

#### CONSEJO DE REDACCIÓN

Dolores **AGUERREVERE**, Juan Domingo **ALFONZO PARADISI**, Francisco **ASTUDILLO GÓMEZ**, Caterina **BALASSO TEJERA**, Juan Carlos **BALZÁN**, Carlos Luis **CARRILLO ARTILES**, Antonio **CANOVA GONZÁLEZ**, Juan Cristóbal **CARMONA BORJAS**, Jesús María **CASAL**, Jorge **CASTRO BERNIERI**, Rafael **CHAVEIRO**, Ignacio **DE LEÓN**, Margarita **ESCUADERO LEÓN**, Luis **FRAGA PITTALUGA**, Fortunato **GONZÁLEZ CRUZ**, Gustavo **GRAU FORTOUL**, Rosibel **GRISANTI DE MONTERO**, Lolymar **HERNÁNDEZ CAMARGO**, Víctor **HERNÁNDEZ-MENDIBLE**, Miguel J. **MÓNACO**, José Antonio **MUCI BORJAS**, Claudia **NIKKEN**, Ana Cristina **NÚÑEZ**, Luis **ORTIZ ÁLVAREZ**, Cosimina **PELLEGRINO PACERA**, Humberto **ROMERO-MUCI**, Jorge Luis **SUÁREZ**, María Elena **TORO**, José Luis **VILLEGAS MORENO**, Emilio J. **URBINA MENDOZA**, Carlos **URDANETA SANDOVAL**, Daniela **UROSA MAGGI**

#### COMITÉ ASESOR

Germán **ACEDO PAYAREZ**, Asdrúbal **AGUIAR**, José Guillermo **ANDUEZA**, Ana Elvira **ARAUJO GARCÍA**, José **ARAUJO JUÁREZ**, Alfredo **ARISMENDI A.**, Carlos **AYALA CORAO**, Eloisa **AVELLANEDA**, Rafael **BADELL MADRID**, Alberto **BAUMEISTER TOLEDO**, Alberto **BLANCO URIBE**, Isabel **BOSCÁN DE RUESTA**, Mary **BOVEDA**, Gustavo **BRICEÑO**, Humberto **BRICEÑO**, Josefina **CALCAÑO DE TEMELTAS**, Juan **D'STEFANO**, Román José **DUQUE CORREDOR**, Héctor **FAÚNDEZ LEDESMA**, Gerardo **FERNÁNDEZ**, Juan **GARRIDO ROVIRA**, María Amparo **GRAU**, Eugenio **HERNÁNDEZ BRETÓN**, Henrique **IRIBARREN**, Gustavo **LINARES**, Irma Isabel **LOVERA DE SOLA**, Henrique **MEIER**, Alfredo **MORLES**, José **MUCI-ABRAHAM**, Pedro **NIKKEN**, Gonzalo **PERÉZ LUCIANI**, Rogelio **PÉREZ PERDOMO**, Gustavo **PLANCHART MANRIQUE**, Armida **QUINTANA**, Manuel **RACHADELL**, Belén **RAMÍREZ LANDAETA**, Judith **RIEBER DE BENTATA**, Armando **RODRÍGUEZ G.**, Nelson **RODRÍGUEZ**, Hildegard **RONDÓN DE SANSÓ**, Gabriel **RUAN SANTOS**, Ana María **RUGGERI RODRÍGUEZ**, Magdalena **SALOMÓN DE PADRÓN**, Nelson **SOCORRO**, Gustavo **URDANETA**

#### CONSEJO CONSULTIVO

Juan Carlos **CASSAGNE**, Alberto R. **DALLA VIA**, Agustín **GORDILLO**, Antonio María **HERNÁNDEZ**, Néstor Pedro **SAGÜES** (Argentina), José Mario **SERRATE PAZ**, (Bolivia), Romeo Felipe **BACELLAR FILHO**, Celso Antonio **BANDEIRA DE MELLO**, Marcelo **FIGUEIREDO**, (Brasil), Sandra **MORELLI**, Libardo **RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ**, Jaime Orlando **SANTOFIMIO**, Consuelo **SA-RRIA**, Jaime **VIDAL PERDOMO** (Colombia), Humberto **NOGUEIRA ALCALÁ**, Rolando **PANTOJA BAUZÁ** (Chile), Rubén **HERNÁNDEZ VALLE**, Aldo **MILANO**, Enrique **ROJAS FRANCO**, (Costa Rica), Joffre **CAMPAGNA**, Javier **ROBALINO ORELLANA** (Ecuador), Francisco **FERNÁNDEZ SEGADO**, Lo-renzo **MARTÍN-RETORTILLO BAQUER**, Luciano **PAREJO ALFONSO**, Jaime **RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ**, Santiago **GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ** (España), Hugo H. **CALDERÓN MORALES**, Jorge Ma-rio **GARCÍA LA GUARDIA**, (Guatemala), Héctor M. **CERRATO**, Edmundo **ORELLANA**, (Honduras), Miguel **CARBONELL**, Jorge **FERNÁNDEZ RUÍZ**, Eduardo **FERRER MAC-GREGOR**, Diego **VALADES** (México), Carlos Alberto **VÁSQUEZ**, (Panamá), Luis Enrique **CHASE PLATE**, (Paraguay), Jorge **DANOS ORDONEZ**, Domingo **GARCÍA BELAÜNDE**, (Perú), Eduardo Jorge **PRATS**, Olivo A. **RODRÍGUEZ H.**, (República Dominicana), Mariano **BRITO**, Juan Pablo **CAJARVILLE P.**, Carlos E. **DELPIAZZO** (Uruguay)

#### Revista de Derecho Público

Email: [revistadederechopublico@bblegal.com](mailto:revistadederechopublico@bblegal.com)

**Fundación Editorial Jurídica Venezolana**, Avda. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Caracas, Venezuela. Telf. (58) 212 762-25-53 / 38-42/ Fax. 763-52-39 Apartado N° 17.598 – Caracas, 1015-A, Venezuela.

Email: [fejv@cantv.net](mailto:fejv@cantv.net)

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

© 1980, EDITORIAL JURÍDICA VENEZOLANA

Revista de Derecho Público  
N° 1 (Enero/marzo 1980)  
Caracas.Venezuela

Publicación Trimestral

Hecho Depósito de Ley  
Depósito Legal: pp 198002DF847  
ISSN: 1317-2719

1. Derecho público-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de la exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana o las de sus directores.

Esta Revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Mirna Pinto,  
en letra Times New Roman 9,5, Interlineado 10,5, Mancha 21x12.5

Impresión litográfica: Anauco Ediciones  
La edición consta de 500 ejemplares

Portada: Lilly Brewer

*Normas para el envío de originales*

La Revista de Derecho Público aceptará artículos inéditos en el campo del derecho público. Los artículos deberán dirigirse a la dirección de email de sus directores o a la Revista de Derecho Público: [revistadederechopublico@bblegal.com](mailto:revistadederechopublico@bblegal.com)

*Se solicita atender a las normas siguientes:*

1. Los trabajos se enviarán escritos a espacio y medio, con una extensión aproximada no mayor de 35 cuartillas tamaño carta.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: nombre y apellidos del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas u obras colectivas: nombre y apellidos del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista u obra colectiva (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. En su caso, la bibliografía seguirá las normas citadas y deberá estar ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Todo trabajo sometido deberá ser acompañado de un breve resumen.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (N° fax, teléfono, dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración y arbitraje todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La adquisición de la Revista de Derecho Público puede hacerse en la sede de la Fundación Editorial Jurídica Venezolana, Av. Francisco Solano López, Torre Oasis, P.B., Local 4, Sabana Grande, Apartado 17.598, Caracas, 1015, Venezuela, Teléfono 762-25-53/762-38-42/ Fax: 763-52-39 o por librería virtual en la página web: <http://www.editorialjuridicavenezolana.com.ve>

Las instituciones académicas interesadas en adquirir la Revista de Derecho Público mediante canje de sus propias publicaciones, pueden escribir a la Fundación Editorial Jurídica Venezolana a las direcciones antes indicadas.

La Revista de Derecho Público se encuentra indizada en la base de datos CLASE (bibliografía de revistas de ciencias sociales y humanidades), Dirección General de Bibliotecas, Universidad Nacional Autónoma de México.

**ESTUDIOS**

**Artículos**

- Innovaciones en el Régimen Municipal*, por Manuel **RACHADELL** ..... 7

**Comentarios Monográficos**

- Revocatoria de concesiones en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión*, por Carlos **GARCÍA SOTO** ..... 35

**LEGISLACIÓN**

**Información Legislativa**

- Leyes, Decretos Normativos, Reglamentos y Resoluciones de efectos generales dictados durante el cuarto trimestre de 2005*, por Marianella **VILLEGAS SALAZAR** ..... 45

**DOCTRINA**

**Doctrina Administrativa**

- Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia dictadas durante el cuarto trimestre de 2005*, por José Ignacio **HERNÁNDEZ G.** ..... 57

**JURISPRUDENCIA**

**Información Jurisprudencial**

- Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): cuarto trimestre de 2005*, por Mary **RAMOS FERNÁNDEZ** y Marianella **VILLEGAS SALAZAR** ..... 67

**ÍNDICE**

*Alfabético de la jurisprudencia* ..... 253

ESTUDIOS



## Artículos

### *Innovaciones en el Régimen Municipal*

Manuel Rachadell  
*Profesor de Derecho Administrativo y  
de Finanzas Públicas de la UCV*

*Resumen: El objeto principal de estas consideraciones es resaltar las innovaciones que introduce en el ordenamiento jurídico venezolano la Ley Orgánica del Poder Público Municipal publicada en la Gaceta Oficial N° 38.204 del 08 de junio de 2005. Para esos efectos, debemos tener presente los antecedentes de la actual legislación.*

#### SUMARIO

- I. LOS ANTECEDENTES
  1. *La nueva concepción del Municipio.*
  2. *La promulgación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.*
  3. *Los cambios derivados del proceso de descentralización.*
  4. *Las modificaciones que introduce la Constitución de 1999.*
- II. LA ORGANIZACIÓN DE LOS ENTES LOCALES EN LA LOPPM
  1. *Los Municipios.*
  2. *Los Distritos Metropolitanos.*
  3. *Las parroquias y otras entidades locales.*
  4. *Las mancomunidades y demás figuras asociativas.*
  5. *Lapso para ejecutar reformas.*
- III. EL RÉGIMEN DE LA HACIENDA PÚBLICA MUNICIPAL
  1. *Los principios generales.*
  2. *El régimen de los bienes y de las obligaciones municipales.*
  3. *La actuación del Municipio en juicio.*
  4. *La potestad tributaria del Municipio.*
  5. *El sistema presupuestario y contable.*
- IV. LA PARTICIPACIÓN PROTAGÓNICA EN LA GESTIÓN LOCAL
  1. *Declaraciones generales y mecanismos de participación.*
  2. *La descentralización de los servicios a las comunidades y grupos organizados.*
  3. *Apreciación general sobre los mecanismos de participación consagrados en la LOPPM.*
- V. CONCLUSIONES

El objeto principal de estas consideraciones es resaltar las innovaciones que introduce en el ordenamiento jurídico venezolano la Ley Orgánica del Poder Público Municipal publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.204 del 08 de junio de 2005. Para esos efectos, debemos tener presente los antecedentes de la actual legislación.

#### I. LOS ANTECEDENTES

Para comenzar debemos señalar que la nueva legislación sobre el Poder Municipal es la continuación de un proceso de cambios que se había iniciado con la promulgación de la Constitución de 1961, cuyas líneas fundamentales son las siguientes:

##### 1. *La nueva concepción del Municipio*

En la Constitución de 1961 se había introducido un cambio fundamental en la institución municipal con relación al concepto que existía desde la fundación de la República. En efecto, y para referirnos únicamente al régimen anterior a 1961, es necesario tener presente que el Municipio no era autónomo y ni siquiera tenía personalidad jurídica. La autonomía residía en la Municipalidad, dotada de personalidad jurídica, que estaba formada por el conjunto de Municipios que integraban cada Distrito (artículo 18 de la Constitución de 1953). En

el Municipio capital del Distrito había un Concejo Municipal, que ejercía la representación de la Municipalidad, en el que se reunían las funciones de legislación, de administración y de control. Los Municipios eran solamente un ámbito de acción de la Municipalidad y en cada uno de ellos había una Junta Comunal, integrada por tres miembros, que eran designados por el Concejo Municipal. En las leyes estatales se preveía que los Concejos Municipales, independientemente de la población a la que sirvieran, estarían integrados siempre por siete concejales, excepto el del Distrito Federal, que tenía 24 concejales porque se regía por una ley especial.

En la Carta Fundamental de 1961 se dispuso que la autonomía debía residir en el Municipio, con lo cual se buscaba hacer coincidir el Municipio jurídico con el Municipio sociológico, es decir, dotar a las ciudades de una organización autónoma con capacidad para gestionar los asuntos propios de la vida local, para lo cual cada una de ellas debía tener su Concejo Municipal. Por tal razón, la personalidad jurídica y la autonomía se trasladaba de la Municipalidad al Municipio, sin perjuicio de que éste pudiera agruparse con otros Municipios de un mismo centro poblado para formar los Distritos Metropolitanos. En esa misma Constitución se consagró que “La ley podrá establecer diferentes regímenes para la organización, gobierno y administración de los Municipios, atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico, situación geográfica y otros factores de importancia” (art. 27), lo cual sentó la base para terminar el uniformismo entre los Municipios, pero se introdujo una Disposición Transitoria, la Primera, conforme a la cual se mantenía el ordenamiento municipal vigente hasta entonces, mientras se dictaba la ley orgánica que debía desarrollar la nueva institucionalidad del Municipio.

## 2. *La promulgación de la Ley Orgánica de Régimen Municipal*

Pasaron muchos años antes de que se aprobara la que se llamó la Ley Orgánica de Régimen Municipal, la cual entró en vigencia el 10 de agosto de 1978 y que no solamente tuvo como novedad la de desarrollar los principios constitucionales sobre el Municipio, sino que fue la primera vez que se dictaba una ley nacional para regular los Municipios. Hasta entonces éstos se regían por las normas constitucionales, por las leyes de división político territorial que dictaban los Estados –las que se limitaban a crear los Municipios y sus divisiones internas, con sus respectivos linderos- y por las ordenanzas Municipales.

En la Ley Orgánica de Régimen Municipal (en adelante LORM), a su vez, se dispuso que se mantendría la organización municipal anterior hasta tanto las Asambleas Legislativas, en el período constitucional (de cinco años) que se iniciaba el año próximo (1979), dictaran las leyes sobre división político territorial, en concordancia con los nuevos principios, entre los que se incluyó la integración de los Concejos Municipales con un número variable de concejales, según la población del Municipio. En el período 1979-1984, no se dictaron las leyes estatales, salvo una excepción, por lo que la reforma se mantuvo congelada. En 1984 se modificó la LORM para prorrogar el lapso previsto para que la reforma entrara en vigencia, y no fue sino hasta 1989 cuando se eligieron concejales en los nuevos municipios autónomos, en el número variable determinado en la ley. De esta forma, de los 714 Municipios (no autónomos) que teníamos a comienzos de 1989, agrupados en 191 Distritos, se pasó a los 337 Municipios con que contamos ahora.<sup>1</sup>

## 3. *Los cambios derivados del proceso de descentralización*

Con la promulgación de la Ley sobre Elección y Remoción de los Gobernadores de Estado, en el año 1988 y reformada al año siguiente, se dio inicio en Venezuela a un proceso

---

1. Sobre la evolución legislativa a que nos referimos puede consultarse: A. R. Brewer-Carías, *El Régimen Municipal en Venezuela*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984 y Carlos Moros Puentes, *El Poder Público Municipal Venezolano*, de la misma Editorial, San Cristóbal, 1991.

de descentralización que tuvo su fundamento jurídico en dos disposiciones constitucionales: por una parte, el artículo 22 que autoriza la elección de los Gobernadores cuando así lo dispusiera la ley; y por la otra, el artículo 137 que preveía que el Congreso, por el voto de las dos terceras partes de los miembros cada Cámara, podía atribuir a los Estados o a los Municipios determinadas materias de la competencia nacional, a fin de promover la descentralización administrativa.

Como la descentralización auspiciada por la Comisión Presidencial para la Reforma del Estado (COPRE) estuvo centrada en el fortalecimiento de las administraciones estatales, diversos municipalistas expresaron su recelo de que los Municipios perdieran importancia con relación al conjunto de la Administración Pública, pero no fue así. Por el contrario, los Municipios se vieron ampliamente favorecidos por la asignación de mayores recursos, derivados principalmente del aumento del Situado Constitucional, del Fondo Intergubernamental para la Descentralización (FIDES) y de la Ley de Asignaciones Económicas Especiales derivadas de Hidrocarburos (LAEE), por una parte, y por la otra, por la dotación de una estructura que promueve la eficiencia, como fue la que se implantó con la creación de la figura del Alcalde, en la reforma de la LORM de 1989.

Pero además, como parte de ese proceso de reformas, se consideró que era necesario establecer una vinculación mayor entre electores y elegidos en el ámbito municipal, de donde resultó, de un lado, la Enmienda N° 2 de la Constitución, que se sancionó el 16 de marzo de 1983 y en la cual se estableció que “Para las elecciones de miembros de los Concejos Municipales podrá adoptarse un sistema electoral especial y distinto del que rige para las elecciones de Senadores, Diputados y miembros de las Asambleas Legislativas” (art. 1°), lo que abrió las puertas para el establecimiento de elementos uninominales en dichas elecciones, sin atenerse a la representación proporcional de los partidos o con atenuación de tal principio. De otro lado, a partir de 1988 se consagró en la legislación electoral que las elecciones municipales debían ser separadas de los comicios nacionales, con el fin de evitar que éstas restaran importancia a aquéllas.

#### 4. *Las modificaciones que introduce la Constitución de 1999*

Mientras en la Constitución de 1961 las normas sobre el Municipio aparecían como un Capítulo en el Título I, De la República, su Territorio y su División Política, en la Constitución de 1999 hay cambios importantes en la organización de las materias objeto de regulación. Se consagra el Título IV al Poder Público, en la siguiente forma: en el Capítulo II se regula la competencia del Poder Público Nacional; en el Capítulo III el Poder Público Estatal y en el Capítulo IV el Poder Público Municipal. En la nueva Constitución no se menciona el Poder Público Municipal sino en el nombre del Capítulo y, en cambio, se alude a los Municipios y demás entidades locales, entre las que se incluyen las mancomunidades y modalidades asociativas intergubernamentales (art. 170), los distritos metropolitanos (art. 171) y las parroquias (art. 173).

En la Constitución de 1961 no se determinaba la organización interna de los Municipios, aspecto éste que quedaba referido a lo que dispusiera la ley. En la de 1999 se consagra la figura de los Alcaldes (art. 174), de los Concejos (art. 175), de las Contralorías Municipales (art. 176) y de los concejales (art. 177), que ya existían en la LORM. Con respecto a los Alcaldes y concejales, se expresan las condiciones que se requieren para ser electos y la duración de los mandatos.

En general, la Constitución de 1999 no promueve un cambio en la institución municipal de la magnitud que tuvo la de 1961, aunque sí introduce innovaciones que es necesario destacar, entre ellas las siguientes:

- a) Se elevan al rango constitucional, a veces con modificaciones, regulaciones que estaban en la LORM y en otras leyes:
- Normas generales sobre el régimen de los distritos metropolitanos.
  - La figura de las parroquias.
  - Regulación sobre los Alcaldes y sobre los Concejales.
  - Regulación sobre la Contraloría Municipal.
  - Régimen general de los ejidos.
  - Enumeración de impuestos, adicionales a los asignados en la Constitución de 1961, que ya tenían los Municipios por la LORM y por otras leyes.
  - Competencia sobre la justicia de paz, que ya existía desde la promulgación de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, el 20 de diciembre de 1994.
- b) Se introducen regulaciones nuevas sobre:
- Aclaraciones y limitaciones al poder tributario de los Municipios.
  - Los Distritos Metropolitanos y las Mancomunidades.
  - El Consejo Local de Planificación Pública.
  - Posibilidad de transferencia de servicios de los Estados y Municipios a las comunidades y grupos vecinales y promoción de mecanismos de participación.
  - Participación en el Consejo Federal de Gobierno (aún no regulado ni en funcionamiento).
  - Se les prometen ingresos adicionales derivados del el Fondo de Compensación Interterritorial (aún no creado).
  - Referendos revocatorios de Alcaldes y concejales.

Por otra parte, son aplicables a los Municipios principios contenidos en otros Títulos de la Constitución, como los referidos al derecho y a los medios de participación política (artículos 62 y 70), a las disposiciones generales sobre el Poder Público (artículos 137 al 143), a las normas sobre la función pública (artículos 144 a 149) y al régimen de la Hacienda Pública, tal como lo examinaremos posteriormente.

## II. LA ORGANIZACIÓN DE LOS ENTES LOCALES EN LA LOPPM

Dentro del primer año siguiente a la instalación de la Asamblea Nacional ha debido aprobarse “La legislación que desarrolle los principios constitucionales sobre el régimen Municipal” (Disposición Transitoria Cuarta de la Constitución, numeral 7). Con el retardo que había sido censurado por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en su sentencia del 6 de noviembre de 2003, declaratoria de la omisión legislativa, se discutió y sancionó en la Asamblea Nacional la Ley Orgánica del Poder Público Municipal (en adelante LOPPM), que derogó la Ley Orgánica de Régimen Municipal, vigente desde 1978, su Reglamento Parcial N° 1 sobre la Participación de la Comunidad, así como todas las ordenanzas y demás instrumentos jurídicos municipales vigentes que contradigan lo establecido en esta Ley.

La LOPPM desarrolla las previsiones constitucionales sobre la materia y reitera muchas de las disposiciones anteriormente vigentes. Es una ley reglamentista, en un grado aún mayor que la LORM, lo que deja poco espacio para la legislación estatal y limita notablemente las posibilidades de auto-organización de los Municipios.

