Sala).

En virtud de lo anterior y visto que el presente caso, versa sobre un recurso de apelación en amparo autónomo, resulta indubitable que la alzada natural para conocer de la presente apelación es la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y no esta Sala Político Administrativa.

Sin embargo, observa esta Sala, que resultando un hecho notorio que la aludida Corte no está temporalmente en funcionamiento, tal circunstancia entiendo esta Sala Político Administrativa que se ajusta a lo sostenido por la Sala Constitucional en su sentencia n° 3.533 del 17 de diciembre de 2003, en función de la cual *“las decisiones en materia de amparo que tomen los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo, cuya alzada co-*

rrsponda a la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en forma excepcional y temporal, mientras perdure la circunstancia de inaccesibilidad de aquella Corte, serán conocidos en apelación o consulta, per saltum, por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo de Justicia”.

Ello así, esta Sala Político Administrativa considera que el presente asunto en materia de amparo autónomo debe ser remitido a la Sala Constitucional para que decida Así se declara.

IX. FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1. Responsabilidad Administrativa

TSJ-SPA (00352)

14-4-2004

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Elsa Ramírez de Ramos vs. Contralor General del Estado Lara.

Si bien conforme a lo previsto en el artículo 84 de la derogada Ley Orgánica de la Contraloría General de la República (1984), el auto donde se declara la responsabilidad administrativa de un funcionario emanada de la Contraloría General de la República, puede servir de fundamento para que el órgano superior imponga la sanción disciplinaria correspondiente al funcionario infractor, ello no implica que la causa contentiva de la impugnación de la responsabilidad administrativa englobe la referida a la sanción de destitución impuesta con motivo de la primera.

El presente recurso de nulidad ha sido interpuesto contra el acto administrativo dictado por el CONTRALOR GENERAL DEL ESTADO LARA, de fecha 6 de julio de 1999, contenido en la Resolución n° 052, mediante la cual se declaró extemporáneo el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución n° 007 de fecha 17 de febrero de 1999, suscrita por el referido Contralor Estatal, quien la destituyó del cargo que venía ejerciendo como Comisionado Coordinador 99 de la Contraloría General del Estado Lara, con base al auto de Responsabilidad Administrativa que en su contra dictó la Contraloría General de la República, de fecha 22 de mayo de 1998, de la Dirección de Averiguaciones Administrativas de la Dirección General de Control de Entidades Autónomas, confirmado por el Contralor General de la República.

Ahora bien, los hechos que dieron origen a la averiguación administrativa y consecuentemente a la sanción recurrida, ocurrieron bajo la vigencia de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, publicada en *Gaceta Oficial* n° 3.482 Ext. de fecha 14 de diciembre de 1984, hoy derogada. En el artículo 84 de dicha Ley, se otorgaba al funcionario superior a aquel sobre el cual pesara el auto de declaratoria de responsabilidad administrativa, la facultad discrecional para imponer una sanción disciplinaria de conformidad con la gravedad de los hechos, la cual podría abarcar desde una amonestación hasta una destitución. La referida norma, establecía lo siguiente:

“Una vez firme la decisión que determine administrativamente la responsabilidad, el auto respectivo y demás documentos se pasarán al funcionario competente para que éste, en el término de treinta (30) días, aplique razonadamente la sanción disciplinaria que corresponda, de lo cual informará por escrito a la Contraloría.

La declaratoria de responsabilidad administrativa en virtud de la cual se aplique una sanción de destitución, podrá producir además inhabilitación para el ejercicio de la función pública durante un período no mayor de tres (3) años, que fijará el funcionario competente de acuerdo a la gravedad de la falta y el monto de los perjuicios causados...”

De la norma antes transcrita, se infiere que el auto en el que se declara la responsabilidad administrativa de un funcionario, puede constituir el fundamento para la imposición de sanciones disciplinarias que ante tal responsabilidad determina la Ley; sin embargo, ello no significa que exista una “*delegación de funciones*”, tal como determinó el juez declinante. En efecto, este mecanicismo de desviación de las competencias, tal como estaba previsto en la regulación anterior a la vigente, opera cuando un órgano superior mediante un acto unilateral, de carácter temporal, basado en una disposición expresa de la ley, transfiere el ejercicio de competencias que le han sido atribuidas previamente por un instrumento normativo, a un órgano inferior de la misma persona jurídica.

Ahora bien, la disposición antes transcrita, en ningún momento se refería a la potestad del Contralor General de la República para delegar alguna de sus atribuciones, en las Contralorías de los Estados. En este caso, la competencia para la imposición de la sanción fundamentada en la declaratoria de responsabilidad administrativa, le correspondía a la Contraloría del Estado Lara, por ser el órgano superior de la funcionaria objeto de la averiguación administrativa y no por existir una delegación de atribuciones, ya que la facultad para imponer las sanciones correspondientes una vez que estuviese firme la decisión que determinara la responsabilidad, conforme a esta norma, le correspondía a los funcionarios competentes para ello.

Por otra parte, tampoco considera esta Sala que la presente causa deba ser acumulada al expediente n° 16.375, contenido del recurso interpuesto por ante esta Sala, contra la declaratoria de responsabilidad administrativa emanada del Contralor General de la República, ya que el mismo fue declarado sin lugar, en reciente sentencia n° 00318 del 7 de marzo de 2001. Asimismo, tampoco puede afirmarse que exista una relación de continencia entre ambas causas, tal como afirma el juez declinante, ya que se trata de dos recursos autónomos e independientes entre sí, donde si bien conforme a lo previsto en el artículo 84 de la entonces Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, el auto donde se declara la responsabilidad administrativa de un funcionario emanada de la Contraloría General de la República, puede servir de fundamento para que el órgano superior imponga la sanción disciplinaria correspondiente al funcionario infractor, ello no implica que la causa contentiva de la impugnación de la responsabilidad administrativa englobe la referida a la sanción de destitución impuesta con motivo de la primera.