Antes de adentrarnos en el examen de las disposiciones de la LOPPM<sup>2</sup> considero oportuno hacer dos señalamientos de forma. En primer lugar, la ortografía que se utiliza en esta ley en ocasiones difiere de la que adoptó el Constituyente de 1999. Así, en la ley se escribe municipios, concejos municipales, alcaldes, alcaldesas, mientras que la Constitución alude a Municipios, Concejo, Alcaldes, Alcaldesas. Como partimos del principio de que la ley no debe enmendar a la Constitución, utilizaremos la ortografía que aparece en la Carta Fundamental, pero en la transcripción de artículos de la LOPPM dejaremos la forma de escribir del legislador. En segundo lugar, nos separaremos de la Constitución y de la LOPPM en cuanto a la distinción de géneros -excepto cuando se transcriben disposiciones constitucionales o legales, o cuando parezca conveniente hacerlo-, como se hace igualmente en otras leyes recientes, en aras de simplificar y hacer más ligeras las frases, en el entendido de que cuando nos referimos a un cargo público en masculino, ese mismo cargo puede ser también desempeñado por personas de sexo femenino.

En la nueva ley se regulan los Municipios como la figura objeto del más amplio desarrollo entre los entes que integran el Poder Público Municipal, en el que se incluyen, además, los distritos metropolitanos, las mancomunidades, las parroquias y demás demarcaciones dentro del territorio del Municipio, tales como la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío.

#### 1. *Los Municipios*

##### A. *Aspectos generales*

La definición de Municipio que se hace en la Constitución de 1999 y en la LOPPM es sustancialmente igual a la de 1961: “constituyen la unidad política primaria de la organización nacional, gozan de personalidad jurídica y autonomía dentro de los límites de esta Constitución y de la ley” (art. 158, Const.). En forma similar, los atributos de la autonomía municipal se mantienen iguales: elección de sus autoridades, gestión de las materias de su competencia, la creación, recaudación e inversión de sus ingresos y el principio de que los actos de los Municipios no podrán ser impugnados sino ante los tribunales competentes.

En la Constitución de 1961 se preveía la posibilidad de crear diferentes regímenes municipales (“la ley podrá establecer diferentes regímenes...”). En la Constitución de 1999 el mandato se hace imperativo (“la legislación...establecerá”). En el proyecto que dio origen a la LOPPM se determinaba la tipología de los Municipios, pero en la discusión legislativa se suprimió la enumeración de los regímenes diferentes, porque ello obligaba a incluir a los Municipios en uno determinado, lo cual creaba una rigidez innecesaria. En la LOPPM, la definición de esos regímenes se dejó a “la legislación municipal que desarrollen los Consejos Legislativos y los concejos municipales” (art. 47), pero se reguló con algún detalle lo correspondiente al Municipio Indígena, tal como tendremos oportunidad de destacar.

##### B. *La creación de Municipios*

Las condiciones para la creación de Municipios se mantienen iguales, excepto en cuanto a los requisitos de población: anteriormente se exigía para la creación de un Municipio que existiera una población de 10.000 habitantes, pero podía prescindirse de este requisito cuando hubiera “un grupo social asentado establemente con vínculos de vecindad permanentes”, siempre y cuando contara con un centro poblado no menor de 2.500 habitantes (art. 17). Según la LOPPM no se requiere de una población mínima en el territorio del Municipio a ser creado, pero debe existir un centro poblado no menor a la media poblacional de los Municipios del Estado, excluidos los dos de mayor población, y si no hay otro Municipio en

---

2. La Editorial Jurídica Venezolana publicó en agosto de 2005 el libro colectivo *Ley Orgánica del Poder Público Municipal* y en octubre del mismo año la segunda edición de dicho libro, en la que se incluyen comentarios de Allan R. Brewer-Carías, Fortunato Gonzalez Cruz, José Ignacio Hernández, Luis Fraga Pittaluga, Manuel Rachadell, Adriana Vigilancia y Daniela Urosa Maggi.

la entidad para hacer la comparación, se requerirá de una población no menor de 10.000 habitantes (art. 10). Bajo la legislación anterior (art. 22 de la LORM), un Municipio podía dejar de serlo para convertirse en parroquia cuando se mantuviera sin llenar los requisitos legales durante tres años consecutivos, pero la situación existente continuaba mientras la Asamblea Legislativa no modificara la Ley de División Político Territorial del Estado. Ahora los Municipios que no cumplan los requerimientos legales no pueden conservar tal carácter más allá del plazo máximo de un año que tienen los Consejos Legislativos para adecuar la división política territorial a las previsiones de esta ley (art. 285 de la LOPPM). Las nuevas condiciones, más estrictas que las anteriores, se traducirán en una disminución significativa del número de los Municipios actuales, que ascienden a 337.

Los Municipios deben tener capacidad para generar recursos propios, suficientes para atender los gastos de gobierno y administración general y proveer la prestación de servicios mínimos obligatorios (art. 10), los cuales por cierto son ahora determinados por la ley estatal de creación en cada caso (art. 68), aún cuando “La prestación de los servicios de agua potable, de recolección de basura, de alcantarillado de aguas servidas y pluviales, de alumbrado público, de plazas y parques públicos, será obligatoria para todos los municipios” (art. 68). Esa capacidad se determinaba por un estudio técnico que debía hacer el organismo de desarrollo de la región (corporación regional), pero bajo el nuevo régimen debe constar en acta la opinión favorable del órgano rector nacional en la materia de presupuesto público (Oficina Nacional del Presupuesto) y del Consejo de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (art. 10,3), institución esta última prevista en la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas, del 20 de agosto de 2002, presidida por el Gobernador del Estado, conforme a lo dispuesto en el artículo 166 de la Constitución.

En el procedimiento para la creación, fusión o segregación de Municipios que corresponde a los Consejos Legislativos de los Estados, mediante ley, se distinguen diversos regímenes:

a. *Un régimen general*

En este régimen se incluye que la iniciativa de la ley corresponde a un número de electores con residencia en los municipios a los cuales pertenezca el territorio afectado, no menor del 15% del Registro Electoral Permanente, o al Consejo Legislativo, por acuerdo de las dos terceras partes de sus miembros, o a los Concejos Municipales que estén comprendidos en el territorio afectado, mediante acuerdo de las dos terceras partes de sus integrantes, o al respectivo Gobernador, con la aprobación de las dos terceras partes de los integrantes del Consejo Legislativo o a los Alcaldes con la anuencia de los Consejos Locales de Planificación Pública (art. 10).

Con relación al régimen anterior estos requerimientos para la iniciativa son más flexibles en algunos aspectos (antes se requería del 20% de los electores que residan en la jurisdicción de la comunidad o comunidades afectadas), pero en general son más estrictos, dada la exigencia de mayorías calificadas en los Consejos Legislativos o en los Concejos Municipales. Como novedad se observa la atribución de la iniciativa a los Alcaldes y Gobernadores, que antes no la tenían, siempre que obtengan la aprobación o la anuencia de los órganos colegiados indicados.

Pero el aspecto más innovador de la nueva ley en esta materia es sin duda la exigencia de la aprobación del proyecto de ley de creación, fusión o segregación de Municipios mediante referéndum, donde participarán los electores de los Municipios involucrados, para lo cual se requiere que concurran al proceso, al menos, el 25% de ellos y que el voto favorable al proyecto sea mayor al 50% de los consignados. Este requisito significa, en la práctica, que se prohíbe la creación de nuevos Municipios bajo el régimen general, porque las poblaciones son renuentes a que se suprima el Municipio a que pertenecen o a que se segreguen espacios de ese Municipios para crear nuevos entes locales.

b. *Régimen particular para los Municipios indígenas*

Sólo serán creados previa solicitud de los pueblos y comunidades u organizaciones indígenas, formulada ante el respectivo Consejo Legislativo, atendiendo a las condiciones geográficas, poblacionales, elementos históricos y socioculturales de esos pueblos y comunidades (art. 11). No se especifica en la ley la necesidad de obtener las opiniones favorables de los órganos nacionales de presupuesto y planificación ni de lograr la mayoría calificada en el parlamento regional, pero consideramos que no podría prescindirse de ellos, así como tampoco de la aprobación por referéndum del proyecto de ley, dado que el régimen especial sólo se refiere a la iniciativa del proyecto, no al proceso de aprobación del mismo. No obstante, si la idea del legislador –o de quien aplique la norma- fuera facilitar la creación de estos Municipios, una interpretación en sentido contrario al indicado podría imponerse.

c. *Municipios de régimen especial*

En este caso la especialidad consiste, en primer lugar, en que existan razones de interés nacional relativas al desarrollo fronterizo o exigencias especiales, derivadas del plan de desarrollo económico social de la Nación; en segundo lugar, en que la iniciativa se reserva exclusivamente al Presidente de la República en Consejo de Ministros y, en tercer lugar, en que se exige el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 10 de la ley. La ley sancionada por el Consejo Legislativo no estaría sometida a la exigencia de una mayoría calificada ni se requeriría de su aprobación por referéndum, dado los altos intereses que se han invocado.

De las consideraciones anteriores se desprende, por una parte, que algunos Municipios perderán la condición de tales y, por la otra, que, dejando a salvo el supuesto de los Municipios indígenas, no se crearán nuevos Municipios sino cuando así lo disponga el Presidente de la República.

C. *Las competencias municipales*

Las competencias municipales se enumeran en la Constitución anterior en forma enunciativa y global, mientras que en la de 1999 se hace de modo exhaustivo (art. 178), incorporando al texto constitucional las competencias que se habían desagregado en la LORM y en otras leyes.

En la LOPPM (art. 55) se introduce como novedad la clasificación de las competencias municipales en cuatro clases:

1. Competencias propias del Municipio (art. 56), incluyendo en ésta la justicia de paz creada según la ley orgánica de 1994 y la promoción de la participación ciudadana.
2. Competencias concurrentes que les asignen como tales la Constitución, las leyes de base y las leyes de desarrollo.
3. Competencias descentralizadas: las que le transfieran el Poder Nacional y los Estados, de acuerdo a las previsiones constitucionales, de las leyes de base y de las leyes de desarrollo.
4. Competencias delegadas: las que provienen del Poder Nacional o de los Estados bajo esta figura y que sean aceptadas por los Municipios.

Esta clasificación de competencias proviene de la experiencia de la descentralización (competencias concurrentes o transferidas) que se había comenzado desde 1990, y de la aplicación de figuras que, como la delegación, habían sido desarrolladas en la Ley Orgánica de la Administración Pública.

En este aspecto nos abstendremos de examinar las competencias en particular, para no desbordar el propósito de las presentes consideraciones. No obstante, debemos indicar que no encontramos ninguna competencia en la nueva legislación que pueda ser calificada de novedosa.

*D. Los modos de gestión de los servicios municipales*

En la LOPPM (art. 69) se reitera la forma de prestación de los servicios públicos municipales que se regulaba en la LORM: por las mismas autoridades municipales, mediante órganos que dependan jerárquicamente de ellas (desconcentración), utilizando formas de descentralización funcional (institutos autónomos o empresas municipales) o a través de contratos con particulares (concesiones). En esta ley se consagra la obligación de los Municipios de promover la desconcentración del gobierno y administración, así como la descentralización para la prestación de los servicios, y se dispone que en los procesos de desconcentración se establecerán formas efectivas de participación ciudadana (art. 71).

En el Capítulo sobre los modos de gestión encontramos innovaciones que es conveniente subrayar:

En primer lugar, los Municipios están en la obligación de estimular la creación de empresas de economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas, y de promover la constitución de empresas autogestionarias y cogestonarias, para facilitar la participación de los trabajadores y de las comunidades y garantizar la participación ciudadana en la gestión municipal (art. 70).

En segundo lugar, en cuanto a la descentralización funcional, se aclara que la iniciativa para la discusión de ordenanzas de creación de institutos autónomos no puede provenir de la cámara municipal sino del Alcalde, que a éste compete la creación de personas jurídicas de derecho privado (sociedades, fundaciones o asociaciones civiles), y que en todos los procedimientos de creación de tales figuras se exige que conste la opinión previa del Síndico Procurador y del Contralor Municipal (art. 72). Cuando se trate de crear empresas para prestar servicios municipales, éstas pueden ser de propiedad exclusiva del Municipio o de economía mixta.

*E. La organización interna de los Municipios*

Según la nueva ley “El Poder Público Municipal se ejerce a través de cuatro funciones: la función ejecutiva, desarrollada por el alcalde o alcaldesa a quien corresponde el gobierno y la administración; la función deliberante que corresponde al Concejo Municipal integrado por concejales y concejales. La función de control fiscal corresponderá a la Contraloría Municipal, en los términos establecidos en la ley y su ordenanza. Y la función de planificación, que será ejercida en corresponsabilidad con el Consejo Local de Planificación Pública” (art. 75).

En los principios de la organización administrativa municipal hay pocos cambios: las ordenanzas desarrollarán los principios contenidos en la Constitución y en las leyes; cada Municipio establecerá por ordenanza el Estatuto de la Función Pública Municipal (art. 78), dentro del marco constitucional y legal (la Ley del Estatuto de la Función Pública contiene diversas regulaciones aplicables al ámbito municipal); por ley orgánica se regularán las modalidades y límites de las remuneraciones de Alcaldes y concejales, lo que significa que se mantiene en vigencia la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarios de los Estados y Municipios (art. 79); es igual el régimen de las incompatibilidades (art. 81) y el de la prohibición de postulaciones para los cargos electivos (art. 83).

Con respecto a las condiciones que deben reunir las autoridades municipales hay un aspecto que merece destacarse. En la Constitución de 1961 no se regulaba la organización

interna de los Municipios, porque lo que no se mencionaba a los concejales y mucho menos a los Alcaldes, que no existían inicialmente. Por esta razón, no se determinaban los requisitos para el desempeño de estos cargos. Cuando se elabora la LORM no se pueden establecer requisitos de edad para los concejales, ni tampoco para los Alcaldes -cuando se crea esta figura en la reforma de 1989-, diferentes a la de ser mayores de edad, porque se consideró que una ley que impusiera una edad superior podía ser tachada de inconstitucional, toda vez que consagraría limitaciones para el ejercicio de derechos políticos que no estaban en la Constitución. Con la promulgación de la Constitución de 1999 la situación cambia. Con respecto a los Alcaldes, se dispone en la Ley Fundamental que “Para ser Alcalde o Alcaldesa se requiere ser venezolano o venezolana, mayor de veinticinco años y de estado seglar”. Por ello, en la LOPPM (art. 85) se reiteran esas exigencias y se agregan dos condiciones: que deben tener su residencia en el Municipio durante al menos los tres últimos años previos a su elección y que en los Municipios fronterizos deben ser venezolanos por nacimiento y sin ninguna otra nacionalidad.

Con respecto a la inclusión de requisitos que no estaban en la Constitución debemos aclarar que en ésta se dispone, por una parte, que “La ley nacional podrá establecer principios, condiciones y requisitos de residencia, prohibiciones, causales de inhabilitación e incompatibilidades para la postulación y ejercicio de las funciones de alcaldes o alcaldesas y concejales o concejalas” (Art. 177), y por la otra que las condiciones de elegibilidad de los concejales serán las determinadas por la ley (art. 175). Con ese fundamento, se consagró en la LOPPM que para ser concejal se requiere la edad de veintiún años, además de las condiciones de residencia y de la nacionalidad única en los Municipios fronterizos (art. 93).

El período de las autoridades municipales electas es de cuatro años, como lo había dispuesto la Constitución (desde la LORM era de tres años y antes de ésta el período era igual al presidencial), y las elecciones deberán ser necesariamente separadas de las que se realicen para elegir los órganos del Poder Nacional; cuando pudiera plantearse la coincidencia, aquélla quedará diferida por un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año, según la decisión que tome el órgano electoral nacional (art. 82).

#### a. *El Ejecutivo Municipal*

El Alcalde es la primera autoridad civil y política de la jurisdicción municipal. Al igual que los concejales, es electo por votación universal, directa y secreta, y a diferencia de éstos, sólo puede ser reelegido por una sola vez. Las condiciones para ser Alcalde están establecidos en la Constitución y ratificados en la LOPPM (art. 85), lo que incluye, en el supuesto de que el candidato sea venezolano por naturalización, la residencia ininterrumpida en el país por 15 años, por lo menos, previos al ejercicio. En el caso de los municipios fronterizos, como ya se dijo, se exige la nacionalidad venezolana por nacimiento, sin otra nacionalidad, lo cual constituye una novedad y se deriva de la autorización de la doble o múltiple nacionalidad que hace la Constitución de 1999, que antes no existía.

La figura del Alcalde que se regula en la LOPPM es sustancialmente la misma de la LORM y sus competencias son similares. Como particularidades de alguna importancia merecen destacarse las siguientes:

En primer lugar, los candidatos a Alcalde deben someter a consideración de los electores los lineamientos de sus programas de gobierno respectivos. El que sea electo deberá incorporar esos lineamientos en la propuesta de plan municipal del desarrollo (art. 86).

En segundo lugar, el Alcalde ahora no preside el Concejo Municipal sino que esa función le corresponde a un concejal (art. 86).

En tercer lugar, se incorporan obligaciones del Alcalde sobre los temas de la planificación y del registro civil, que ya estaban consagradas en leyes vigentes, y se le insta a promover la participación ciudadana y la educación para la participación.

En cuarto lugar, se califica de falta grave el incumplimiento de la obligación del Alcalde de presentar oportunamente la rendición de cuentas sobre su gestión al Concejo Municipal o a la Contraloría Municipal y de presentar la rendición pública de cuentas, lo cual puede dar lugar a la intervención del Ministerio Público o de la Contraloría General de la República, según el caso (art. 91).

En quinto lugar, se suprime la norma de la LORM conforme a la cual “El Alcalde y los Concejales no podrán ser detenidos policialmente sino por orden escrita y motivada del Gobernador del Estado” (art. 64), lo cual hace más vulnerable la condición de estos funcionarios, quienes no disfrutaban de la prerrogativa del antejuicio de mérito.

Por último, debemos indicar que el Alcalde no queda suspendido en el ejercicio del cargo por la improbación de su Memoria y Cuenta (que ahora aparece dividida: la memoria, llamada informe de su gestión, se presenta ante el Concejo y la Cuenta ante la Contraloría Municipal), como ocurría bajo el imperio de la LORM (art. 69), cuando tal acto se adoptaba por una mayoría de, al menos, las tres cuartas partes de los integrantes del Concejo Municipal. En cambio, son aplicables al Alcalde, así como a los concejales, la norma del artículo 72 de la Constitución sobre la revocatoria del mandato de los cargos de elección popular.

#### b. *El Concejo Municipal*

En la Constitución se menciona en dos oportunidades al órgano legislativo del Municipio (artículos 175 y 176) y se le denomina “el Concejo”. Podría pensarse que -puesto que cuando Concejo se escribe “c” en el medio se alude siempre a un órgano municipal, lo que hace innecesario que se le agregue el adjetivo “municipal”- ello llevaría al legislador a referirse en la LOPPM al Concejo sin añadido alguno, pero no fue así. Por otra parte, la LOPPM evita usar la expresión “Cámara” para referirse al órgano colegiado municipal o metropolitano, a diferencia de la LORM, donde se utilizaba aquella expresión como sinónimo de Concejo o Cabildo, según el caso (artículos 56, 151, 159, 163, 171, 175).

El Concejo Municipal, ahora presidido por un concejal o una concejala, se modifica en cuanto al número de sus miembros (art. 94): se mantiene un mínimo de 5 concejales que se eligen en los Municipios de hasta 15.000 habitantes, pero el número máximo es de 13 concejales en los Municipios de 600.000 habitantes y más, cuando anteriormente el máximo era de 17 concejales en los Municipios que tuvieran más de 1.000.000 de habitantes. Los requisitos para ser concejal son similares a las que existían bajo la LORM, pero se exige la edad de 21 años y la residencia de más de 10 años, cuando se trata de venezolanos por naturalización y son electos en Municipios fronterizos. Esto significa que a los concejales, a diferencia de los Alcaldes, no se les exige tener una nacionalidad única para ejercer sus cargos en Municipios fronterizos. El requisito de residencia en los demás casos se mantiene igual: 3 años anteriores a la elección, por lo menos.

En líneas generales, el Concejo Municipal de la LOPPM es igual al que existía anteriormente, con las siguientes modificaciones dignas de destacar:

En primer lugar, el Concejo Municipal tiene sus propias partidas de gastos, que deben ser ejecutadas por su Presidente, lo que les garantiza una mayor autonomía frente al Alcalde.

En segundo lugar, se incluyen funciones nuevas como son las siguientes:

- Funciones de consulta a las comunidades y sus organizaciones sobre las ordenanzas a ser discutidas, incluida la del Reglamento Interior y de Debates, así como la participación ciudadana en el proceso de formación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública municipal.

- Funciones relacionadas con la planificación, como aprobar el Plan Municipal de Desarrollo y el Plan de Inversión Municipal, que son adicionales a los planes urbanísticos; y con la descentralización, como la de aceptar la delegación o transferencia de competencias que le hagan al Municipio.

- Se incluyen nuevas competencias, tales como: aprobar el cambio de nombre del Municipio, que antes requería de una modificación de la Ley de División Política territorial que sancionaban los Consejos Legislativos o imponer, conforme a la legislación nacional, las sanciones de suspensión o inhabilitación para ejercer los cargos de concejal o concejala.

- Se consagra la obligación de los concejales de presentar, dentro del primer trimestre del ejercicio fiscal respectivo, de manera organizada y pública a los electores de la jurisdicción, la rendición de su gestión (sic) legislativa y política del año inmediatamente anterior.

En la LOPPM se regulan las funciones del Presidente del Concejo Municipal (art. 96), y entre estas merece destacarse la de presentar trimestralmente al contralor municipal un informe detallado de su gestión y del patrimonio que administra con la descripción y justificación de su utilización y gastos, el cual pondrá a disposición de los ciudadanos y ciudadanas en las oficinas correspondientes.

El régimen de los concejales tiene pocos cambios que reseñar, nos referiremos particularmente al tema de las remuneraciones que les corresponden. En la LORM se disponía expresamente que “Los concejales no devengarán sueldos, solo percibirán dietas por asistencia a las sesiones de la Cámara y de las Comisiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 159 de esta Ley” (art. 56). Por su parte, en el artículo antes citado se pautaba lo siguiente:

*Artículo 159.* De las sesiones ordinarias o extraordinarias que celebre el Concejo o Cabildo, o las Comisiones Permanentes durante el mes, solo podrán ser remuneradas hasta cuatro (4) sesiones de las Cámaras y dos (2) de las Comisiones, si el Cuerpo esta integrado por cinco (5), siete (7) o nueve (9) Concejales; y hasta seis (6) sesiones de la Cámara y cuatro (4) o nueve (9). Si la Cámara o las Comisiones Permanentes celebraren un número mayor de sesiones mensuales, solo se remuneraran las anteriores señaladas.

Perderá la dieta el Concejal que se retire antes de finalizar la respectiva sesión sin permiso de quien la presida”.

En la Constitución de 1999 (art. 148) se suprime la compatibilidad de los cargos edilicios con el desempeño de otras funciones públicas remuneradas que existía bajo la Carta de 1961 (art. 123) y se remite a la ley la decisión a este respecto (art. 177), de donde se desprende que el cargo de concejal puede ser regulado como incompatible con el ejercicio de otra función pública remunerada, a diferencia de lo dispuesto en la LORM, en la cual se consagraba que “Los Concejales no podrán ser trasladados, sin su consentimiento, a otro lugar que les impida el ejercicio de su función municipal, cuando desempeñen algún otro destino público compatible” (art. 65).

Entonces, ya que se limitaban las prerrogativas de los concejales, existía la expectativa de que se otorgara a éstos el *status* de funcionarios públicos, el disfrute de un sueldo fijo y la posibilidad de acceder a sistemas de seguridad social, de prestaciones sociales y de jubilación, al menos en los Municipios de tamaño superior al promedio. No obstante, del numeral 21 del artículo 95 de la LOPPM, conforme al cual el incumplimiento de los concejales en su obligación de presentar a los electores la rendición de su gestión, se sancionará con la suspensión de la dieta hasta su presentación, se desprende que el legislador ha optado por mantener el sistema de dietas, pero sin las limitaciones del número de sesiones remuneradas que establecía la LORM, dado que ésta fue derogada. No obstante, esta norma luce contradictoria con lo dispuesto en el artículo 79 de la LOPPM, la cual remite a la ley orgánica que rige la materia la determinación de “la modalidad y el límite de las remuneraciones que correspon-

dan por el desempeño de la función pública de alcalde o alcaldesa, de los concejales o concejalas y, de los miembros de las juntas parroquiales”. Esa ley es actualmente la Ley Orgánica de Emolumentos para Altos Funcionarios y Funcionarias de los Estados y Municipios, del 23 de marzo de 2002, en la cual no se consagra la figura de la dieta sino que se alude, con relación a los concejales, a remuneraciones o a emolumentos, que éstos perciben dentro de los límites cuantitativos que se establecen en dicha ley orgánica.

Por estas consideraciones estimamos que, en una reforma de la Ley Orgánica que venimos de citar, podría establecerse una modalidad de remuneración para los concejales que esté acorde con las características del cargo, que en la mayor parte de los Municipios requiere de una dedicación integral.

En otro orden de ideas, en la LOPPM se incluye, entre las atribuciones de los Concejos Municipales, la de “Imponer, de acuerdo con lo establecido en la Constitución y las leyes, las sanciones de suspensión e inhabilitación para el desempeño del cargo de concejal o concejala” (art. 95, numeral 16). A este respecto se observa que ni en la Constitución ni en la LOPPM están previstas estas sanciones con respecto a los concejales. Podría pensarse que la norma se refiere a la facultad que se asigna a la Contraloría General de la República en la ley que rige sus funciones de “imponer, atendiendo a la gravedad de la irregularidad cometida, su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas hasta por un máximo de quince años...” (art. 105 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal). No obstante, no lo consideramos así por las siguientes razones:

En primer lugar, sostenemos el criterio de que la inhabilitación aludida, así como la sanción de destitución y las demás que se derivan de la responsabilidad administrativa, no son aplicables a los funcionarios electos, para no referirnos, en general, a la posible inconstitucionalidad de la disposición. En particular, la destitución y la inhabilitación de funcionarios electos constituyen limitaciones al ejercicio de derechos políticos, que sólo pueden estar consagradas en la misma Constitución, en la cual se expresa que “No podrán optar a cargo alguno de elección popular quienes hayan sido condenados o condenadas por delitos cometidos durante el ejercicio de sus funciones y otros que afecten el patrimonio público, dentro del tiempo que fije la ley, a partir del cumplimiento de la condena y de acuerdo con la gravedad del delito” (art. 65). La responsabilidad que impone el organismo contralor es administrativa en un doble sentido: por una parte, porque se refiere al incumplimiento de tareas administrativas por funcionarios públicos; por la otra, porque se declara mediante un acto administrativo. En cambio, la inhabilitación de funcionarios electos sólo puede ser decidida por actos judiciales, en los estrictos casos a que se refiere la norma constitucional trascrita.

En segundo lugar, la norma que comentamos menciona que la sanción de suspensión y la de inhabilitación (que aluden a dos supuestos diferentes), las impone el Concejo Municipal a los concejales, lo cual carece de toda base constitucional y legal. Pero además, la disposición a que nos referimos es peligrosa, porque en el funcionamiento del órgano colegiado una mayoría de concejales podría considerarse autorizada para suspender o inhabilitar a un concejal, sea por razones políticas –que sería lo más frecuente- o por cualesquiera otras. En definitiva, todo intento de aplicar esta disposición debe considerarse atentatoria contra los derechos políticos de los concejales y como violatoria de la autonomía municipal.

### c. *La Contraloría Municipal*

En la Constitución de 1999 se había otorgado a la Contraloría Municipal rango constitucional, se habían definido sus funciones básicas y se había establecido que el titular del órgano debía ser designado por el Concejo mediante concurso público (art. 176). En la LOPPM se desarrollan las competencias de la Contraloría Municipal en el artículo 102 y siguientes, las cuales son las normales en este tipo de órganos. En lugar de hacer la consideración detallada de esas competencias, formularemos una apreciación de conjunto sobre la función contralora municipal.

Bajo la Constitución de 1961, la Contraloría General de la República era “órgano auxiliar del Congreso en su función de control sobre la Hacienda Pública, y gozará de autonomía funcional en el ejercicio de sus funciones” (art. 236). Este concepto se aplicaba a las contralorías de las demás personas públicas territoriales. En la Constitución de 1999 se mantiene la autonomía de la Contraloría, pero se le suprime carácter de órgano auxiliar del Poder Legislativo. A partir de ese momento la función contralora no depende de la representación popular sino que se la vincula con el Poder Ciudadano y se la mantiene a cargo de un órgano que no recibe la investidura directamente de los electores. Ello tiene diversas consecuencias jurídicas y políticas que se manifiestan en el ámbito municipal. La LOPPM (art. 75) dispone que el Poder Público Municipal se ejerce a través de cuatro funciones, y pone a cargo de la Contraloría Municipal la titularidad de la función contralora, por lo que la cámara municipal se queda únicamente con la función legislativa. No obstante, contradictoriamente, se incluye entre las atribuciones del Concejo Municipal “Ejercer funciones de control sobre el gobierno y la administración pública municipal” (art. 95,20). Por otra parte, en el artículo 130 de la misma ley se asigna al Alcalde la responsabilidad de la administración de la Hacienda Pública Municipal “sin perjuicio del régimen de control atribuido al Concejo Municipal, al Consejo Local de Planificación Pública, a la Contraloría Municipal y al control ciudadano”. De modo que no es cierto que la función de control sea privativa de la Contraloría Municipal, sino que está compartida entre ésta, la cámara municipal, otras instituciones y las comunidades. Esta ambigüedad, que conduce a que tanto los Gobernadores como los alcaldes no rindan la cuenta de su gestión ante la representación popular sino ante la Contraloría respectiva, lo cual transforma un acto político en una actividad técnica (al menos aparentemente), en desmedro de la democracia, así como la desvinculación de la Contraloría de su relación con el órgano legislativo, resultan inconvenientes en nuestro criterio, y así lo confirma la evolución de las actividades de control, caracterizadas por una pérdida de efectividad.

d. *El Consejo Local de Planificación Pública*

Esta figura había sido creada en el artículo 182 de la Constitución de 1999, como un órgano presidido por el Alcalde e integrado por los concejales, los presidentes de las Juntas Parroquiales y representantes de organizaciones vecinales y otras de la sociedad organizada.

Las competencias de los consejos mencionados se desarrollan inicialmente en el Decreto con Rango de Ley Orgánica de Planificación y luego en la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública y en la LOPPM. En esta última se crean los consejos parroquiales y comunales de planificación pública y se remite a la ordenanza correspondiente lo relativo a la integración, organización y funcionamiento de estas “instancias del Consejo Local”, dentro de los lineamientos de la LOPPM (art. 113).

e. *Los órganos auxiliares: la Secretaría, la Sindicatura y el Cronista del Municipio*

El Capítulo VI del Título IV de la LOPPM se destina a la regulación de los “Órganos Auxiliares”. No vemos la necesidad de que figuras administrativas como la Secretaría o el Cronista del Municipio hayan sido creadas y reguladas en una ley nacional sobre el Poder Público Municipal, cuando tales órganos o tales funciones pueden perfectamente ser organizados mediante ordenanzas municipales.

En cambio, la Sindicatura no es un órgano auxiliar ni cumple sólo funciones internas al Municipio, sino que tiene atribuidas competencias que se relacionan con la representación del Municipio en instancias judiciales y en la formulación de denuncias de hechos ilícitos en que incurran funcionarios o empleados en el ejercicio de sus funciones, por lo que un fundamento legal a estas atribuciones parecía necesario.

## 2. *Los Distritos Metropolitanos*

En la Constitución de 1961 se disponía escuetamente que “Los Municipios podrán ser agrupados en Distritos” (art. 27), y con esta base en la LORM se había introducido la figura de los distritos metropolitanos como “entidades de carácter público formadas por la agrupación de dos o más Municipios en razón de la conturbación de sus centros urbanos capitales, en forma tal que han llegado a constituir una unidad urbana económica y social con más de doscientos cincuenta mil (250.000) habitantes” (art. 24). Pero además, en la LORM se incluía una amplia regulación sobre esta figura, que comprendía normas sobre la iniciativa para su creación, sobre sus ingresos y sobre su organización y régimen de gobierno. No obstante, bajo el imperio de esta legislación no se llegó a crear ningún Distrito Metropolitano.

En la Constitución de 1999 se regula en dos artículos esta figura, que se permite crear “Cuando dos o más Municipios pertenecientes a una misma entidad federal tengan relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto características de un área metropolitana” (art. 171). Según la Constitución, el régimen jurídico de los Distritos Metropolitanos es definido así: por una parte, en la ley orgánica (ahora la LOPPM) se debe garantizar el carácter democrático y participativo de su gobierno, se deben establecer sus competencias funcionales y el régimen fiscal, financiero y de control, a cuyo efecto podrán establecerse diferentes regímenes atendiendo a las condiciones de población, desarrollo económico y social, situación geográfica y otros de importancia. Además, la ley orgánica debe asegurar la participación de los Municipios que integran este tipo de distrito en los órganos de gobierno metropolitano y dictar el régimen de las consultas populares que decidan la vinculación de estos últimos al distrito metropolitano. Por otra parte, la fijación de límites, organización y competencias de los Distritos Metropolitanos en particular, dentro del marco establecido por la ley orgánica, corresponde al Consejo Legislativo respectivo, cuando previamente ha obtenido un pronunciamiento favorable mediante consulta popular de la población afectada, excepto cuando los Municipios que deseen constituirse en Distrito Metropolitano pertenezcan a entidades federales distintas, en cuyo caso su creación y organización corresponderá a la Asamblea Nacional (art. 172).

En nuestro país existe un ejemplo de este tipo de figura: el Distrito Metropolitano de Caracas, creado y organizado por la Asamblea Nacional Constituyente mediante ley especial, atendiendo al mandato que ella misma se había dado (artículo 18 y Disposición Transitoria Primera de la Constitución), y en el cual se incluyeron los Municipios Libertador del Distrito Capital y Sucre, Chacao, Baruta y El Hatillo del Estado Miranda.<sup>3</sup> En este caso, la adopción de la figura del Distrito Metropolitano, a cargo de un Alcalde Metropolitano y de un Cabildo Metropolitano, fue la forma que encontró el Constituyente para coordinar los servicios municipales en el área metropolitana de Caracas, en el entendido de que no se trata de una entidad federal diferente, por una parte, porque lo que se crea es un gobierno municipal a dos niveles, y por la otra, porque según la misma Constitución se prohíbe desmembrar el Estado Miranda.

Adicionalmente debemos señalar que la Asamblea Nacional creó una figura con elementos organizativos similares al dictar la Ley Especial que crea el Distrito del Alto Apure, de fecha 18 de octubre de 2001, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 3 de la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución. En este caso el propósito no fue el de reorganizar la prestación de servicios públicos municipales en un área urbana, sino el de instituir una autoridad para coordinar las actuaciones municipales y nacionales en los Municipios Páez y Rómulo Gallegos del Estado mencionado, a cargo de un Alcalde Distrital y de un Cabildo Distrital, en una zona donde existen situaciones conflictivas derivadas del narcotráfi-

---

3. Sobre este aspecto remito a mi trabajo: “Distrito Capital o Distrito Metropolitano” en *El Derecho Constitucional a Comienzos del Siglo XXI. Estudios en homenaje al Profesor Allan R. Brewer Carías*, Instituto de Derecho Público de la UCV, Ediciones Civitas, Madrid 2003, pp. 3291 y ss.

co, la guerrilla y la contraguerrilla colombiana, el abigeato, el contrabando y la inmigración ilegal, las cuales no habían sido atendidas debidamente desde la capital del Estado, ubicada en otro extremo de la entidad federal. La fórmula que se plasmó en la Ley significa, en la práctica, la creación no de una autoridad municipal sino de una nueva entidad federal, dada la desvinculación que se consagra entre las autoridades distritales y las del Estado a que pertenecen. Por tal razón podría considerarse que la regulación adoptada lesiona el principio del federalismo consagrado en la Carta Fundamental.

Ahora bien, volviendo a la figura de los Distritos Metropolitanos en general es oportuno destacar las siguientes regulaciones:

Esta figura aparece reservada en la LOPPM a los casos en que “dos o más Municipios tengan entre sí relaciones económicas, sociales y físicas que den al conjunto urbano las características de un área metropolitana, y que hayan desarrollado previamente experiencias de mancomunidades durante al menos dos períodos municipales continuos, podrán organizarse en Distrito Metropolitano” (art. 20). La exigencia de experiencias previas de mancomunidad limita grandemente la posibilidad de organizar estas figuras, dado que entre nosotros las mancomunidades han sido y son casi inexistentes.

La creación del Distrito Metropolitano corresponde al Consejo Legislativo mediante ley, pero si los Municipios pertenecen a entidades federales distintas la iniciativa corresponderá a la Asamblea Nacional, tal como lo había dispuesto la Constitución (art. 172). Los requisitos de la iniciativa para crear estas figuras son iguales a los establecidos para la creación de Municipios y también se exigen los informes técnicos y la consulta popular, pero con la particularidad de que ésta es previa a la discusión del proyecto de ley. La iniciativa deberá ser presentada (*sic*) dentro de los dos primeros años del período del poder público municipal y la ley sancionada deberá ser publicada para que sea efectiva la elección de nuevas autoridades distritales, por lo menos con un año de anticipación a la fecha del proceso comicial (art. 22). Ese plazo es diferente al establecido para la publicación de leyes sobre creación, fusión o segregación de Municipios, lo cual debe hacerse con al menos seis meses de anticipación a la fecha de las elecciones para un nuevo período municipal (art. 15). Consideramos que, dados los requisitos para la iniciativa de creación de Distritos Metropolitanos, la exigencia de la consulta popular y los problemas que se han suscitado en el funcionamiento del Distrito Metropolitano de Caracas, no será fácil que se creen entes locales de esta naturaleza.

En la ley de creación de un Distrito Metropolitano se regulará la organización de éste, sus competencias y los aportes que darán los Municipios involucrados para el financiamiento de los servicios que se le atribuyen. Anteriormente, en la LORM se determinaba el porcentaje de los recursos municipales (50% del Situado y 50% de los ingresos propios) que debían asignarse al ámbito metropolitano, sin definirse las competencias de este ámbito, y también se regulaban las autoridades metropolitanas y sus competencias.

No obstante, en la LOPPM (art. 24) se consignan algunas disposiciones básicas sobre la organización de los Distritos Metropolitanos, tales como las siguientes:

Existirá un órgano de gobierno y administración, cuya denominación deberá ser establecida en la ley de creación (en la LORM era el Alcalde Metropolitano, nombre que se tomó para el régimen especial de Caracas). La función legislativa será ejercida por el Consejo Metropolitano (con “s” en el medio), el cual estará integrado de la manera que se establezca en la ley de creación del respectivo distrito (según la LORM, las funciones deliberante, normativa y de control en los distritos metropolitanos correspondían al Cabildo). El cambio de la denominación del órgano legislativo y la falta de determinación sobre el nombre del órgano ejecutivo puede atribuirse al deseo del legislador de no repetir denominaciones que se asignaron al régimen especial de Caracas, a pesar de que éstas se tomaron del régimen general de los distritos metropolitanos que existía bajo la LORM.

En la LOPPM se establecen normas generales sobre los ingresos de los Distritos Metropolitanos (artículos 25 y 26), pero no se precisan los porcentajes con que deben contribuir los Municipios a su sostenimiento, como sí se hacía en la LORM.

Por último, se consignan en la LOPPM algunas disposiciones sobre el régimen transitorio que se produce cuando se crea un Distrito Metropolitano (artículos 27 y 28) y se hacen extensivos a éstos las demás normas contenidas en dicha ley, incluidas las relativas a los privilegios y prerrogativas (artículo 29).

### 3. *Las parroquias y otras entidades locales*

En la Ley Fundamental que nos rige la figura de la parroquia adquiere rango Constitucional (art. 173). Su objeto, se dice en esta norma, es el de promover la desconcentración de la administración del Municipio, la participación ciudadana y la mejor prestación de los servicios públicos. Pero ni en la Constitución ni en la LOPPM el perfil jurídico administrativo de la parroquia aparece claro, como tampoco lo estaba en la LORM. Por una parte, se califica a las parroquias como entidades locales, al incluirse entre “otras entidades locales”, de modo que puede sostenerse que son personas jurídicas. Cuando el Concejo Municipal decide crear parroquias mediante ordenanza aprobada por las tres cuartas partes de sus integrantes, debe especificar “la organización, funciones, atribuciones y recursos que se les confieran” (art. 31, LOPPM), y debe indicar “Los recursos humanos y de equipos asignados a la parroquia u otra entidad local territorial, y los medios necesarios para su eficaz ejecución”. Asimismo, en la ordenanza de creación de la parroquia se deberá indicar “La asignación del ingreso propio del Municipio que tendrá carácter de ingreso de la parroquia” (art. 34,4), todo lo cual hace pensar que las parroquias tienen un presupuesto y una administración propias.

Pero por otra parte, se les define como “demarcaciones creadas con el objeto de desconcentrar la gestión municipal” (art. 30), mas no “descentralizar”, lo que autoriza a sostener que son órganos de los Municipios carentes de personalidad jurídica y, por tanto, de presupuesto. En este sentido se dispone en el artículo 39 de la LOPPM que “El presupuesto municipal de cada ejercicio fiscal incorporará los planes, programas, proyectos encomendados a la parroquia o a la entidad local territorial, con previsión de los respectivos créditos...” En nuestro criterio, esta norma despeja la incógnita: las parroquias son órganos dependientes del Municipio, sin personalidad jurídica ni patrimonio propio, y al calificarlas como “entidades locales territoriales” se hace un uso poco técnico de la expresión, puesto que en derecho los entes o entidades son personas jurídicas, a diferencia de los órganos desconcentrados. De allí se desprende que, por ejemplo, las parroquias no tienen empleados ni bienes propios ni pueden ser demandadas en juicio.

Las competencias de las parroquias son de apoyo a las actividades de los Municipios, por lo que la enumeración de sus facultades siempre se refieren a “promover”, “auspiciar”, “ayudar”, “cooperar” u otras por el estilo, y pueden recibir delegación de los alcaldes, de acuerdo a las ordenanzas municipales (art. 37).

Las condiciones que debe tener un territorio para que en él se cree una parroquia lucen bastante indeterminadas en la LOPPM y una de ellas, la base poblacional, debe ser la definida en la ley estatal. En todo caso, nos parece un avance que la LOPPM asigne a los Concejos Municipales la competencia para crear las parroquias, en lugar de dársela a los órganos legislativos de los Estados, mediante la Ley de División Político-Territorial, como ocurría anteriormente (art. 17 de la LORM).

Los órganos de gestión de la parroquia permanecen iguales: una junta parroquial de cinco miembros en las parroquias urbanas y de tres en las parroquias no urbanas y sus actividades se realizará “sin perjuicio de la unidad de gobierno y gestión del Municipio” (art. 35). En la LOPPM se expresan las condiciones que deben reunir los aspirantes a estos cargos y se

dispone que serán electos democráticamente por los vecinos, pero la determinación de la forma de elección se delega en la legislación electoral, como se hacía en la LORM. Los miembros de las juntas parroquiales cobran una dieta, como se desprende de la norma que determina la suspensión de la misma en caso de incumplimiento del deber de cada miembro de presentar la rendición de cuentas de su gestión durante el primer trimestre del ejercicio respectivo.

Con relación a las demás “entidades locales territoriales” o “demarcaciones dentro del territorio del Municipio”, como antes señalamos, en la LOPPM se mencionan a la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío, pero no se determina ni el perfil jurídico administrativo que les corresponde, ni la organización que deben tener, todo lo cual queda a criterio del Municipio en la ordenanza respectiva. Lo que sí es cierto es que esas figuras no tienen la naturaleza de entes territoriales ni personalidad jurídica de derecho público. Por ello, si un Municipio aspira a dotarlas de personalidad jurídica debe acudir a actos de registro civil y utilizar moldes de derecho privado como son la fundación o la asociación civil.

#### 4. *Las mancomunidades y demás figuras asociativas*

Tanto la Constitución de 1961 como la vigente contemplan la figura de la mancomunidad, aunque en esta última se prevé, además, que los Municipios “podrán acordar entre sí o con los demás entes públicos territoriales, la creación de modalidades asociativas intergubernamentales para fines de interés público relativos a materias de su competencia” (art. 170).