ÍNDICE

ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

-A-

- Acción de Amparo. 432
 - Competencia. 432
 - Extinción del proceso. 444
 - Extinción del proceso. Abandono del trámite. 446
 - Inadmisibilidad. 448
- Actos administrativos. Vicio de inmotivación. 307
- Administración Pública. 179
 - Competencia. 188
 - Poder discrecional. 185
 - Potestad sancionadora. 179
 - Potestades Implícitas e inherentes. Competencia. 188
 - Principio de legalidad. 179
 - Privilegios procesales. 193
- Aguas. Dominio Público. 277
- Amparo Acción. 432
- Asamblea Nacional. 215
 - Competencias. 215
 - Remoción de altos funcionarios públicos. 215
- Avocamiento. 228

-B-

- Banca. Servicio Público. 273
- Bienes del Dominio Público. Aguas. 277

-C-

- Concesiones Mineras. 325
- Conflictos de competencia. 259
- Constitución. 104
 - Interpretación. 104
 - Orden Público Constitucional. 106
 - Régimen transitorio. 105
- Contencioso Administrativo. 340, 365
 - Carácter subjetivo. 365
 - Declaratoria de urgencia. 370
 - Las partes. Intervención de terceros. 365
 - Órganos. 340
 - Pruebas. Medios de prueba. 368
 - Sentencia. 371
 - Aclaratoria y ampliación. 371
 - Costas. 371

Contencioso Administrativo de Anulación y Amparo. 373

- Inadmisibilidad del amparo. 384
- Propósito. 373
- Tramitación. 378

Contencioso Administrativo de Interpretación. Requisitos de admisibilidad. 392

Contencioso Administrativo de los Conflictos. 393

- Conflicto de autoridades. 396
- Controversias Administrativas. 393

Contralor General de la República. Requisitos. 265

Contraloría General de la República. 265

Contratos Administrativos. 312

- Características. 319
- Naturaleza. 317

Control de la Inconstitucionalidad por omisión. 408

Controversias Constitucionales. 411

-D-

- Debido proceso. Garantías. 131
- Delegación legislativa. 218
- Derecho a la defensa. 131
- Derecho a la información administrativa. 142
- Derecho a la participación política. 178
- Derecho a la Tutela judicial efectiva. 133
- Derecho de petición y a la oportuna respuesta. 136
- Derechos e Intereses Colectivos y Difusos. 125
- Derechos individuales. 136
- Derechos laborales. Responsabilidad empresarial. 149
- Derechos políticos. 178
- Descentralización. 267

-E-

- Estado Social. 143
- Estado Social y Derechos Sociales. 143
- Estados. Creación de nuevas entidades locales. 270
- Estados. Descentralización. 267

- F-
 Funcionario Público. Responsabilidad Administrativa. 451
- G-
 Garantías Constitucionales. 125
 Garantías Constitucionales. Acceso a la justicia. 125
- I-
 Impuestos Municipales. Impuestos sobre las actividades económicas. 295
 Inconstitucionalidad. Acción. 402
 - Demanda. Fundamentación. 405
 - Legitimación. 402
 - Objeto: Leyes derogadas. 404
 Institución Financieras. Régimen. 273
 Interpretación Constitucional. 406
 Interpretación Constitucional. Recurso. 429
- J-
 Jueces. Recusación. 223
 Justicia. Principios. 221
 Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo. Competencia. 362
- L-
 Leyes Orgánicas. 107
- M-
 Municipios. Anormalidad Institucional. 396
 Municipios. Competencias. 267
- O-
 Órganos del Poder Público. Resolución de controversias. 411
- P-
 Poder ciudadano. 265
 Poder discrecional. 185
 Poder Ejecutivo. 207
 Poder Estadal. 267
 Poder Estadal. Competencias. 267
 Poder Judicial. 221
 Poder Legislativo. 215
 Poder Nacional. Competencias. 201
 Poder Público. Ejercicio. 179
 Potestad Tributaria. Finalidad. 281
 Potestad Tributaria Municipal. Ámbito. 284
 Presidente de la República. 207
 - Faltas absolutas. 207
- Revocatoria popular del mandato. Efectos. 207
 Procedimiento Administrativo. Principio de buena fe. 306, 307
 Procedimiento Administrativo. Principio de la confianza legítima. 306, 307
 Propiedad. Registro Inmobiliario. 274
 Pruebas. Inspección Ocular. 368
- R-
 Recurso de Interpretación Constitucional. 429
 Recusación. 223
 Regulación de competencia. 259
 Reserva legal. 218
 Responsabilidad Patrimonial del Estado. 123
- S-
 Sentencia. 371
 - Aclaratoria y ampliación. 371
 - Costas. 371
 Sentencias. Recurso de revisión en materia constitucional. 431
 Servicio Público. 273
- T-
 Tribunal Supremo de Justicia. 228, 340
 - Facultad de avocamiento. 228
 - Sala Electoral. Competencia. 348
 - Sala Político Administrativa. Competencia. 312, 340