En la LOPPM se expresa, de modo pleonástico, que la mancomunidad “es una figura asociativa constituida en forma voluntaria por dos o más municipios”, (art. 40) y se dispone, como innovación, que éstos no tienen que ser colindantes ni pertenecer obligatoriamente a la misma entidad federal y que “la mancomunidad podrá asumir una o varias funciones de los municipios mancomunados, pero no podrá asumir la totalidad de ellas” (art. 41). Se prevé además, la participación del Poder Nacional o Estatal en el financiamiento de mancomunidades, a los fines de la descentralización de competencias o actividades de un nivel a otro, de conformidad con la legislación rectora en cada sector (art. 41).

Para la creación de mancomunidades se requiere de un Acuerdo entre los Municipios que aspiran a formarla, como se disponía antes, pero ahora se exige que las mismas estén contempladas en el Plan de Desarrollo de los Municipios comprometidos o sean consideradas favorablemente en los Consejos Locales de Planificación Pública de esos Municipios, con informes económicos que sustenten su creación (art. 42).

En los Acuerdos de creación de las mancomunidades, que constituyen el Estatuto de éstas, se determinan los elementos necesarios para su organización, funcionamiento, financiamiento y disolución, pero ahora se incluye, por una parte, el establecimiento de mecanismos de participación de la ciudadanía, con mención a la rendición de cuentas a la población de los Municipios, y por la otra, la determinación de los mecanismos que garanticen el cumplimiento de los aportes a los cuales se obligan las entidades que la constituyen, incluida la posibilidad de autorizar derivaciones de transferencias nacionales o estatales en caso de incumplimiento (art. 43). Esto último lo que quiere decir es que puede establecerse en el Acuerdo que cuando algún Municipio no cumpla su obligación de hacer el aporte convenido a una mancomunidad, el Ejecutivo Nacional o la Gobernación del Estado pueden transferir directamente a la mancomunidad recursos provenientes del Situado o de otros subsidios que correspondan al Municipio.

En la LOPPM se reitera la disposición que venía de la LORM sobre la adquisición de personalidad jurídica de derecho público por la mancomunidad y la prohibición de comprometer a los Municipios que la integran, más allá de los límites establecidos en el Estatuto respectivo (art. 44).

Entre las otras modalidades asociativas intergubernamentales que se mencionan en la Constitución, se prevé en la LOPPM la creación, mediante acuerdo entre Municipios, de empresas, fundaciones, asociaciones civiles y otras figuras asociativas intergubernamentales (art. 45), acuerdos éstos que pueden celebrarse con otros entes públicos territoriales (la República, Estados o el Distrito Capital), a los fines de interés público relativo a materias de su competencia (art. 46).

#### 5. *Lapso para ejecutar reformas*

En el artículo 286 de la LOPPM se dispone que “Los Consejos Legislativos procederán en el lapso de un año, a sancionar las disposiciones legales para la adecuación de las previsiones sobre el régimen municipal y la división político territorial en su jurisdicción a las normas dispuestas en esta Ley; así mismo, los municipios deberán adecuar progresivamente su ordenamiento normativo propio, en el año siguiente a la entrada en vigencia de la presente Ley, dándole prioridad a la ordenanza donde se desarrollen los mecanismos de participación ciudadana.”

### III. EL RÉGIMEN DE LA HACIENDA PÚBLICA MUNICIPAL

A tenor de lo dispuesto en el artículo 127 de la LOPPM, “La Hacienda Pública Municipal está constituida por los bienes, ingresos y obligaciones que forman su activo y pasivo, así como los demás bienes y rentas cuya administración corresponda al ente municipal”. Debemos observar que la regulación que examinaremos sucintamente se formula siguiendo casi literalmente los lineamientos contenidos en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, en cuanto a los principios generales y al sistema presupuestario y contable.<sup>4</sup>

#### 1. *Los principios generales*

La administración financiera de la Hacienda Pública Municipal (debería decirse “la administración de la Hacienda Pública Municipal” o “la administración financiera municipal”), cuya responsabilidad incumbe al Alcalde (art. 130), comprende los sistemas de bienes, planificación, presupuesto, tesorería, contabilidad y tributario regulados en esta ley (art. 128). Estas normas, y las correspondientes de la Constitución, han sido dictadas para los Municipios, pero rigen también, en cuanto sean aplicables, para otros entes u organismos del sector público municipal, como son: los distritos metropolitanos, los institutos autónomos municipales, los servicios autónomos sin personalidad jurídica, las sociedades civiles y mercantiles con participación determinante del Municipio y otras personas jurídicas de derecho público no contempladas anteriormente (art. 131). Por otra parte, se reiteran en la LOPPM disposiciones que estaban en otras leyes, como las que establecen la responsabilidad patrimonial del Municipios por daños causados a terceros y la responsabilidad de los trabajadores municipales por daños causados al patrimonio municipal por actuaciones dolosas o culposas (artículos 132 y 133).

#### 2. *El régimen de los bienes y de las obligaciones municipales*

En este Capítulo II del Título V de la LOPPM, curiosamente, se incluyen amplias regulaciones sobre los ingresos municipales, que no son ni bienes ni obligaciones, y, en cambio, se excluyen las normas sobre los ejidos, que se tratan en un capítulo aparte.

##### a) El régimen de los bienes:

---

4. Para mayores detalles sobre este aspecto véase mi trabajo “La Hacienda Pública Municipal”, en el libro *Ley Orgánica del Poder Público Municipal*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2005, pp. 383 a 436.

En este aspecto se repiten disposiciones de la LORM y se incorporan como novedades las siguientes:

En primer lugar, se consideran como bienes del dominio público los que adquiera el Municipio mediante expropiación (art. 135.3). Esta innovación es poco feliz, porque la destinación al dominio público de un bien nada tiene que ver con la forma de adquisición. Por lo tanto, un bien adquirido mediante expropiación puede perfectamente pertenecer al dominio privado del Municipio.

En segundo lugar, se levanta la prohibición de dar bienes inmuebles en enfiteusis, cuando se hace con relación a entes públicos o privados para la ejecución de programas o proyectos de interés público en materia de desarrollo económico o social (art. 139). En estos casos, los bienes podrán también ser donados o dados en usufructo o comodato y se prevé una cláusula de reversión a favor del Municipio, cuando los inmuebles dejen de cumplir el fin específico para el cual se hizo la adjudicación. El alcalde en su Memoria y Cuenta Anual incluirá información sobre estas operaciones.

Con respecto a los ejidos podemos destacar algunas normas innovadoras:

Desde la vigencia de la Constitución de 1999 se modifica el concepto tradicional de ejidos. Anteriormente se consideraban ejidos únicamente los terrenos del dominio público municipal situados en las afueras de las poblaciones (la palabra ejido viene del latín *ex situs*, situado en las afueras), destinados a permitir el ensanche de las poblaciones, para lo cual se debían desincorporar del dominio público. Pero en el artículo 181 de la ley fundamental se incluye en la definición de ejidos “los terrenos situados dentro del área urbana de las poblaciones del Municipio que no tengan dueño, sin menoscabo de los legítimos derechos de terceros válidamente constituidos”. Asimismo se dispone en este artículo que “se constituyen en ejidos las tierras baldías ubicadas en el área urbana”. Y a continuación se agrega que “quedarán exceptuadas las tierras correspondientes a las comunidades y pueblos indígenas”. La excepción se refiere a que no se constituyen en ejidos los baldíos ubicados en el área urbana que corresponden a pueblos y comunidades indígenas, lo que parece sugerir, curiosamente, que tales tierras carecen de dueño.

En la ley que examinamos se repiten los conceptos constitucionales, con el mismo error conceptual antes indicado (art. 149).

Por otra parte, en la LOPPM se suprime el procedimiento previsto en la LORM (art. 125) para dar en venta terrenos de origen ejidal previamente desafectados, que incluía la adjudicación mediante la figura del arrendamiento con opción de compra, mientras no se realice la construcción, y se le sustituye por una disposición sobre resolución de contrato, “en caso de que la construcción o el uso convenido para el terreno desafectado de su condición de ejido o terreno privado del Municipio, no se realice dentro del plazo previsto en el respectivo contrato traslativo de la tenencia o propiedad” (art. 149).

#### b) Los ingresos municipales

Entre los ingresos ordinarios se apunta como novedosa la forma de distribución del Situado entre los Municipios de cada Estado, que ahora es así: 30% por partes iguales, 50% en proporción a la población y 30% en proporción a la extensión territorial de cada Municipio. Bajo la LORM la distribución era de 50% por partes iguales entre los Municipios del Estado y 50% en proporción a la población de cada uno de ellos (art. 128). Con la nueva fórmula de distribución se favorece a los Municipios de mayor extensión territorial, lo cual no es injusto ya que estos tienen mayores necesidades de equipamiento. No obstante, son de prever reclamos por parte de los Municipios de menor extensión territorial que, en forma

brusca y sin ninguna gradualidad, vean disminuidos los ingresos que tienen previstos para el presupuesto del año próximo.<sup>5</sup>

Entre los ingresos extraordinarios del Municipio se mencionan, por una parte, “los bienes que se donaren o legaren a su favor”, lo cual es incorrecto, porque los bienes no son ingresos, aunque pueden producirlos y, por la otra, “las contribuciones especiales”. Este último rubro amerita algunos comentarios: lo que se clasifica entre ordinarios y extraordinarios no son los ingresos sino los ramos de ingresos. Entre nosotros se consideran ordinarios los ingresos tributarios, excepto cuando provengan de leyes cuya vigencia no exceda de tres (3) años (art. 7, numeral 6, de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público). Las contribuciones especiales, como tributos que son, producen ingresos ordinarios por ser recurrentes (art. 7, numeral 5 de la LOAFSP). Por lo tanto, es contradictorio con las normas nacionales incluir las contribuciones especiales entre los ingresos extraordinarios, y es incongruente que una contribución especial, la de plusvalía por cambio de uso o de intensidad de aprovechamiento de las propiedades, se considere en la LOPPM como ingreso ordinario (art. 140,1), cuando las demás contribuciones especiales son tenidas como generadoras de ingresos extraordinarios.

Por otra parte, se establece como novedad el principio de que las obligaciones a favor del Municipio, tributarias o no, que no hayan sido honradas a su vencimiento, dan lugar al pago de intereses moratorios, calculados a la tasa mensual que fije la ordenanza, conforme a la legislación nacional aplicable (art. 146). Esta legislación seguramente se refiere al Código Orgánico Tributario, donde se prevén los intereses aludidos, pero referidos únicamente a las deudas tributarias.

Por último, se reitera la prohibición de que los Municipios celebren operaciones de crédito público externo o en moneda extranjera, que ya existe en la Ley Orgánica de Crédito Público, y se agrega que no podrán garantizar obligaciones de terceros (art. 145).

### 3. *La actuación del Municipio en juicio*

Este aspecto, que se refiere a los privilegios y prerrogativas del Municipio en juicio y al procedimiento de ejecución de sentencias contra el Municipio, no está correctamente ubicado en el título sobre la Hacienda Municipal, como tampoco lo estaba en la LORM, por referirse a un tema procesal, que desborda el ámbito hacendario. Pero en términos generales, la regulación no tiene cambios significativos con relación a lo que se disponía en la ley derogada, en la que se incluyeron aspectos inéditos en nuestro derecho como la regulación sobre ejecución de sentencias contra el Municipio y sobre la condenatoria en costas de éstos.

### 4. *La potestad tributaria del Municipio*

Aunque algunos autores (Giuliani Fonrouge, por ejemplo), consideran que los conceptos de poder y potestad tributaria son sinónimos, por nuestra parte preferimos hacer la distinción entre ambas, porque ello permite hacer distinciones en cuanto a la naturaleza y a la jerarquía de las normas que los consagran. Así, el poder tributario se refiere a la creación de tributos, es decir, al poder de legislar en materia tributaria, mientras que las potestades se atribuyen a la Administración para la recaudación tributaria, vale decir, aluden a las facultades y deberes que permiten la ejecución de la ley tributaria. En la ley que examinamos no se sigue el criterio que utilizamos.

---

5. La prensa nacional informa que el 22 de noviembre del corriente año de 2005 fue modificada la LOPPM para establecer una nueva forma de distribución del Situado así: 45% de los recursos del Situado Municipal se distribuirán en parte iguales, 50% en proporción a la población y 5% tomando en cuenta la extensión territorial.

En las Disposiciones Generales (Sección Primera del Capítulo V del Título V) se ratifican principios constitucionales como el de la legalidad tributaria, el lapso para la vigencia de las ordenanzas tributarias, el principio de no confiscación, el sometimiento a las normas nacionales sobre armonización y coordinación tributarias. También se aplican en el ámbito municipal disposiciones del Código Orgánico Tributario como la facultad de celebrar contratos de estabilidad tributaria con contribuyentes o categorías de contribuyentes, el régimen de prescripción de obligaciones tributarias, el régimen de las exenciones, exoneraciones y rebajas, los principios de la fiscalización, entre otros.

Por otra parte, en este Capítulo se incluyen normas nuevas como el rechazo a la múltiple imposición interjurisdiccional, la coordinación y armonización tributaria mediante convenios con otros municipios y con las entidades político territoriales, definiciones sobre las circunstancias que dan lugar a las tasas, la irrenunciabilidad al cobro de tributos, los principios de las relaciones fiscales intergubernamentales, la posibilidad de elaborar y realizar planes conjuntos con las administraciones tributarias de otros municipios o de otras personas públicas territoriales.

En lo que concierne a los ingresos tributarios de los Municipios, debemos señalar que es uno de los aspectos con mayores innovaciones, dado que anteriormente no existía una regulación general sobre la tributación municipal. En la Constitución, en la LORM y en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio se mencionaban los tributos municipales, pero no se desarrollaban los principios de cada uno de ellos, lo que correspondía hacer a las ordenanzas municipales. Como esta materia requiere de un estudio particular que desbordaría la intención de las presentes consideraciones, nos limitaremos a formular algunas apreciaciones de carácter general.

a) Los ramos tributarios que se regula en la LOPPM son los mismos que se mencionan en la Constitución, no hay asignaciones de ramos nuevos a pesar de que la ley puede ampliar el poder tributario de los Municipios.

b) Los ramos tributarios que se citan en la Constitución vigente como de la competencia municipal son los mismos que se asignaban en la Constitución de 1961 y que se habían ampliado en la LORM y en otras leyes: inicialmente, las tasas por el uso de sus bienes y servicios, el impuesto sobre inmuebles urbanos, el impuesto sobre vehículos, el impuesto sobre espectáculos públicos y el impuesto sobre actividades económicas, que es equivalente a la antigua patente de industria y comercio y que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia había calificado, con toda propiedad, como impuesto sobre actividades lucrativas (caso: *Oriente, Entidad de Ahorro y Préstamo*), todos los cuales vienen de la Constitución de 1961.

Además, se agregan los tributos que se habían asignado a los Municipios en la LORM (art. 113): las contribuciones especiales por mejoras, el impuesto sobre juegos y apuestas lícitas y el impuesto sobre propaganda y publicidad comercial, y también la contribución especial sobre la plusvalía de propiedades derivadas de cambios de uso o de intensidad de aprovechamiento de inmuebles, que se había creado en la Ley Orgánica para la Ordenación del Territorio (art. 68).

La recaudación proveniente del impuesto sobre transacciones inmobiliarias, que según el artículo 156,14 de la Constitución se asigna a los Municipios, queda diferida a lo que decida el Poder Nacional, y nada se dice en este Capítulo sobre el impuesto territorial rural o sobre predios rústicos, que según la Constitución (artículos 156,14 y 179,3) se crearía, al igual que el anteriormente mencionado, por disposición del Poder Nacional, pero cuya recaudación y control correspondería a los Municipios, pese a que este ramo se menciona en la LOPPM entre los ingresos ordinarios del Municipio (art. 140,3).

c) La regulación de los tributos en particular recoge muchas disposiciones que estaban contenidas en ordenanzas municipales y los principales avances de la jurisprudencia del Máximo Tribunal en esta materia. Pero además, la LOPPM consagra disposiciones que aclaran muchos de los aspectos controvertidos con respecto a la tributación municipal, particularmente los siguientes:

- Se determina con claridad la base imponible del impuesto sobre inmuebles urbanos y se ratifica el criterio de la antigua Corte Suprema de Justicia de que se considera suelo urbano los terrenos que dispongan de los servicios básicos y se especifica que éstos son “vías de comunicación, suministro de agua, servicio de disposición de aguas servidas, suministro de energía eléctrica y alumbrado público” (Art. 178,1).

- Se regulan los elementos de la contribución especial por plusvalía, aunque algunas disposiciones son discutibles, e incluso injustas, como la presunción que se establece de que “todo cambio de uso o de intensidad de aprovechamiento producirá en los bienes afectados un aumento de valor de al menos el veinticinco por ciento (25%)”, con lo cual se invierte la carga de la prueba y se lesiona la garantía del derecho de propiedad y el principio de la justicia tributaria, consagrados en los artículos 115 y 316 de la Constitución, respectivamente.

- En sentido contrario, como innovación particularmente positiva a pesar de la redacción, cabe reseñar que las ordenanzas de creación de contribuciones especiales contendrán un procedimiento público que garantice la adecuada participación de los potenciales contribuyentes en la obligación tributaria, el cual incluirá la previa consulta no vinculante con los potenciales contribuyentes para permitirles formular observaciones generales acerca de la realización de la obra o el establecimiento o ampliación de un servicio que deba costearse mediante contribuciones especiales (art. 192).

- En el impuesto sobre vehículos se definen los conceptos de sujetos pasivos y de residencia y domicilio, y se establece la obligación de presentar, ante el correspondiente juez, notario u oficina de registro, la solvencia de este impuesto para efectuar transacciones sobre vehículos de tracción mecánica, lo cual antes no existía (art. 198).

- Se especifica el objeto del impuesto sobre propaganda y publicidad comercial, se define como contribuyente al anunciante y se permite que sean designados como responsables del tributo a las empresas publicitarias.

- El impuesto sobre actividades económicas, el más productivo de los ramos tributarios municipales, es el que tiene la regulación más amplia y las principales innovaciones: se establece la obligación de los municipios de “ponderar la incidencia del tributo nacional en la actividad económica de que se trate” (art. 208); se definen las condiciones para que una actividad pueda ser considerada sin fines de lucro; se precisa el ámbito territorial del impuesto, incluyendo el espacio ocupado por aguas, novedad ésta que se deriva del criterio asentado por la Sala Constitucional en el caso Lago de Maracaibo, del 4 de marzo de 2004; se determina el concepto de ingresos brutos, de los que se deduce lo pagado a personas públicas de otro nivel territorial por concepto de regalías o impuestos específicos y se admiten otras deducciones; se establece que la alícuota impositiva aplicable de manera general a todos los Municipios será la fijada en la Ley de Presupuesto Anual, a proposición del Ejecutivo Nacional; se establece con detalle regulaciones sobre el concepto de establecimientos permanentes y reglas consensuadas entre los Municipios o con los contribuyentes para la distribución de la base imponible; se regulan casos particulares de impuestos sobre actividades económicas, como los de prestación del servicio de energía eléctrica, de transporte entre varios municipios, de telefonía fija y móvil, de televisión por cable, de Internet y otros; la aplicación del criterio de la realidad económica en la interpretación de las normas tributarias y la tributación sobre actividades de agricultura, cría, pesca y actividad forestal, siempre que no se trate de actividad primaria.

- Conforme al artículo 288 de la LOPPM “Las normas en materia tributaria contenidas en esta Ley, entrarán en vigencia el 1° de enero de 2006. A partir de esa fecha, las normas de esta Ley serán de aplicación preferente sobre las normas de las ordenanzas que regulen en forma distinta la materia tributaria”.

##### 5. *El sistema presupuestario y contable*

En estos aspectos, se reiteran con relación al ámbito municipal las reglas establecidas en la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP) y sus reglamentos. Se establece la obligación de los Municipios de destinar como mínimo, el 50% de sus ingresos a gastos de inversión o de formación de capital (art. 233), se consignan regulaciones sobre la planificación y las actividades del Consejo Local de Planificación Pública y se contempla la figura del presupuesto participativo (234).

Sobre este último aspecto, que se entronca con lo que examinaremos seguidamente sobre la participación de los ciudadanos, debemos señalar que, en lo relativo a la confección del presupuesto municipal, existe una doble regulación, en la siguiente forma:

Por una parte, en la LOPPM se disciplina el proceso presupuestario municipal en armonía con los lineamientos de la LOAFSP. En este aspecto debemos destacar las siguientes normas que no tienen equivalente en el ámbito nacional: según el artículo 234 “En el mes de julio de cada año el alcalde o alcaldesa entregará al Consejo Local de Planificación Pública la cifra o monto de inversión de cada sector, incluyendo los detalles a que haya lugar. Entre los meses de agosto y octubre se activará el presupuesto participativo de conformidad con lo establecido en la presente ley”. En realidad, no es que exista un presupuesto participativo distinto del presupuesto del Municipio, sino que aquél se define como “el resultado de la utilización de los procesos mediante los cuales los ciudadanos y ciudadanas del Municipio proponen, deliberan y deciden en la formulación, ejecución, control y evaluación del presupuesto de inversión anual municipal. Todo ello con el propósito de materializarlo en proyectos que permitan el desarrollo del Municipio, atendiendo a las necesidades y propuestas de las comunidades y sus organizaciones en el Consejo Local de Planificación Pública”. Por ello, el presupuesto participativo es el presupuesto municipal, en cuya formulación participan representantes de las comunidades.

Por otra parte, en la Ley de los Consejos de Planificación Pública se pauta que el Alcalde presentará al Consejo Local y a las comunidades organizadas la cifra o monto global de inversión de cada sector (art. 13). Sobre este aspecto, observamos que el Alcalde no tiene competencia para efectuar esa distribución de recursos entre los sectores ni existe un procedimiento para que lo haga el Concejo Municipal. Seguidamente, en la ley que examinamos se dispone que las comunidades respectivas, reunidas en Asamblea, aprobarán los proyectos a ser financiados con cargo a los porcentajes de las asignaciones que correspondan a éstas, por concepto de leyes que otorguen y transfieran recursos para las comunidades organizadas, y las Alcaldías están en la obligación de darles curso (art. 14). A continuación se dispone que “Una vez elaborado el Presupuesto de Inversión Municipal a que se refiere esta Ley, será enviado por el Alcalde o Alcaldesa, a la Dirección de Presupuesto y a la Cámara Municipal, para ser sometido a su consideración y aprobación, en un lapso no mayor de sesenta (60) días” (art. 23).

Ahora bien, en la LOPPM no se expresan las facultades del Concejo Municipal en la discusión del presupuesto, pero debe existir un principio equivalente al expresado en la Constitución conforme al cual “La Asamblea Nacional podrá alterar las partidas presupuestarias, pero no autorizará medidas que conduzcan a la disminución de los ingresos ni gastos que excedan el monto de las estimaciones de ingresos del proyecto de Ley de Presupuesto” (art. 313). Este principio, que es aplicable a los Municipios por mandato del último aparte del artículo 311 de la Ley Fundamental, significa que los concejales tienen amplias facultades

para modificar las partidas presupuestarias y que, como criterio general, las opiniones o resoluciones de los órganos o comunidades que participan en la formulación del presupuesto del Municipio no tienen carácter vinculante para el Concejo Municipal. Esto es importante destacarlo, porque de las normas que antes citamos parece desprenderse que la aprobación de proyectos o el presupuesto participativo limitan las potestades de los concejales en el ámbito financiero, lo cual puede ser cierto desde un punto de vista político, pero nunca desde el ángulo jurídico.

#### IV. LA PARTICIPACIÓN PROTAGÓNICA EN LA GESTIÓN LOCAL

Además de las disposiciones en materia tributaria que recogen criterios jurisprudenciales e incorporan diversas soluciones que aclaran las reglas sobre la recaudación fiscal, la innovación más importante que trae la LOPPM es el conjunto de normas sobre participación de las comunidades en la gestión local, aún cuando la mayor parte de ellas quedan sujetas para su vigencia a la sanción de leyes o de ordenanzas municipales.

##### 1. *Declaraciones generales y mecanismos de participación*

Con la LOPPM se pretende desarrollar, en el ámbito correspondiente, las reiteradas declaraciones constitucionales sobre la democracia participativa y, en particular, el contenido del artículo 62 de la Ley Fundamental, conforme al cual:

“Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica”.

Los medios “de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de la soberanía” en lo político y en lo social y económico aparecen mencionados en el artículo 70 de la Constitución, y en el ámbito específicamente municipal se prevén en el artículo 184, *eiusdem*, un conjunto de ámbitos para la participación de las comunidades y grupos vecinales organizados.

A los efectos indicados, en la LOPPM se inserta un conjunto de declaraciones sobre el Municipio, sobre las diferentes demarcaciones que lo integran, así como las jurisdicciones correspondientes a los Distritos Metropolitanos y a las Mancomunidades, como ámbitos de participación; sobre el derecho de los ciudadanos y comunidades a participar en los asuntos locales y sobre el deber de las autoridades municipales de estimular y fomentar los mecanismos para hacer efectivo ese derecho constitucional

Por otra parte, se incita a los ciudadanos a organizarse en contralorías sociales con el objeto de controlar el gobierno local (art. 259) y se establece el deber de los Municipios y demás entidades locales de “favorecer la constitución y desarrollo de las diversas formas de organización de la sociedad, destinadas a la defensa de los intereses colectivos” (art. 260). Aún cuando en la LOPPM se deroga la LORM y su Reglamento Parcial N° 1 sobre la Participación de la Comunidad, normas en la que se preveía la existencia y las formas de organización de las asociaciones de vecinos, es evidente que ello no se traduce en la supresión de estas asociaciones, dado que la nueva ley expresamente se pronuncia sobre el fomento a las diversas formas de organización de la sociedad para la defensa de sus intereses y no otra cosa es lo que corresponde a las asociaciones de vecinos.

Pero además, se incluyen normas sobre las diferentes actuaciones a través de las cuales se ejerce el derecho a la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión municipal, entre las cuales se menciona:

1. El derecho de los ciudadanos a obtener información.
  2. El derecho a presentar propuestas comunitarias
  3. La participación en la toma de decisiones
  4. La definición de los medios de participación
  5. Los programas de formación ciudadana
  6. La participación en los planes y proyectos
  7. La organización en contralorías sociales
  8. La constitución de diversas formas de organización de la sociedad, destinadas a la defensa de los intereses colectivos
  9. La consulta sobre actos de efectos generales que afecten el desarrollo urbano y la conservación ambiental del Municipio, so pena de nulidad.
  10. La cooperación vecinal en el asesoramiento al Municipio.
  11. El presupuesto participativo.
  12. El control social
  13. La rendición de cuentas de las autoridades municipales.
  14. Los referendos.
  15. La iniciativa legislativa de los ciudadanos.
  16. La participación en las actividades de las juntas parroquiales.
  17. La participación de los pueblos indígenas en los Municipios correspondientes, de acuerdo a valores, identidad étnica y sus tradiciones.
2. *La descentralización de los servicios a las comunidades y grupos organizados*

En la Constitución se prevén diversos mecanismos de descentralización y transferencias de competencias y de servicios: en primer lugar, del Poder Nacional a los Estados y a los Municipios, cuando así lo decida la Asamblea Nacional por mayoría de sus integrantes (art. 157); en segundo lugar, de los Estados 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”, de acuerdo a lo que se disponga en el ordenamiento jurídico estatal (art. 165); en tercer lugar, de los Estados y los Municipios a las comunidades y grupos vecinales. Nos referiremos particularmente a este último mecanismo.

En la LOPPM (Capítulo III del Título VI) se regula la descentralización de los servicios a las comunidades y grupos vecinales organizados, lo cual se fundamenta en el artículo 184 de la Constitución, conforme al cual, “La ley creará mecanismos abiertos y flexibles para que los Estados y los Municipios descentralicen y transfieran a las comunidades y grupos vecinales organizados los servicios que éstos gestionen previa demostración de su capacidad para prestarlos...”, a cuyo efecto se menciona particularmente “La transferencia de servicios en materia de salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, mantenimiento de áreas industriales, mantenimiento y conservación de áreas urbanas, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos”.

En la LOPPM se expresan los aspectos que deben demostrar las comunidades y grupos vecinales que soliciten la descentralización o transferencia de servicios públicos municipales y que revelen su capacidad para prestarlos (art. 281). Las transferencias se harán mediante convenios (art. 282), los que según la Constitución “estarán orientados por los princi-

prios de interdependencia, coordinación, cooperación y corresponsabilidad” (art. 184,1). Asimismo se prevé en la LOPPM la intervención del servicio o la reasunción de la prestación por el Municipio, con el voto favorable de la mayoría de los concejales, “cuando se deje de prestar el servicio o se preste deficientemente” (art. 283).

Cuando la transferencia a las comunidades y grupos vecinales provenga de los Estados se requiera, para que el mecanismo entre en vigencia, de una ley del respectivo Consejo Legislativo, en la que se establezca el procedimiento de transferencia y la forma de supervisión de los servicios (art. 284).

Debemos destacar que en diversos artículos se sujeta la vigencia de las disposiciones sobre participación a la promulgación de la ley nacional o de las ordenanzas municipales sobre la materia que corresponda. En tal sentido pueden revisarse los artículos 257, 262, 263, 266, 267 y 284 de la LOPPM.

### 3. *Apreciación general sobre los mecanismos de participación consagrados en la LOPPM*

El Título VI de la LOPPM, referido a la participación protagónica en la gestión local, desarrolla los reiterados principios constitucionales sobre la participación ciudadana y consagra mecanismos sin precedentes en nuestro ordenamiento jurídico. Estamos en presencia de un experimento cuyos resultados no podemos apreciar porque ni siquiera los mecanismos previstos han comenzado a aplicarse. No obstante, nos atrevemos a anticipar algunos criterios sobre esta reforma, particularmente desde el punto de vista de la teoría de la organización.

En primer lugar, bajo la vigencia de la Constitución de 1961 se había producido una evolución del sistema político caracterizada por una escasa participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, como no fuera a través de la incipiente figura de las asociaciones de vecinos. Por lo tanto, la consagración de mecanismos de participación que se hace en la Constitución de 1999 viene a llenar una necesidad sentida.

En segundo lugar, en el ordenamiento jurídico venezolano actual se nota una marcada reticencia hacia la figura de la representación política: parece partirse del supuesto de que los funcionarios electos, distintos del Presidente de la República, son incapaces de cumplir los cometidos que se les asignan y que es necesario que las comunidades tomen en sus manos la gestión de los asuntos públicos. Ya no se trata solamente de que las comunidades sean consultadas por las autoridades sobre los asuntos que les interesan, sino de que los servicios mismos se transfieran para ser prestados directamente por las organizaciones vecinales. Ello desde el punto de vista teórico, porque en la práctica lo que se observa es una creciente concentración del poder en las autoridades, particularmente en la cúspide del Estado.

En tercer lugar, notamos una ausencia de elaboración, tanto jurídica como técnica, sobre los medios de participación, sobre todo en cuanto al régimen de las transferencias. En efecto, supongamos que en el futuro se producen abundantes transferencias de servicios del Poder Nacional a los Estados y a los Municipios y de estos dos niveles a las comunidades, el efecto podría ser el de trastocar el orden de las competencias constitucionalmente asignadas sin límite alguno. En efecto, competencias que originalmente son nacionales o estatales podrían terminar siendo gestionadas por las organizaciones vecinales, con lo cual se habría reelaborado el texto constitucional. Pero lo realmente preocupante es tanto el régimen jurídico de los servicios transferidos, como el sistema de responsabilidades a ser aplicado.

En el primer aspecto, es necesario interrogarse sobre la naturaleza jurídica de los convenios de transferencia y el título jurídico con base en el cual las comunidades prestarían los servicios transferidos. Es importante determinar si las organizaciones vecinales actuarían como concesionarias de servicios públicos, en cuyo caso no habría innovación en el régimen jurídico, aunque sí en cuanto a los titulares de la concesión: ya no serían empresas mercanti-

les sino empresas comunitarias. Pero si las empresas comunitarias no actúan como concesionarias sino a título propio, entonces estaríamos en presencia de una privatización, aunque los beneficiarios fueran diferentes a los que existieron antes. Esto conduce a anticipar que si los mecanismos previstos se cumplieran efectivamente, se produciría una especie de dilución de la Administración Pública en la sociedad y debería discutirse si los prestadores de servicios son funcionarios públicos, sometidos al régimen jurídicos de éstos, o son particulares, o si la distinción entre funcionarios y particulares carece de sentido.

En esas condiciones, el establecimiento de responsabilidades se hace difícil, por no decir imposible. Cuando se reúnen en un mismo sujeto la condición de prestador de servicios y de usuario, y cuando el funcionario público que anteriormente debía prestar el servicio ya no es responsable, sino a lo sumo “corresponsable”, lo normal es que, al final, nadie responda por el mal funcionamiento del servicio. Aunque desde el punto de vista de las sanciones, el servidor-usuario resultaría penalizado por el mal servicio que se presta a sí mismo. Por otra parte, bajo ese esquema hay que dar por terminada la figura de las licitaciones: lo que se debe buscar no sería la empresa que tenga la mayor capacidad técnica y económica para prestar el servicio, sino cumplir la finalidad social de encargarlo a las personas que forman la comunidad de usuarios, aunque la eficiencia resulte lesionada. En algunos casos los resultados pueden ser desastrosos, como ocurre cuando se descarta la utilización de empresas especializadas en recoger la basura, y la falta de transparencia en la asignación de los contratos puede dar lugar a incremento de los niveles de corrupción.

Por último, existe un aspecto político que llama a la reflexión. Cuando se consagra un esquema de descentralización de tanta magnitud que llega a configurar un Estado de democracia directa, se hace necesario buscar la unidad de conducción del Estado a través de mecanismos como el de un partido oficial, cuyo jefe máximo normalmente es el Jefe del Estado, y a través del cual se llevan las instrucciones a las organizaciones sociales de base. En estos casos, los mecanismos de participación pueden tener un carácter formal, ya que las organizaciones vecinales se ven mediatizados por relaciones partidistas de *supra* y subordinación.

## V. CONCLUSIONES

Las consideraciones anteriores nos muestran que las principales innovaciones que introduce la LOPPM en el ordenamiento jurídico son:

A. Desde el punto de vista de la organización del Poder Público Municipal, encontramos:

- a) Se modifican las condiciones para crear Municipios, las cuales se hacen más exigentes, a lo que se agrega el requisito de la aprobación por referéndum, el cual se exige también para la creación de Distritos Metropolitanos. La regulación de las competencias y de los recursos de estos últimos se deja en gran medida a las leyes estatales o nacionales que los creen, según el caso.
- b) Las parroquias serán creadas por los Municipios en lugar de hacerse por los Consejos Legislativos de los Estados.
- c) Se mencionan a la urbanización, el barrio, la aldea y el caserío, entre las “demás entidades locales territoriales” o “demarcaciones dentro del territorio del Municipio”, pero el desarrollo de estas figuras se deja a la legislación estatal.
- d) Se regula el contenido de los Acuerdos para formar las mancomunidades municipales y se incluyen las empresas, fundaciones, asociaciones civiles y otras figuras asociativas descentralizadas entre las otras formas que pueden adoptar los municipios para programas intergubernamentales

B. En el funcionamiento interno de los Municipios se dispone que el Alcalde no presida el Concejo Municipal, pero se debilita la función de control político de la Cámara, en beneficio de la Contraloría Municipal, la cual recibe la cuenta del Alcalde.

C. Las funciones de planificación se regulan para permitir la participación de las comunidades a través de los Consejos Locales de Planificación Pública y se introducen normas para permitir la participación de las organizaciones vecinales en la definición de los proyectos de inversión del Municipio.

D. En la Hacienda Pública Municipal, además de la figura del presupuesto participativo, las principales innovaciones se refieren a la regulación sobre los tributos, con normas técnicas para disipar dudas sobre las facultades municipales, algunas de las cuales habían sido consagradas por la jurisprudencia. Se desarrollan normas constitucionales sobre armonización tributaria con el Poder Nacional y sobre la limitación de las alícuotas en el impuesto sobre actividades económicas, a ser establecidas en la Ley de Presupuesto de la República.

E. Las disposiciones sobre la participación se refieren a diferentes aspectos, además de los ya mencionados: por una parte, se establece la obligación de los Municipios de estimular la creación de empresas de economía social, tales como cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas, y de promover la constitución de empresas autogestionarias y cogestionarias; por la otra, se definen numerosos medios de participación de las organizaciones vecinales en la gestión local y se regulan mecanismos de transferencia de servicios de los Municipios hacia las comunidades.

Finalmente, alertamos sobre la necesidad de estudiar a fondo las implicaciones técnicas, jurídicas y políticas de los mecanismos de transferencia de servicios a las organizaciones vecinales, para evitar que procedimientos que en líneas generales responden a una necesidad sentida puedan generar efectos perversos o lleguen incluso a transformarse en declaraciones vacías.

# Comentarios Monográficos

## REVOCATORIA DE CONCESIONES EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EN RADIO Y TELEVISIÓN

Carlos García Soto  
Abogado magna cum laude  
Universidad Monteávila

**Resumen:** *A partir del marco general de la teoría de la revocatoria de las concesiones, se analiza el régimen de revocatoria de concesiones de radio y televisión a la luz de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión.*

El presente trabajo está dedicado al régimen de la revocatoria de concesiones administrativas en la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión<sup>1</sup>, en el entendido de que la Ley establece causales de revocatoria distintas a las contempladas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, y que por tanto amplía el catálogo de causales por las que un contrato de concesión administrativa puede ser revocado unilateralmente por la Administración-concedente en el área de telecomunicaciones.

Para ello expondremos, en *primer lugar*, un ensayo de teoría general de la revocatoria de concesiones administrativas; en *segundo lugar*, señalaremos las particularidades surgidas de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones sobre la técnica concesional, para finalizar, en *tercer lugar*, con el régimen contenido en la Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión en cuanto a las facultades del ente concedente para revocar unilateralmente concesiones en los supuestos establecidos en la Ley.

### I. TEORÍA DE LA REVOCATORIA DE CONCESIONES ADMINISTRATIVAS

#### 1. Introducción

Los contratos de concesión administrativa, al igual que las otras modalidades de contratación que conoce el Derecho Común, se extinguen cuando el plazo de vigencia se cumpla sin que las partes decidan prorrogarlo (vencimiento del plazo y cumplimiento del objeto); pueden disolverse por el mutuo consentimiento de las partes que lo han celebrado, y pueden ser disueltos judicialmente por el incumplimiento de alguna de las partes. Aparte de estas y otras causales comunes a cualquier contrato, en el ámbito de la contratación administrativa, la Administración tiene la potestad de resolver unilateralmente el contrato celebrado, revocar unilateralmente la concesión, en la terminología concesional. Como cualquier acto administrativo, la resolución unilateral tiene fuerza ejecutoria, por lo que la Administración no necesita previo pronunciamiento del juez para ejercerla.

La revocatoria de concesiones tiene la particularidad de que puede ser ejercida aún sin falta del concesionario: la Administración concedente no tendría que alegar necesariamente el incumplimiento del concesionario para resolver el contrato. Así, aún cuando el contrato de concesión administrativa celebrado otorgue la posibilidad a la Administración de demandar judicialmente la resolución del mismo, la Administración concedente puede revocar unilateralmente la concesión. Por otra parte, una cláusula que permita a la Administración solicitar

---

1. *Gaceta Oficial* N° 38.081 de 07-12-04.

judicialmente la resolución de la concesión sólo expresaría el derecho que en todo caso tiene la Administración a solicitar la resolución, conforme a la posibilidad general que contempla el artículo 1.167 del Código Civil<sup>2</sup>, sin que con ello se desconozca la facultad de hacerlo por sí misma de manera unilateral.

## 2. *Justificación*

La potestad de resolución unilateral del contrato de concesión se justifica en la responsabilidad que tiene la Administración Pública de que el contrato sirva siempre al interés público. Cuando un contrato administrativo ya no cumple la función para la cual fue celebrado, su existencia deja de tener los motivos de interés público que la Administración pretende. En palabras de Escola, “si razones de oportunidad, mérito o conveniencia imponen la rescisión, si el interés general lo reclama, la potestad rescisoria debe ser usada y producir sus efectos. Nadie resultará afectado (porque el administrado deberá recibir justa indemnización), y el interés público ganará”<sup>3</sup>.

Así lo señaló la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia en *Acción Comercial, S.A.*:

Quando requerimientos del interés colectivo así lo postulan, acude la Administración a la figura del contrato administrativo para asegurarse la colaboración del particular en la satisfacción de determinadas necesidades de interés general. La presencia de la Administración –dadas determinadas condiciones- en el negocio jurídico, marca a éste, inevitablemente, de características distintas a las de la contratación ordinaria, para asegurar de esta manera que aquélla, depositaria del interés general o colectivo, pueda comprometerse sin sacrificarlo en aras de intereses privados de los administrados, por importantes –individualmente considerados- que éstos parezcan. Los particulares contratantes quedan, a su vez, protegidos en ese género de convenciones gracias a la intangibilidad de la ecuación económica del contrato, en virtud de la cual una lesión a su patrimonio derivada del incumplimiento por la administración de las cláusulas convenidas (rescisión por motivos supervenientes: “hecho del príncipe”, circunstancias imprevisibles, fuerza mayor...) es compensada con la correspondiente indemnización al particular de los daños y perjuicios que pudieren haberse ocasionado. No sin razón se ha afirmado que entre estos dos extremos –sujeción a las normas de derecho civil, expresada en el respeto a la ecuación económica del contrato; y violación de algunos de los principios de derecho privado, motivada por razones de interés público- encuentra su adecuado y paradójico juego la peculiar teoría del contrato administrativo, cuya regulación queda sometida a reglas especiales distintas de las que rigen los pactos jurídico-privados.

(...) Con sus reglas propias, distintas de las del Derecho común, el contrato administrativo autoriza a la Administración contratante para rescindirlo unilateralmente juzgando el incumplimiento del particular que con ella lo suscribiera, a quien en todo caso queda abierta la vía del contencioso para asegurarse, en un debate ante el juez competente, la preservación de la ecuación económica del contrato, si la causa de la rescisión no le fuere imputable, como lo sentara este Supremo Tribunal en la citada sentencia de 12-11-54 (Corte Federal) (...)<sup>4</sup>.

## 3. *Causales de revocatoria*

La revocatoria de concesión puede estar fundamentada en diversas causales:

- 
2. Cfr. Allan R. Brewer-Carías, *Contratos administrativos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1997, p. 183.
  3. Héctor Jorge Escola, *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, pp. 405-406.
  4. Sentencia de la CSJ-SPA de 14-06-83, caso *Acción Comercial, S.A.*

A. *Razones de mérito, oportunidad o conveniencia. Rescate de la concesión*

La primera modalidad de la potestad de resolver unilateralmente el contrato administrativo, se corresponde con la apreciación que la Administración pueda hacer sobre las circunstancias en las cuales se ejecuta el contrato y que le hacen apreciar que es preferible resolver el contrato, bien sea para que la Administración asuma directamente la prestación del servicio o ejecución de la obra, o para contratar con otro concesionario, o por considerar que del objeto de ese contrato ya no se obtiene beneficio alguno para la colectividad. En materia de concesiones a esta potestad se le denomina *rescate* de la concesión.

En la ejecución de un contrato de concesión es capital considerar el *cambio de circunstancias*, que puede ocasionar que el contrato en un momento determinado se sujete a un contexto distinto al que rodeó su celebración. Si ese contexto sufre modificaciones importantes, la Administración podría considerar que el contexto que justificó el acuerdo concesional original ha cambiado lo suficiente como para decidir resolver el contrato.

En las concesiones de servicios públicos esto se hace aún más evidente. En el régimen concesional, el cambio de circunstancias puede ser originado por la evolución de las técnicas o por el aumento o disminución de las necesidades sociales. Si ante un cambio de circunstancias significativo se mantuviera el esquema original en provecho del concesionario, se sacrificaría el mejor servicio del interés público. En este supuesto, la técnica concesional ha permitido, por una parte, que la Administración concedente pueda resolver unilateralmente el contrato y, por otra parte, que se le reconozca al concesionario el derecho de preferencia a continuar la ejecución del contrato de concesión, según las técnicas pertinentes<sup>5</sup>.

Por ello, el rescate por razones de mérito, oportunidad o conveniencia de la concesión no es una sanción para el contratista que ha incumplido, sino una manifestación del deber de la Administración de asegurar el mejor servicio del interés público. Al no ser una sanción por incumplimiento del concesionario, debe la Administración, para resguardar los derechos patrimoniales del concesionario, garantizar una indemnización integral, que comprenda tanto el daño emergente como el lucro cesante<sup>6</sup>.

B. *Nulidad absoluta de la contratación por razones de ilegalidad*

La resolución del contrato por razones de ilegalidad tiene lugar cuando la Administración o el Juez del contrato constata que los actos administrativos por los cuales se formó la voluntad contractual están viciados de nulidad.

Por ejemplo, con respecto al supuesto que la Administración considere después de celebrado el contrato que carecía de competencia, ha dicho Mélich Orsini:

Quando se trate en cambio de un contrato administrativo, la determinación de la legitimación del ente público para celebrar el contrato se concreta a un examen de la legalidad de la actuación del órgano administrativo, hasta el punto de aceptarse en esta materia la llamada *auto tutela* de la Administración, que permite, en aplicación de procedimientos legales *ad-hoc*, anular por decisión unilateral el contrato cuando el ente público crea apercibirse de haber actuado sin tener la competencia para hacerlo o con infracción de alguna norma constitucional o legal<sup>7</sup>.

---

5. Cfr. Eloy Lares Martínez, "El equilibrio financiero de los contratos administrativos", en *Libro-homenaje al profesor Antonio Moles Caubet*, t. I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1981, p. 127.

6. Cfr. Rafael Badell Madrid, "La concesión administrativa", en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 137, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2001, p. 378.

7. José Mélich Orsini, "El contrato administrativo en el marco general de la Doctrina del Contrato", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, N° 116, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, p. 68.

C. *Incumplimiento (doloso o culposo) del contratista (revocatoria, resolución-sanción o caducidad)*

También denominada caducidad, por esta manifestación de la potestad de resolver unilateralmente los contratos, la Administración puede extinguir el contrato celebrado por un incumplimiento del contratista de sus obligaciones, lo que constituye una sanción para éste. A diferencia de la resolución del contrato por razones de mérito, oportunidad, conveniencia e ilegalidad, en este caso se sanciona al contratista con la extinción de la relación contractual debido al incumplimiento de sus obligaciones, debiendo tramitarse el correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

II. PARTICULARIDADES SURGIDAS DE LA LEY ORGÁNICA DE TELECOMUNICACIONES SOBRE LA TÉCNICA CONCESIONAL

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones<sup>8</sup> constituyó la derogación de la reserva del sector de telecomunicaciones. Si bien la derogada Ley de Telecomunicaciones de 1940 *reservó* el sector de las telecomunicaciones al Estado, la Ley de 2000 deroga la reserva y permite el libre ejercicio de la actividad económica de telecomunicaciones a los particulares en un marco de libre competencia bajo ciertas condiciones y matizaciones.

Ello se deduce del artículo 5 de la Ley:

*Artículo 5.* El establecimiento o explotación de redes de telecomunicaciones, así como la prestación de servicios de telecomunicaciones se consideran actividades de interés general, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente *habilitación administrativa* y *concesión* de ser necesaria, en los casos y condiciones que establezca la ley, los reglamentos y las Condiciones Generales que al efecto establezca la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Cursivas nuestras).

Nótese cómo la Ley expresamente señala que la prestación de servicios de telecomunicaciones se considera como actividades de interés general, para cuyo ejercicio se requerirá la obtención previa de la correspondiente *habilitación administrativa*. La expresión *habilitación administrativa* claramente indica que la actividad de telecomunicaciones no se encuentra reservada al Estado, sino que constituye una actividad en la cual los particulares ejercen el derecho a la libertad económica luego de obtenida la correspondiente *habilitación*. Caso contrario, se requeriría una *concesión* y no una *habilitación*.

Sin embargo, el artículo 7 de la Ley declara al espectro radioeléctrico como un bien del dominio público para cuyo uso y explotación exige la correspondiente *concesión*:

*Artículo 7.* El espectro radioeléctrico es un bien del dominio público de la República Bolivariana de Venezuela, para cuyo uso y explotación deberá contarse con la respectiva *concesión*, de conformidad con la ley.

Más adelante, el artículo 9 establece cuáles son los sujetos beneficiarios de las *habilitaciones* y de las *concesiones*:

*Artículo 9.* Las *habilitaciones administrativas* para la prestación de servicios de telecomunicaciones, así como las *concesiones* para el uso y explotación del dominio público radioeléctrico, sólo serán otorgadas a personas domiciliadas en el país, salvo lo que establezcan los acuerdos o tratados internacionales suscritos y ratificados por la República Bolivariana de Venezuela.

Existe un doble régimen para el ejercicio de la actividad económica de las telecomunicaciones: por una parte, la actividad de las telecomunicaciones pertenece al régimen de la libre iniciativa privada, pudiendo los particulares ejercerla con sólo obtener la correspondien-

---

8. *Gaceta Oficial* N° 36.970 de 12-06-00.

te habilitación administrativa; por otra parte, para el uso del espectro radioeléctrico se requiere de una concesión administrativa, en el entendido de que el espectro radioeléctrico es un bien del dominio público.

En este último régimen se conceden concesiones a operadores de radio y televisión. Para el ejercicio de la actividad de telecomunicaciones en radio y televisión es necesario que el operador cuente con el uso del espectro radioeléctrico, para el cual requerirá una concesión, según lo señala el artículo 7 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El artículo 171 de la Ley establece las causales de revocatoria:

*Artículo 171.* Sin perjuicio de las multas que corresponda aplicar de conformidad con lo previsto en esta Ley, será sancionado con la revocatoria de la habilitación administrativa o concesión, según el caso:

1. El destinatario de una obligación de Servicio Universal que incumpla con las previsiones, actividades y cargas derivadas del mismo;
2. El que incumpla los parámetros de calidad, cobertura y eficiencia que determine la Comisión Nacional de Telecomunicaciones;
3. El que no haga uso efectivo de la porción del espectro radioeléctrico que le hubiese sido asignada, en los términos y condiciones establecidos al efecto;
4. El que inobserve una medida provisionalísima o cautelar dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en esta Ley;
5. El que cause interferencias a servicios de telecomunicaciones en forma dolosa;
6. El que utilice o permita el uso de los servicios de telecomunicaciones para los cuales está habilitado, como medios para coadyuvar en la comisión de delitos;
7. El que de forma dolosa suministre información a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones fundada en documentos declarados falsos por sentencia definitivamente firme;
8. Quien incumpla con la obligación de obtener la aprobación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones en las operaciones a las que se refiere el artículo 195 de esta Ley;
9. Quien evada el pago de los tributos previstos en esta Ley;
10. La reincidencia en algunas de las infracciones a las que se refiere esta Sección en el plazo de un año contado a partir del momento en que la sanción anterior quede definitivamente firme.
11. La revocatoria de la concesión del espectro radioeléctrico implicará la revocatoria de la habilitación administrativa correspondiente y viceversa.

Así, el copiado artículo 171 establece un verdadero catálogo de causales de revocatoria de habilitaciones o concesiones en el área<sup>9</sup>. Nótese, en todo caso, que la norma señala que la revocatoria de la concesión generará necesariamente la revocatoria de la habilitación y viceversa. Por ello, en nuestra opinión, podría considerarse que en el ámbito de las concesiones de telecomunicaciones, dentro de las cuales se encuentran las de radio y televisión, la Administración no podría revocar concesiones por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, porque ello implicaría necesariamente la revocatoria de la habilitación administrativa para ejercer la actividad económica de telecomunicaciones. Como se sabe, la revocatoria de una habilitación administrativa implica el ejercicio de una potestad administrativa reglada: la Administración no tiene arbitrio para decidir si otorga o revoca una habilitación: si el administrado cumple con los requisitos legales exigidos, la Administración está obligada a otorgar la concesión y a no revocarla. Por el contrario, si en el sector de telecomunicaciones la Ad-

---

9. El procedimiento administrativo sancionador está regulado en los artículos 176 al 187.

ministración revoca por razones de mérito, oportunidad o conveniencia la concesión de uso del espectro radioeléctrico, de acuerdo con el último aparte del artículo 171 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, revocaría necesariamente también por razones de mérito, oportunidad o conveniencia la habilitación administrativa, lo que constituiría una violación del derecho a la libertad económica.

La Ley Orgánica de Telecomunicaciones constituye una norma marco en materia de revocatoria de concesiones en el ejercicio de la actividad económica de telecomunicaciones, marco que se ve precisado en cuanto a los operadores de radio y televisión en la Ley de Responsabilidad en Radio y Televisión, como se verá de inmediato.

### III. REVOCATORIA DE CONCESIONES EN LA LEY DE RESPONSABILIDAD EN RADIO Y TELEVISIÓN

En *Gaceta Oficial* N° 38.081 del 7 de diciembre de 2004 fue publicada la *Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión*, que tiene por objeto, según su artículo 1°, establecer, en la difusión y recepción de mensajes, la responsabilidad social de los prestadores de los servicios de radio y televisión, los anunciantes, los productores nacionales independientes y los usuarios y usuarias, para fomentar el equilibrio democrático entre sus deberes, derechos e intereses a los fines de promover la justicia social y de contribuir con la formación de la ciudadanía, la democracia, la paz, los derechos humanos, la cultura, la educación, la salud y el desarrollo social y económico de la Nación, de conformidad con las normas y principios constitucionales de la legislación para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes, la cultura, la educación, la seguridad social, la libre competencia y la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

El artículo 29 de la Ley establece el régimen de suspensión y revocatoria de la habilitación administrativa y de la concesión a los prestadores de servicios de radio y televisión:

*Artículo 29.* Los prestadores de servicios de radio y televisión serán sancionados con:

1. Suspensión hasta por setenta y dos horas continuas, cuando los mensajes difundidos: promuevan, hagan apología o inciten a la guerra; promuevan, hagan apología o inciten a alteraciones del orden público; promuevan, hagan apología o inciten al delito; sean discriminatorios; promuevan la intolerancia religiosa; sean contrarios a la seguridad de la Nación; sean anónimos; o cuando los prestadores de servicios de radio, televisión o difusión por suscripción hayan sido sancionados en dos oportunidades, dentro de los tres años siguientes a la fecha de la imposición de la primera de las sanciones.
2. Revocatoria de la habilitación, hasta por cinco años y revocatoria de la concesión, cuando haya reincidencia en la sanción del numeral 1 de este artículo, dentro de los cinco años siguientes de haber ocurrido la primera sanción.

Las sanciones previstas en el numeral 1 serán aplicadas por el Directorio de Responsabilidad Social, de conformidad con el procedimiento establecido en esta Ley. La sanción prevista en el numeral 2, cuando se trate de revocatoria de habilitación y concesión será aplicada por el órgano rector en materia de telecomunicaciones, en ambos casos la decisión se emitirá dentro de los treinta días hábiles siguientes a la recepción del expediente por el órgano competente.

En todo caso, corresponderá a la Consultoría Jurídica de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, la sustanciación del expediente administrativo y regirán, supletoriamente, las normas sobre procedimientos previstas en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

La norma transcrita establece un triple régimen: suspensión de transmisiones hasta por setenta y dos horas continuas, revocatoria de la habilitación administrativa y revocatoria de la concesión.

En cuanto a la figura de la revocatoria, a su vez, la norma establece un doble régimen: la Administración puede revocar tanto la habilitación como la concesión, según el doble régimen previamente establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Según se interpreta de los artículos 5, 7 y 9 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, para el ejercicio de la actividad económica de telecomunicaciones existe un régimen de habilitaciones administrativas para el ejercicio de esta actividad, y un régimen concesional para el uso del espectro radioeléctrico. Por ello, la norma en comentarios establece un doble régimen también en cuanto a la revocatoria, la cual puede ejercerse sobre la habilitación o sobre la concesión.

Esa revocatoria de la habilitación o de la concesión, tiene lugar, según lo dispuesto en el artículo 29, en el caso de que haya reincidencia en las infracciones administrativas contempladas en el numeral 1°. Desde el punto de vista de la técnica legislativa, la norma en comentarios comete un error, al referir la reincidencia a la sanción y no a la infracción, en el entendido de que aquélla es sólo una consecuencia de ésta. La reincidencia debe versar sobre alguna de las infracciones establecidas en el numeral 1° dentro de los cinco años siguientes al momento en el cual se cometió la primera infracción que haya sido sancionada, que es en todo caso la actividad imputable al operador. La sanción sería una consecuencia derivada de dicho incumplimiento.

Por ello, en nuestra opinión, para que pueda procederse a la revocatoria de la habilitación o de la concesión, es necesario que la primera infracción haya sido sancionada por la Administración. Si un operador de telecomunicaciones comete una infracción pero no es sancionado por el órgano competente, no comienza el lapso de cinco años dentro de los cuales, de cometer de nuevo una infracción y ser sancionado por ello, podría ser objeto de una revocatoria, bien sea de habilitación o concesión.

En cualquier caso, el mismo artículo 171 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones señala que la revocatoria de la concesión del espectro radioeléctrico implicará la revocatoria de la habilitación administrativa correspondiente y viceversa. Así, la revocatoria de la habilitación o de la concesión, conlleva necesariamente a la revocatoria de la otra, lo que se resuelve, en última instancia, en la pérdida del derecho por parte del concesionario a ejercer esta actividad económica.

Sin embargo, en el caso de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión, se trata de una revocatoria-sanción, que se produce cuando el operador ha incumplido con alguno de los deberes que la Ley le impone.

Por otra parte, es importante señalar que la norma contenida en el artículo 29 acude a la técnica de los *conceptos jurídicos indeterminados*. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han señalado que “con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto. (...) La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación”<sup>10</sup>. Los conceptos jurídicos indeterminados, a diferencia de los poderes administrativos discrecionales, admiten sólo una solución válida. En el caso de la norma del artículo 29 de la Ley, la Administración deberá precisar en cada caso si el operador ha infringido o no cada uno de los conceptos señalados, no pudiendo decidir a su arbitrio si el operador cometió o no alguna de las infracciones, en base a los conceptos jurídicos indeterminados que la norma señala.

---

10. *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Civitas, Madrid, 2000, t. I, p. 457.

Los artículos 30 al 35 de la Ley establecen el procedimiento sancionador a seguirse en los casos de infracción de sus disposiciones, aplicándose supletoriamente la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y, en nuestra opinión, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. Este procedimiento sancionador será el aplicable a los concesionarios que cometan infracciones a disposiciones de la Ley, algunas de las cuales pueden dar origen a la revocatoria de la concesión. En este caso, se acudirá a la técnica de la revocatoria-sanción, entendiéndose proscrita la posibilidad de revocar concesiones por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, como se señaló.

## LEGISLACIÓN



# Información Legislativa

## LEYES, DECRETOS NORMATIVOS, REGLAMENTOS Y RESOLUCIONES DE EFECTOS GENERALES DICTADOS DURANTE EL CUARTO TRIMESTRE DE 2005

Recopilación y selección  
por Marianella Villegas Salazar  
*Abogado*

### SUMARIO

#### I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Poder Público Nacional*. A. Poder Ejecutivo Nacional: La Administración Pública Central. B. Poder Legislativo. C. Poder Judicial. Régimen de los jueces: Procedimiento disciplinario. 2. *Poder Público Municipal*.

#### II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

1. *Sistema Financiero*. A. Administración Financiera. B. Fondo para la Estabilización Macroeconómica. C. Régimen Presupuestario. D. Crédito Público. 2. *Sistema de Personal: Jubilaciones Especiales*. A. Personal al servicio de la Administración Pública. B. Personal al servicio de la Justicia. 3. *Sistema de Contratación Pública: Licitaciones*. 4. *Sistema de Control*. A. Sistema Nacional de Control Fiscal: Designación de los titulares de los órganos de control fiscal. B. Entrega de los órganos y entidades de la Administración Pública. 5. *Sistema Impositivo*. A. Sujetos Pasivos Especiales. B. Impuestos. a. Impuesto al Valor Agregado. b. Impuesto al Débito Bancario. c. Impuesto sobre la Renta: Declaraciones definitivas. d. Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas. C. Tasas y otras Contribuciones. a. Contribuciones Especiales: Casinos y Salas de Bingo. b. Régimen Aduanero: Arancel de Aduanas.

#### III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*. A. Tratados, Acuerdos y Convenios. a. Acuerdos y Tratados Bilaterales. b. Acuerdos y Tratados Multilaterales. B. Integración Latinoamericana y Caribeña. 2. *Política de Relaciones Interiores: Política en materia de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*. 3. *Seguridad y Defensa*. A. Represión de la Delincuencia Organizada. B. Delito de Contrabando.

#### IV. DESARROLLO ECONÓMICO

1. *Régimen cambiario y de la moneda: Importación y Exportación de Divisas*. 2. *Régimen de las Instituciones Financieras*. A. Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras. B. Cajas de Ahorro. 3. *Régimen del Comercio Interno*. A. Fijación de tarifas: Servicio de Estacionamiento. B. Precio Máximo de Venta al Público. 4. *Régimen de la Protección al Consumidor y al Usuario*. 5. *Régimen de la Pequeña y Mediana Industria*. A. Promoción y Desarrollo. B. Asociaciones Cooperativas. 6. *Régimen de Energía y Petróleo: Desarrollo de Actividades Petroleras, Carboquímica y similares*.

#### V. DESARROLLO SOCIAL

1. *Salud: Registro Nacional de Cáncer*. 2. *Cultura: Cinematografía Nacional*. 3. *Régimen de la Vivienda: Préstamos Hipotecarios*. 4. *Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Casinos y Salas de Bingo*. 5. *Régimen de los Pueblos Indígenas*.

**VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**

1. *Régimen de Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*. 2. *Régimen de las Comunicaciones: Responsabilidad Social en Radio y Televisión*. 3. *Régimen del Transporte y Tránsito: Transporte y Tráfico Aéreo*. A. Seguridad operacional: Auditorias. B. Condiciones Generales del Transporte Aéreo.

**I. ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO****1. Poder Público Nacional****A. Poder Ejecutivo Nacional: La Administración Pública Central**

Decreto N° 3.753 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. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.316 de 17-11-2005. (Reformado según *G.O.* N° 38.386 de 23-2-2006).

**B. Poder Legislativo**

Reforma Parcial del Reglamento Interior y de Debates de la Asamblea Nacional. *G.O.* N° 38.300 de 26-10-2005. (Se reimprime por error material del ente emisor). (Véase *G.O.* N° 5.789 Extraordinario de esa misma fecha).

**C. Poder Judicial. Régimen de los jueces: Procedimiento disciplinario**

Resolución N° 004-2005 de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, por la cual se aprueba el Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.317 de 18-11-2005.

**2. Poder Público Municipal**

Ley de Reforma Parcial de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal. *G.O.* N° 38.327 de 2-12-2005.

**II. RÉGIMEN DE LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO****1. Sistema Financiero****A. Administración Financiera**

Decreto N° 4.099 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial N° 4 de la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público, sobre el Sistema de Contabilidad Pública. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.333 de 12-12-2005.

Instructivo de la Oficina Nacional del Tesoro sobre las Inversiones Financieras de los Organismos que conforman el Sector Público Nacional. *G.O.* N° 38.344 de 27-12-2005.

**B. Fondo para la Estabilización Macroeconómica**

Ley que crea el Fondo para la Estabilización Macroeconómica. *G.O.* N° 38.286 de 4-10-2005.

### C. Régimen Presupuestario

Ley de Presupuesto para el Ejercicio Fiscal 2006. *G.O.* N° 38.339 de 20-12-2005 (Véase *G.O.* N° 5.795 Extraordinario de esa misma fecha).

Providencia Administrativa N° 145 de la Oficina Nacional de Presupuesto, que establece el Clasificador Presupuestario Aplicable a los Órganos y Entes del Sector Público. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.314 de 15-11-2005.

Providencia Administrativa N° 05-003 de la Oficina Nacional de Contabilidad Pública, que establece el Plan de Cuentas Patrimoniales Aplicable a la República y sus Entes Descentralizados Funcionalmente. *G.O.* N° 38.313 de 14-11-2005.

### D. Crédito Público

Ley Especial de Endeudamiento Anual para el Ejercicio Fiscal del Año 2006. *G.O.* N° 38.339 de 20-12-2005. (Véase *G.O.* N° 5.794 de esa misma fecha).

#### 2. Sistema de Personal: Jubilaciones Especiales

##### A. Personal al servicio de la Administración Pública

Decreto N° 4.107 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Instructivo que establece las Normas que Regulan la Tramitación de las Jubilaciones Especiales para los Funcionarios, y Empleados que prestan servicio en la Administración Pública Nacional, Estadal, Municipal y, para los Obreros Dependientes del Poder Público Nacional. *G.O.* N° 38.323 de 28-11-2005.

##### B. Personal al servicio de la Justicia

Acuerdo del Tribunal Supremo de Justicia mediante el cual se dictan las Normas que regularán los planes y beneficios de jubilación, de carácter especial, para los Jueces y Juezas, Defensores Públicos y Defensoras Públicas, Inspectores e Inspectoras de Tribunales y funcionarios y empleados administrativos al servicio de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y del Poder Judicial. *G.O.* N° 38.339 de 20-12-2005.

#### 3. Sistema de Contratación Pública: Licitaciones

Decreto N° 4.032 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dicta el Reglamento Parcial del Decreto de Reforma Parcial de la Ley de Licitaciones. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.313 de 14-11-2005.

#### 4. Sistema de Control

##### A. Sistema Nacional de Control Fiscal: Designación de los titulares de los órganos de control fiscal

Resolución N° 01-00-248 de la Contraloría General de la República, por la cual se dicta el Reglamento sobre los Concursos Públicos para la Designación de los Contralores Distritales y Municipales, y los Titulares de las Unidades de Auditoría Interna de los Órganos del Poder Público Nacional, Estadal, Distrital y Municipal y sus Entes Descentralizados. *G.O.* N° 38.311 de 10-11-2005. (Derogado según *G.O.* N° 38.386 de 23-2-2006).

##### B. Entrega de los órganos y entidades de la Administración Pública

Resolución N° 01-00-247 de la Contraloría General de la República, por la cual se dictan las Normas para Regular la Entrega de los Órganos y Entidades de la Administración Pública y de sus Respectivas Oficinas o Dependencias. *G.O.* N° 38.311 de 10-11-2005.

## 5. Sistema Impositivo

### A. Sujetos Pasivos Especiales

Providencia N° 0828 del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), por la cual se dicta la Reforma Parcial de la Providencia N° 0296 de 14-6-2004, Sobre Sujetos Pasivos Especiales. *G.O.* N° 38.313 de 14-11-2005.

### B. Impuestos

#### a. Impuesto al Valor Agregado

Resolución N° 1.700 del Ministerio de Finanzas, mediante la cual se dicta el Instructivo sobre el Procedimiento para la Emisión, Colocación, Custodia y Manejo de los Certificados Especiales para el Pago del Impuesto al Valor Agregado (CEPI). *G.O.* N° 38.329 de 6-12-2005.

#### b. Impuesto al Débito Bancario

Ley de Reforma Parcial de la Ley que Establece el Impuesto al Débito Bancario. *G.O.* N° 38.326 de 1-12-2005. (Derogada por la Ley que deroga la Ley que establece el Impuesto al Débito Bancario, publicada en la *G.O.* N° 38.375 de 8-2-2006).

#### c. Impuesto sobre la Renta: Declaraciones definitivas

Providencia N° 0948 del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), por la cual se dispone que las personas naturales calificadas como sujetos pasivos especiales por el SENIAT, deberán presentar electrónicamente sus declaraciones definitivas del Impuesto Sobre la Renta, correspondientes a los ejercicios fiscales iniciados a partir del 31-12-2004. *G.O.* N° 38.319 de 22-11-2005.

Providencia N° 0949 del Servicio Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (SENIAT), por la cual se dispone que los funcionarios públicos y trabajadores al servicio de los órganos y entes públicos nacionales, estatales y municipales que perciban enriquecimientos netos gravados con la Tarifa N° 1 del Impuesto Sobre la Renta, siempre y cuando éstos fueren superiores a un mil unidades tributarias (1.000 U.T), deberán presentar electrónicamente sus declaraciones definitivas del Impuesto Sobre la Renta, correspondientes a los ejercicios fiscales iniciados a partir del 31-12-2004.

#### d. Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas

Ley de Impuesto sobre Alcohol y Especies Alcohólicas. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.286 de 4-10-2005.

### C. Tasas y otras Contribuciones.

#### a. Contribuciones Especiales: Casinos y Salas de Bingo

Providencia Administrativa N° 07 de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, de Reforma Parcial de la Providencia Administrativa N° 3 Sobre las Normas y Procedimientos para la Recaudación, Control y Fiscalización de las Contribuciones Especiales, establecidas en la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, publicada en la *G.O.* N° 37.026 de fecha 31 de agosto de 2000. *G.O.* N° 38.323 de 28-11-2005.

b. *Régimen Aduanero: Arancel de Aduanas*

Resolución Conjunta N° DM/027 y DM/1698 de los Ministerios de Finanzas y de Alimentación, por la cual se establece el Régimen de Administración de Contingente Arancelario para el producto contenido en la Lista LXXXVI - Sección I-B, resultante de las negociaciones sobre la Agricultura en la Ronda Uruguay del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio. *G.O.* N° 38.317 de 18-11-2005.

### III. POLÍTICA, SEGURIDAD Y DEFENSA

1. *Política de Relaciones Exteriores*

A. *Tratados, Acuerdos y Convenios*

a. *Acuerdos y Tratados Bilaterales*

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en Materia Comunicacional entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Federativa de Brasil. *G.O.* N° 38.344 de 27-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán para Evitar la Doble Tributación en Materia de Impuesto sobre la Renta y el Patrimonio. *G.O.* N° 38.344 de 27-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Cuba sobre el traslado de personas condenadas. *G.O.* N° 38.344 de 27-12-2005.

Ley Aprobatoria del Convenio entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Federativa de Brasil para Evitar la Doble Tributación y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuesto sobre la Renta. *G.O.* N° 38.344 de 27-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Transporte Marítimo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de Bulgaria en materia de Salud y Ciencias Médicas. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación en el Sector de los Hidrocarburos entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de India. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Marco de Cooperación entre la República Bolivariana de Venezuela y la República de Sudán. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno del Estado de Kuwait para 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° 38.347 de 30-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Complementario al Convenio Básico sobre Cooperación Económica, Industrial, Tecnológica y Comercial, en el Área de Provisión de Implementos y Maquinaria Agrícola entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República de Bulgaria sobre la Supresión de Visas en Pasaportes Ordinarios. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Comercial entre el Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y el Gobierno de la República Islámica de Irán. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

Resolución N° 376 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Memorándum de Entendimiento en Materia de Interconexión Gasífera entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Argentina. *G.O.* N° 38.343 de 26-12-2005.

Resolución N° 377 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Memorándum de Entendimiento para la Realización de Actividades Hidrocarburíferas Conjuntas de Determinación y Cuantificación de Reservas y de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos por parte de la República Bolivariana de Venezuela y de la República de Argentina. *G.O.* N° 38.343 de 26-12-2005.

Resolución N° 378 del Ministerio de Relaciones Exteriores, por la cual se ordena publicar el Acuerdo entre la República Bolivariana de Venezuela y la República Oriental del Uruguay para la Cooperación en la Mejora de la Infraestructura Edilicia y de Equipamiento del Hospital Universitario (Hospital de Clínicas Dr. Manuel Quintela) de la República Oriental del Uruguay. *G.O.* N° 38.343 de 26-12-2005.

b. *Acuerdos y Tratados Multilaterales*

Ley Aprobatoria del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco. *G.O.* N° 38.304 de 1-11-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo Constitutivo del Centro del Sur, adoptado en la ciudad de Ginebra, en fecha 1 de septiembre de 1994. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

Ley Aprobatoria del Convenio de Santa Cruz de la Sierra Constitutivo de la Secretaría General Iberoamericana. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre los privilegios e Inmunidades de la Corte Penal Internacional. *G.O.* N° 38.347 de 30-12-2005.

B. *Integración Latinoamericana y Caribeña*

Ley Aprobatoria del Acuerdo de Cooperación Energética Petrocaribe. *G.O.* N° 38.344 de 27-12-2005. (Reimpresa según *G.O.* N° 38.360 de 18-1-2006).

2. *Política de Relaciones Interiores: Política en materia de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas*

Ley Orgánica Contra el Tráfico Ilícito y el Consumo de Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.337 de 16-12-2005.

3. *Seguridad y Defensa*

A. *Represión de la Delincuencia Organizada*

Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.300 de 26-10-2005. (Véase *G.O.* N° 5.789 Extraordinario de esa misma fecha).

B. *Delito de Contrabando*

Ley Sobre el Delito de Contrabando. *G.O.* N° 38.327 de 2-12-2005.

#### IV. DESARROLLO ECONÓMICO

##### 1. Régimen cambiario y de la moneda: Importación y Exportación de Divisas

Resolución N° 05-11-01 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dictan las “Normas para la Declaración de Importación y Exportación de Divisas y para la Exportación de Bienes o Servicios”. (Se reimprime por fallas de originales). *G.O.* N° 38.307 de 4-11-2005.

##### 2. Régimen de las Instituciones Financieras

###### A. Régimen de los Bancos y Otras Instituciones Financieras

Resolución N° 459.05 de la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras, por la cual se establecen las Directrices que permitan determinar el cumplimiento de los requisitos de experiencia, honorabilidad y solvencia exigidos para el ejercicio de la actividad bancaria. *G.O.* N° 38.292 de 13-10-2005.

Resolución N° 05-11-02 del Banco Central de Venezuela, por la cual se dispone que los bancos, entidades de ahorro y préstamo y demás instituciones financieras podrán cobrar como máximo un tres por ciento (3%) anual, adicional a la tasa de interés anual pactada por las obligaciones morosas de sus clientes. *G.O.* N° 38.324 de 29-11-2005. (Derogada según *G.O.* N° 38.370 de 1-2-2006).

Resolución N° DM/053 Ministerio de Turismo, por la cual se fija en dos coma cinco por ciento (2,5%) el porcentaje mínimo sobre la cartera de crédito que los bancos comerciales y universales deben destinar al financiamiento de las operaciones que en ella se especifican. *G.O.* N° 38.346 de 29-12-2005.

###### B. Cajas de Ahorro

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro. *G.O.* N° 38.286 de 4-10-2005.

##### 3. Régimen del Comercio Interno

###### A. Fijación de tarifas: Servicio de Estacionamiento

Resolución Conjunta N° 0114 y 091 de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio y de Infraestructura, por la cual se regula la prestación del servicio de estacionamiento general, mediante la fijación de las tarifas máximas a ser cobradas a los usuarios que utilicen este servicio declarado de primera necesidad por el Ejecutivo Nacional. *G.O.* N° 38.334 de 13-12-2005.

###### B. Precio Máximo de Venta al Público

Resolución Conjunta N° DM/0124 y S/N de los Ministerios de Industrias Ligeras y Comercio, de Agricultura y Tierras y de Alimentación, por la cual se fija en todo el territorio nacional el Precio Máximo de Venta al Público (PMVP) para los productos que en ella se señalan. *G.O.* N° 38.346 de 29-12-2005. (Se reimprime por error material del ente emisor).

##### 4. Régimen de la Protección al Consumidor y al Usuario.

Resolución N° 0125 del Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio, por la cual se establecen los Requisitos mínimos que deben cumplir las tapas para radiadores de uso automotor que se fabriquen, importen y comercialicen dentro del país. *G.O.* N° 38.346 de 29-12-2005. (Reimpreso según *G.O.* N° 38.361 de 19-1-2006).

Resolución N° 0126 del Ministerio de Industrias Ligeras y Comercio, por la cual se establecen los Requisitos mínimos que deben cumplirlas las ruedas de acero para vehículos automotores que en ella se indican. *G.O.* N° 38.346 de 29-12-2005.

### 5. Régimen de la Pequeña y Mediana Industria

#### A. Promoción y Desarrollo

Decreto N° 4.000 de la Presidencia de la República, mediante el cual se dictan las Medidas Temporales para la Promoción y Desarrollo de la Pequeña y Mediana Industria, Cooperativas y cualquier otra forma asociativa, Productoras de Bienes, Prestadoras de Servicios y Ejecutoras de Obras, ubicadas en el país. *G.O.* N° 38.296 de 19-10-2005.

#### B. Asociaciones Cooperativas

Providencia N° 033-05 del Ministerio para la Economía Popular (Superintendencia Nacional de Cooperativas), mediante la cual se dictan los Parámetros para la Aplicación de los Procedimientos Disciplinarios en las Cooperativas y Organismos de Integración. *G.O.* N° 38.298 de 21-10-2005.

Providencia N° 035-05 del Ministerio para la Economía Popular (Superintendencia Nacional de Cooperativas), mediante la cual se dictan las Condiciones y Requisitos para el Otorgamiento de la Certificación de Cumplimiento a las Asociaciones Cooperativas. *G.O.* N° 38.298 de 21-10-2005.

### 6. Régimen de Energía y Petróleo: Desarrollo de Actividades Petroleras, Carboquímica y similares

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Estímulo al Desarrollo de las Actividades Petroquímica, Carboquímica y Similares. *G.O.* N° 38.326 de 1-12-2005.

## V. DESARROLLO SOCIAL

### 1. Salud: Registro Nacional de Cáncer

Resolución N° 398 del Ministerio de Salud, mediante la cual se dictan las Normas para el Registro Nacional de Cáncer. *G.O.* N° 38.298 de 21-10-2005.

### 2. Cultura: Cinematografía Nacional

Ley de la Cinematografía Nacional. *G.O.* N° 38.300 de 26-10-2005. (Se reimprime por error material del ente emisor). (Véase *G.O.* N° 5.789 Extraordinario esa misma fecha).

### 3. Régimen de la Vivienda: Préstamos Hipotecarios

Resolución N° 024 del Ministerio para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se establece el monto máximo del subsidio directo habitacional cuando se trate de adquisición de viviendas, regulares o progresivas. *G.O.* N° 38.305 de 2-11-2005.

Resolución N° 025 del Ministerio para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se fija en un diez por ciento (10%) el porcentaje mínimo sobre la cartera bruta de crédito que, con carácter obligatorio, deben colocar los bancos, instituciones financieras y cualquier otro ente autorizado por la Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras en el otorgamiento de créditos hipotecarios. *G.O.* N° 38.305 de 2-11-2005.

Resolución N° 026 del Ministerio para la Vivienda y el Hábitat, por la cual se indica a las instituciones y acreedores hipotecarios la obligación de efectuar las modificaciones correspondientes en los contratos de seguro vigentes. *G.O.* N° 38.305 de 2-11-2005.

### 4. Régimen de los Juegos y Apuestas Lícitas: Casinos y Salas de Bingo

Providencia N° 6 de la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles, por la cual se dictan las Normas sobre posesión, funcionamiento y transporte de máquinas traganíqueles en el territorio nacional y sobre el funcionamiento de las salas de

máquinas situadas en establecimientos en los cuales funcionan casinos y salas de bingo, con licencia otorgada por la Comisión Nacional de Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles. (Se reimprime por error material del ente emisor). *G.O.* N° 38.310 de 9-11-2005.

5. *Régimen de los Pueblos Indígenas*

Ley Orgánica de Pueblos y Comunidades Indígenas. *G.O.* N° 38.344 de 27-12-2005.

**VI. DESARROLLO FÍSICO Y ORDENACIÓN DEL TERRITORIO**

1. *Régimen de Protección del Medio Ambiente y los Recursos Naturales*

Resolución N° 122 del Ministerio del Ambiente y de los Recursos Naturales, por la cual se prohíbe en todo el territorio nacional por un lapso de tres (3) años, la extracción, transporte, comercialización, aprovechamiento y cualquier otro tipo de intervención de briofitos (musgos, hepáticas y antoceros), de los helechos arborescentes (Familias: Cyatheaceae, Dicksoniaceae, Lophosoriaceae, Metaxyaceae) y de la barba de palo (*Tillandsia usnoides*), en terrenos del dominio público o privado de la Nación y en terrenos de propiedad privada. *G.O.* N° 38.314 de 15-11-2005.

2. *Régimen de las Comunicaciones: Responsabilidad Social en Radio y Televisión*

Ley de Reforma Parcial de la Ley de Responsabilidad Social en Radio y Televisión. *G.O.* N° 38.333 de 12-12-2005.

Providencia N° 009 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), mediante la cual se dictan las Normas Técnicas sobre los Criterios y Mecanismos para la Asignación de los Recursos del Fondo de Responsabilidad Social. *G.O.* N° 38.322 de 25-11-2005.

3. *Régimen del Transporte y Tránsito: Transporte y Tráfico Aéreo*

A. *Seguridad operacional: Auditorías*

Providencia N° PRE-CJU-335-05 del Instituto Nacional de Aviación Civil (INAC), mediante la cual se dicta la regulación que establece el procedimiento para la realización de los ensayos de auditoría a las Organizaciones de Mantenimiento, planteadas por el Sistema Regional de Cooperación para la Vigilancia de la Seguridad Operacional de la Organización de Aviación Civil Internacional en la República Bolivariana de Venezuela. *G.O.* N° 38.322 de 25-11-2005

B. *Condiciones Generales del Transporte Aéreo*

Providencia N° PRE-CJU-336-05, mediante la cual se dicta la Regulación Parcial sobre las Condiciones Generales del Transporte Aéreo, la cual establece las normas en materia de equipaje y de la compensación en caso de destrucción, retraso, pérdida o avería del mismo. *G.O.* N° 38.322 de 25-11-2005.



# DOCTRINA ADMINISTRATIVA



# Doctrina Administrativa

## *Resoluciones de la Superintendencia para la promoción y protección de la libre competencia: Cuarto Trimestre Año 2005\**

Recopilación y selección  
por José Ignacio Hernández G.  
*Profesor de la Universidad Monteávila,  
Universidad Central de Venezuela 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.* 2. *El mercado relevante.* A. Concepto de mercado relevante. B. Definición de mercado producto. C. Definición de mercado geográfico.

#### II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

1. *Concentraciones económicas.* A. Concepto de concentraciones económicas. B. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas. 2. *Competencia desleal.* A. Principios generales de la competencia desleal. B. El aprovechamiento del esfuerzo ajeno.

---

\* Abreviaturas utilizadas: DA/RDP: Doctrina Administrativa contentiva de las Resoluciones de la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. 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 tomado de la página [www.procompetencia.gov.ve](http://www.procompetencia.gov.ve).

Para facilitar el análisis concordado de las Resoluciones de la SPPLC, nos referimos, cuando sea pertinente, a las Resoluciones de la SPPLC contenidas en anteriores recopilaciones aparecidas en esta *Revista*.

## I. PRINCIPIOS GENERALES DE LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *Conceptos claves de la libre competencia*

Caso: Digital vs. Telcel  
Resolución: N° SPPLC/0074-2005      28-12-05  
**La iniciativa publicitaria y la actividad publicitaria**

Como es reconocido, una iniciativa publicitaria puede ser tutelada mediante derecho de marca y/o derecho de autor, siempre que reúna los requisitos legales exigidos. Ahora bien, es importante considerar y valorar desde el Derecho de la Competencia desleal, la imitación de las iniciativas publicitarias del competidor, tomando en consideración que la deslealtad de la imitación ha venido clasificándose en torno a tres criterios: imitación desleal por inducir a engaño, imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena, e imitación desleal impeditiva o con carácter predatorio.

La valoración de la iniciativa publicitaria de un operador, pone en relieve el necesario esfuerzo intelectual y de tiempo que requiere el desarrollo de una actividad de este tipo, acompañada de una inversión significativa para su difusión, por lo cual la imitación de la publicidad de un competidor puede tener una connotación negativa, al ser considerada como un aprovechamiento del esfuerzo ajeno: el imitador utiliza en su propio beneficio la publicidad del competidor que sólo mediante la inversión significativa ha sido posible realizar.

(...)

Por ende, es necesario destacar que la publicidad sirve como herramienta para dar a conocer productos y servicios, principalmente tratando de diferenciarlos de las propuestas alternativas que el mercado puede ofrecer. Por esta razón se señala el hecho de que el papel crucial de la publicidad es el de informar a los consumidores sobre las características de un bien en particular. En este contexto, el principal objetivo de la publicidad es, entre otros, el de persuadir a los destinatarios del mensaje, para que inclinen su escogencia hacia determinado producto. En consecuencia, lo que la publicidad comercial busca producir en los consumidores es obtener que éstos se inclinen por adquirir los bienes o contratar servicios del anunciante, utilizando para ello mecanismos informativos a la vez que persuasivos. En dicho contexto, la persuasión propia de la publicidad comercial se encuentra encaminada a lograr que, ante las diferentes opciones que se ofrecen en el mercado, el consumidor opte por aquella que el anunciante propone, mostrándola como la mejor opción.

Caso: Cartuchos Fast Track C.A. y otros  
Resolución: N° SPPLC/0042-2005      4-08-05  
**La franquicia y los contratos de compra exclusiva**

De acuerdo con los lineamientos de evaluación de los contratos de franquicia emanados de esta Superintendencia, mediante Resolución N° SPPLC/038-99, de fecha 9 de julio de 1999, en el negocio de la franquicia, los productos del franquiciador deben ser fabricados por éste o por cuenta de éste y/o llevar el nombre o la marca del franquiciador. El producto franquiciado debe contener o expresar un conjunto de conocimientos prácticos derivados de la experiencia del franquiciador y verificado por éste, que son secretos, sustanciales e identificables, es decir, un know how.

Si tales supuestos no se verifican, difícilmente se estará frente a un negocio franquiciable. De tal manera, que las personas naturales o jurídicas que realicen “acuerdo de franquicia” con el propietario del negocio estarán realizando meros acuerdos de compra exclusiva, para convertirse en un revendedor del producto.

Estos acuerdos de compra exclusiva, sólo constituirían una infracción a las leyes de defensa de la competencia si la empresa que hace papel de franquiciador tiene posición de dominio en el mercado, por lo que los mencionados acuerdos de compra en exclusiva deberían ser evaluados por la autoridad de defensa de la competencia

Caso: Digital vs. Telcel  
Resolución: N° SPPLC/0074-2005      28-12-05  
**El test del monopolista hipotético**

En este apartado se determina qué productos son suficientemente similares en cuanto a su función, precio y atributos para ser considerados por los usuarios como sustitutos razonables de otro. Para llegar a esta determinación, se utiliza la metodología conocida como la prueba del monopolista hipotético, según la que se analiza el comportamiento del consumidor ante una variación pequeña y no transitoria de los precios relativos. En caso que los compradores puedan cambiar sus compras a otros productos o servicio en cantidad suficiente para hacer el incremento de precios no rentable, este producto será el mejor sustituto cercano y debe ser incluido en el mercado relevante.

Posteriormente, se continuaría agregando los mejores productos o servicios sustitutos al mercado relevante, concluyendo cuando el oferente de todos los productos o servicios incluidos en el mercado relevante puede imponer un aumento significativo y no transitorio en el precio debido a que los demandantes no tienen la opción de desplazar sus compras a otro producto o servicio sustituto.

La evidencia directa utilizada para definir las posibilidades de sustitución por parte de los consumidores, históricamente ha sido el cálculo de la elasticidad cruzada de la demanda y de la oferta, sin embargo siendo difícil la obtención de los datos requeridos para su cálculo, el análisis utiliza evidencia indirecta, evaluando factores tales como el comportamiento de los consumidores y de los oferentes, el uso final de un producto o servicio, la evolución de los precios reales, entre otros, que se consideren de importancia.

## 2. *El mercado relevante*

### A. *Concepto de mercado relevante*<sup>1</sup>

Caso: Procter & Gamble de Venezuela, S.C.A.  
Resolución: N° SPPLC/0057-2005      21-10-05  
**Definición del mercado relevante**

Conceptualmente, 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. (Lineamientos para la Evaluación de las Operaciones de Concentración Económica *Gaceta Oficial de la República* N° 36.819 del 1° de noviembre de 1999.)

Para aplicar este concepto se deben considerar las posibilidades de sustitución que tienen tanto los oferentes como los demandantes del mercado. En general mientras mayor sea la posibilidad de sustitución de que disponen los usuarios de los productos bajo análisis, más amplia debe ser la definición de mercado relevante en términos de los productos que incluye. También contribuye a una definición amplia del mercado, la factibilidad técnica de que una misma empresa pueda ofrecer productos alternativos a los usuarios. Finalmente, el hecho de que los usuarios tengan acceso a bienes ofrecidos en sitios distantes amplía el área geográfica del mercado relevante.

---

1. No ha habido, en este punto, variación sustancial en relación con la doctrina de la SPPLC dictada en el cuarto trimestre de 2005.

### B. *Definición de mercado producto*

Caso: Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL  
Resolución: s/n 3-05-05

#### **Concepto de mercado producto**

Con el mercado producto se establece el conjunto mínimo de productos o servicios 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 o servicios 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.

### C. *Definición de mercado geográfico*

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.  
Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

#### **Definición del mercado geográfico**

A la determinación del mercado geográfico se llega a partir del área geográfica dentro de la cual operan las empresas participantes de la operación de concentración, y se amplía si efectivamente, al producirse un aumento en los precios de los productos, los consumidores pudiesen trasladar su consumo hacia la adquisición de productos provenientes de otras áreas geográficas. En caso de que ese desplazamiento en la demanda ocurriese, los productores localizados en las áreas geográficas de origen de los productos considerados como alternativa cierta por parte de los consumidores, entrarían a formar parte del mercado relevante a ser evaluado.

## II. PRÁCTICAS CONTRARIAS A LA LIBRE COMPETENCIA

### 1. *Concentraciones económicas*<sup>2</sup>

#### A. *Concepto de concentraciones económicas*

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.  
Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

#### **Concepto de operaciones de concentración económica**

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). Se produce una concentración cuando dos o más empresas anteriormente independientes se fusionan, cuando una empresa adquiere el control de otra (adquisición de control) o cuando se crea una empresa en participación que ejerce de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma (empresa en participación con plenas funciones).

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.  
Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

#### **Características de las operaciones de concentraciones económicas de tipo conglomerado**

---

2. Vid. DA/RDP N° 103, pp. 51 y ss. Caso: *Opinión emitida en la concentración CANTV-DIGITEL*.

Como es bien entendido, las *operaciones de concentración económica de conglomerado* se realizan entre agentes económicos que no compiten en el mismo mercado relevante. El efecto sobre el nivel de competencia que puede analizarse dentro de este tipo de operación consisten básicamente, en la importancia del portafolio de marcas que por efecto de la operación estarán en manos de una sola empresa, tomado en consideración que las empresas involucradas tienen altas participaciones de mercado en la mayoría de los productos que no se solapan.

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.

Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

**Análisis de los efectos restrictivos de las concentraciones económicas**

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.

*B. Análisis de las operaciones de concentraciones económicas*

*a. Índice de concentración*

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.

Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

**Definición del grado de competencia**

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.

Como medida para conocer la estructura del mercado relevante previa y posterior a la operación de concentración, la Superintendencia ha utilizado en forma sistemática como método de evaluación, el índice de Herfindahl-Hirschman (HHI), el cual es una herramienta que permite presumir cuánto poder de mercado podría ostentar una determinada firma dentro del mercado relevante en estudio. En términos estrictamente matemáticos, este índice es calculado como la sumatoria al cuadrado de las participaciones de las empresas que forman parte del mercado relevante, es decir, este índice se basa en el número total y en la distribución de los tamaños de las empresas de un sector.

*b. Condiciones de acceso al mercado*

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.

Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

**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.

c. *Efectos sobre el grado de competencia*

Caso: Proctle & Gamble de Venezuela, S.C.A.

Resolución: N° SPPLC/0057-2005 21-10-05

**La reducción de competidores en el mercado y la realización de prácticas colusorias**

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 que se reconozca la mutua independencia, sean menores los costos de negociación y más fácil de detectar desviaciones al acuerdo.

2. *Competencia desleal*

A. *Principios generales de la competencia desleal*

Caso: Digital vs. Telcel<sup>3</sup>

Resolución: N° SPPLC/0074-2005 28-12-05

**La ratio de la prohibición de la competencia desleal**

El artículo 17 de la Ley para Proteger y Promover el Ejercicio de la Libre Competencia busca proteger la capacidad de competir efectivamente en el mercado, para lo cual resulta indispensable que los derechos económicos de las empresas participantes actúen dentro de un marco legal que los proteja y les asegure una adecuada participación. Es así como el artículo promueve la competencia en los mercados, generando beneficios sociales evidentes. Todo acto de competencia realizado en los supuestos arriba mencionados, afecta al 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.

Caso: Cartuchos Fast Track C.A.y otros

Resolución: N° SPPLC/0042-2005 4-08-05

**La necesaria condición de “competidor” del sujeto afectado por un acto de competencia desleal**

En este sentido, cabe señalar que el sujeto llamado “franquiciado” constituye un distribuidor de los productos del sujeto denominado “franquiciador”, por lo cual lejos de ser un competidor y estar dentro de una relación de franquicia, constituye un elemento del canal de distribución de los productos bajo una figura contractual distinta a la franquicia.

---

3. Vid. DA/RDP N° 103, pp. 56 y ss. Caso: *Casa de Subastas Odalys v. Raiza & Freddy Galería C.A*

En virtud a lo anterior, los hechos denunciados por la empresa CARTUCHOS FAST TRACK, en cuanto a la presunta lesión del artículo 17, numeral 3, de la Ley de Competencia, por parte de la empresa INVERSIONES TU RECARGA, C.A., no son subsumibles ni guardan relación con lo previsto en dicha norma.

Caso: Digital vs. Telcel

Resolución: N° SPPLC/0074-2005 28-12-05

**Condiciones de aplicación del artículo 17 de la LPPELC**

En este sentido, la ilegalidad que plantea dicho artículo se configura en el medio ilegítimo empleado para lograr un posicionamiento en el mercado, que acarrea efectos sobre la transparencia de los derechos transados entre los agentes económicos. La aplicación del dispositivo a las conductas del mercado y políticas comerciales que desarrollan las empresas requiere se satisfagan tres condiciones precisas, a saber:

- a) *Que el presunto infractor sea susceptible de desarrollar actividades económicas*, en los términos del artículo 4° de la Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia.
- b) *Que la actividad sea esencialmente desleal*. Es necesario que la conducta del agente económico sea considerada contraria a los principios éticos que rigen el ordenamiento jurídico económico. Uno de esos principios es la estabilidad en el tráfico comercial, que depende de la preservación de las expectativas legítimas de los oferentes para obtener ganancias de sus inversiones productivas y de la preservación de las expectativas de los consumidores para adquirir productos y servicios deseados. La conducta desplegada por el agente económico constituye la medida de legitimidad de la competencia en el mercado, y por ello se exige que las expectativas legítimas de los actores para ingresar al tráfico comercial no sean lesionadas por fraude, dolo o violencia, ya que ello produciría una distorsión del comportamiento leal de los agentes económicos, pudiendo alterar de manera impredecible su actuación, alterando o desviando a los demás agentes económicos participantes.
- c) *Que la actividad denunciada cause o sea susceptible de causar daños en el mercado*. Según la modalidad o naturaleza de determinados actos es suficiente un efecto potencial. En caso de declararse la conducta como desleal, resulta indispensable determinar si la conducta llevada a cabo por un agente económico pudiera tener algún impacto en el mercado, al provocar un cambio en el comportamiento de los consumidores alterando la demanda y produciendo una merma de los derechos de los agentes económicos que concurren al mercado.

**B. El aprovechamiento del esfuerzo ajeno**

Caso: Digital vs. Telcel<sup>4</sup>

Resolución: N° SPPLC/0074-2005 28-12-05

**El aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno**

Como vemos, el aprovechamiento del esfuerzo ajeno va de la mano del aprovechamiento de los beneficios que se derivan de la reputación que se crea en torno a un agente económico, bien por su desempeño industrial, comercial o profesional o bien por el respeto que éste haya adquirido en un determinado mercado.

Ahora bien el artículo 17 señala que la ilegalidad se configura no sólo en el fin sino en el medio empleado para lograr ciertos beneficios, (a través de actos o conductas desleales que causen o pudiesen causar una situación de reducción de la dinámica de competencia), que acarrearán simultáneamente efectos sobre el espacio regulado por la legislación de competencia, es decir el mercado (*ver* Resolución N° SPPLC/0016-2003 de fecha 23 de julio de 2003).

---

4. *Vid.* DA/RDP N° 103, p. 57. Caso: *Casa de Subastas Odalys v. Raiza & Freddy Galería C.A*

(...)

Por otra parte, como ha señalado la doctrina, la tipificación de la imitación desleal por aprovechamiento indebido de la reputación ajena, convive con un tipo genérico específicamente dedicado a la explotación de la reputación ajena. Por tanto, se parte del supuesto de que un operador podría obtener ventajas para la entrada o permanencia en el mercado con un determinado bien y/o servicio, sin haber realizado los esfuerzos de inversión económica en que hubiese tenido que incurrir si no existiese un innovador o pionero que ya hubiese incurrido en tal esfuerzo, todo ello con fines concurrenciales.

Entonces, la simple simulación o imitación de la iniciativa publicitaria, no es suficiente para fundamentar la deslealtad. Se requiere además que los costes de producción de la prestación original sean sustanciales, puesto que sólo en esta hipótesis puede afirmarse que la simulación de servicios ha comportado una desventaja significativa para su creador.

De forma consecuente con la finalidad de la norma, la simulación o imitación de la iniciativa publicitaria requiere, desde la perspectiva del que imita, que éste haya logrado un ahorro notable de costos. La apropiación inmediata de la prestación sin aportar el esfuerzo y los costos que supone su recreación, trae la destrucción de la posición ganada por otro en el mercado, sin que ello responda en lo más mínimo a la eficiencia de la propia actuación. El apoyo de la norma en los costes de creación y de imitación de la iniciativa publicitaria ofrece, en definitiva, un criterio claro para discernir la lealtad o la deslealtad de la práctica: sólo cuando la conducta del imitador depare una imposibilidad o grave dificultad del creador de amortizar sus costos podrá afirmarse la deslealtad de la práctica.

# JURISPRUDENCIA



# Información Jurisprudencial

## *Jurisprudencia Administrativa y Constitucional (Tribunal Supremo de Justicia y Cortes de lo Contencioso Administrativo): Cuarto Trimestre de 2005*

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: La defensa o protección de la Constitución: Instrumentos de protección. B. Régimen de los estados de excepción. 2. *Principios fundamentales del Estado: Seguridad y Defensa de la Nación*.

#### II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

1. *Garantías Constitucionales*. A. La garantía de igualdad ante la ley: Igualdad entre nacionales y extranjeros. B. Las garantías del debido proceso. a. Presunción de inocencia. b. Derecho a la defensa. C. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. 2. *Derechos Individuales: Derecho a la Libertad Personal*. 3. *Derechos Políticos*. A. Derechos de los miembros de la Fuerza Armada Nacional. B. Derecho a la participación política. a. Participación en materia de salud. C. Derecho al sufragio. a. Limitaciones. b. Principio de elección directa. c. Carácter secreto del voto. d. Sistema de Escrutinio. e. Nulidad de elecciones.

#### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

1. *Régimen del ejercicio del Poder Público Nacional*. A. Competencias del Poder Nacional. a. Organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional. a'. Organización y Administración de la Justicia. b'. Defensoría del Pueblo. b. Estatuto de la Función Pública. c. Régimen de la seguridad social: jubilaciones y pensiones de funcionarios públicos. d. Potestad tributaria para gravar el consumo de cerveza y otros licores. B. El Poder Ejecutivo. a. La Administración Pública. Administración Descentralizada. á. Institutos Autónomos: Privilegios y prerrogativas. b'. Universidades. C. El Poder Judicial. a. La Administración de Justicia: Nuevos criterios jurisprudenciales. b. Régimen de los jueces: Régimen disciplinario. c. Órganos. Tribunal Supremo de Justicia. a'. Conflictos entre Salas: Competencia de la Sala Constitucional. b'. Facultad de avocamiento. c'. Antejuiicio de mérito. d'. Procedimiento disciplinario: Inspector General de Tribunales. 2. *El Poder Estatal. Procuradores Estadales: Representación en juicio*. 3. *El Poder Municipal. Los Municipios: Competencias de los Concejos Municipales (Enajenación de ejidos)*.

#### IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

1. *Régimen cambiario y monetario*. 2. *Propiedad y Expropiación*. A. Expropiación. a. El Procedimiento Judicial Expropiatorio. a'. Admisión de la solicitud. b'. Medidas cautelares. b. Ocupación previa. c. Avalúo previo.

## V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

1. *Principios del sistema tributario*. A. Generalidad del tributo. B. Capacidad contributiva. C. Prohibición de tributación confiscatoria. 2. *Obligación tributaria: Transacciones fiscales*. 3. *Impuestos Nacionales. Impuesto Sobre La Renta: Pérdidas en cambio*.

## VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *El Procedimiento Administrativo*. A. Notificación. B. Medidas cautelares (Medidas anticipadas). C. Silencio Administrativo. 2. *Actos Administrativos*. A. Vicios. a. Vicios de fondo: Falso supuesto de hecho. b. Vicios de forma: Inmotivación. c. Ejecución.

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

1. Órganos: Tribunales Agrarios. 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*. A. Admisibilidad: Legitimación. B. Las Partes en el Procedimiento: Cartel de Emplazamiento: Notificación personal. C. Medidas Cautelares. a. Suspensión de efectos del acto administrativo: (Multas) carácter automático. Desaplicación. b. Medidas innominadas. D. Sentencia. a. Condena: Corrección Monetaria. b. Corrección. c. Impugnación: Recurso de Casación. Improcedencia. F. Otras formas de terminación: Perención. 3. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*. A. Competencia. B. Requisitos de admisibilidad. 4. *El Contencioso Administrativo de las Demandas contra los Entes Públicos*. A. Pruebas. B. Sentencia. a. Ejecución Forzosa. b. Impugnación: Improcedencia del recurso de casación. 5. *El Contencioso Administrativo de los Contratos*. 6. *El Contencioso Administrativo Especial*. A. El Contencioso Administrativo Tributario. a. Suspensión de efectos del acto administrativo. b. Pruebas. a'. Principio de libertad de los medios de pruebas. b'. Medios de pruebas. a''. Perito testigo. b''. Copias certificadas. B. El Contencioso Administrativo de la Propiedad Intelectual. C. El Contencioso Administrativo de los Conflictos. Controversias Administrativas: Competencia de la Sala Político Administrativa.

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

1. *Objeto de la Jurisdicción Constitucional: Acumulación de pretensiones*. 2. *Acción de Inconstitucionalidad*. A. Objeto. a. Leyes: Violación del procedimiento para la discusión, sanción y promulgación de las Leyes Estadales y las Ordenanzas, contenido en una Ley Orgánica. B. Medidas Cautelares. 3. *Recurso de Revisión de Sentencias en materia Constitucional*. 4. *Acción de Amparo Constitucional*. A. Competencia. Órganos: Corte Marcial. B. Admisibilidad: Legitimación. C. Inadmisibilidad. a. Ejecución de actos de las Inspectorías del Trabajo. b. Existencia de medios judiciales ordinarios. D. Medidas Cautelares. E. Sentencia. a. Apelación. b. Consulta obligatoria.

## I. EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL Y FUNCIONAL DEL ESTADO

1. *El Ordenamiento Jurídico*

A. *La Constitución: La defensa o protección de la Constitución: Instrumentos de protección*

TSJ-SC (3567)

6-12-2005

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 16 y 27 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

**El denominador común de los mecanismos que la propia Constitución ordena para garantizar su respeto y vinculación, como orden normativo fundamental y supremo del Estado es uno solo: brindar continuidad al orden normativo fundamental que impone la Constitución; garantizar, pues, con vocación de permanencia,**

**“los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para ésta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna”, tal y como postula el preámbulo de nuestra Carta Magna.**

De modo preliminar, la Sala estima necesario elaborar un breve marco teórico acerca del denominado *derecho de excepción* o *derecho de necesidad*, para que -a partir de las premisas en él ordenadas- sean analizadas las denuncias de inconstitucionalidad planteadas en contra del instrumento legal que regula precisamente dichas figuras.

Para iniciar cualquier disertación a este respecto, debe abordarse uno de mayor envergadura: la *defensa o protección de la Constitución*. Ello así, por cuanto nuestra propia Carta Magna regula bajo esta amplia denominación (*cfr.* su TÍTULO VIII) un conjunto de mecanismos diferenciados, dentro de los cuales se encuentran los estados excepción.

En este sentido, el constitucionalismo contemporáneo sitúa la “*protección de la Constitución*” más allá de las defensas que puedan blandirse en contra de amenazas provenientes de enemigos internos o externos del Estado (entendido en su mayor y más noble acepción, no sólo como estructura de poder). A tal punto se han ampliado los alcances de dicha voz, que a ella se han relacionado todos y cada uno de los mecanismos que la propia Constitución ordena para garantizar su respeto y vinculación, como orden normativo fundamental y supremo del Estado; garantizar, pues, la pervivencia del Estado constitucional. (*vid.* STERN, Klaus, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 366-382).

Esta extensa concepción de los medios de defensa o protección de la Carta Magna, nutre sin lugar a dudas la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuyo Título VIII fue ordenado en la forma siguiente:

“TÍTULO VIII  
DE LA PROTECCIÓN DE ESTA CONSTITUCIÓN

Capítulo I  
De la Garantía esta Constitución

*Artículo 333 a 336 (omissis)*

Capítulo II  
De los Estados de Excepción

*Artículo 337 a 339 (omissis)*

La lectura de las normas transcritas, da cuenta de una diversa gama de instrumentos, instituciones y medidas que la propia Constitución estatuyó, en salvaguarda del orden fundamental normativo que de ella dimana, como expresión del consenso básico del pueblo que legitimó su dictado. Así, por ejemplo, en ellas se instaura la jurisdicción constitucional y las principales herramientas de justicia constitucional; se perfilan los regímenes de excepción y -a la vez- se imponen límites y controles al ejercicio de tal facultad como mecanismo de interdicción de los actos de fuerza y arbitrariedad (interior o exterior) o imprevistos calamitosos que amenacen menoscabar el orden estatal.

Sin embargo, no sólo el Título indicado prevé con exclusividad garantías de protección a la Constitución, si éstas son comprendidas en su total extensión, como se indicara *ut supra*. En efecto, en distintas partes de su cuerpo, se encuentran otras de superlativa importancia: su propia supremacía normativa (artículo 7) y la rigidez que caracteriza a los procedimientos para su modificación (artículos 340 y ss.); el principio de legalidad (artículo 137);

el régimen de división de poderes y los balances y frenos que existen entre los mismos; el denominado derecho a la resistencia (artículo 350), los mecanismos referendarios que actúan como válvula de escape frente a crisis políticas (artículos 71 al 74), etcétera.

Como se podrá notar, el dominador común de los reseñados mecanismos es uno solo: brindar continuidad al orden normativo fundamental que impone la Constitución; garantizar, pues, con vocación de permanencia, “*los valores de la libertad, la independencia, la paz, la solidaridad, el bien común, la integridad territorial, la convivencia y el imperio de la ley para ésta y las futuras generaciones; asegure el derecho a la vida, al trabajo, a la cultura, a la educación, a la justicia social y a la igualdad sin discriminación ni subordinación alguna*”, tal y como postula el preámbulo de nuestra Carta Magna.

B. *Régimen de los estados de excepción*

TSJ-SC (3567)

6-12-2005

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 16 y 27 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

**Resulta conveniente que la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción no establezca parámetros inflexibles sobre los cuales la Asamblea Nacional deba fundarse para aprobar o no el decreto que acuerde un determinado régimen excepcional, su prórroga o el aumento de derechos y garantías constitucionales restringidas; pues tal valoración deben efectuarla las fuerzas sociales que hacen vida dentro del Parlamento, sobre la base de criterios de oportunidad y conveniencia, mas no sobre una especie de baremo que corra el riesgo de resultar obsoleto o insuficiente en los tiempos en que haya que aplicar medidas de excepción.**

Los estados de excepción en particular, como una de estas herramientas, y por primera vez en nuestra tradición constitucional, encuentran un vasto desarrollo en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que se definen expresamente las circunstancias que originan cada una de sus modalidades (estado de alarma, de emergencia económica, de conmoción interior o exterior), al tiempo que le impone precisos límites en aras de minimizar su grado de afectación, no sólo en la esfera de actuación de los órganos del Poder Público, sino en la vida de los ciudadanos, en cuyo favor no sólo se instaure un catálogo abierto de derechos no susceptibles de restricción (como se infiere de la frase “*derechos humanos intangibles*”), sino que se preserve -aun en tales condiciones de excepción- el principio de responsabilidad de los órganos que estructuran al Poder Ejecutivo.

Se reconoce, por tanto, la existencia de un derecho de necesidad con miras a enfrentar aquellas “*circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos y ciudadanas, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos*” (artículo 337).

Para ello, se le otorga al Presidente de la República la excepcionalísima potestad de restringir temporalmente derechos y garantías constitucionales, salvo los denominados derechos humanos intangibles, lo que si bien supone un reforzamiento de las potestades brindadas en condiciones de normalidad al Poder Ejecutivo, encuentra justificación “*cuando concurren elementos de necesidad y urgencia derivados de circunstancias fácticas que requieran una pronta intervención normativa que se dicte y aplique con una celeridad que supere al tiempo en que se tarda el riguroso proceso de formulación de las leyes*” (stc. N° 1507/2003, caso:

*María Ríos Oramas*). Aunque ello deba siempre efectuarse respetando las restricciones de nuestro ordenamiento constitucional, incluyendo aquellas preceptuadas por los principales instrumentos de derechos humanos suscritos por la República: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 4.1) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (artículo 27.1).

Debe hacerse notar que, nuestro propio texto constitucional, no sólo brinda la máxima jerarquía normativa a los referidos pactos de protección a los derechos fundamentales (*vid.* artículos 23 y 339), sino que profundiza en la regulación en ellos contenida y precisa límites temporales -atendiendo la naturaleza de la crisis suscitada- al ejercicio de la potestad de “*suspensión de garantías*” de la que gozan los estados parte; todo lo cual debe ser reconocido como una gran conquista de nuestra historia republicana, pues ninguna otra carta fundamental estableció tan importante barrera al ejercicio de una potestad que rayaba en autoritaria.

Pero no sólo existe ese límite temporal. Frente a la flexibilización del principio de reserva legal que supone facultar al Presidente de la República para restringir los derechos fundamentales y dictar las medidas que estimare conducentes a fin de preservar el orden constitucional, se activan de forma coetánea diversos controles sobre tal actuación, con el propósito de imponer un mecanismo de balance que neutralice cualquier ejercicio de autoritarismo. En el plano nacional, el decreto debe ser remitido inmediatamente a la Asamblea Nacional y al Tribunal Supremo de Justicia, a través de su Sala Constitucional, para que esta declare su constitucionalidad. En el internacional, debe notificarse de la medida tanto al Secretario de la Organización de Estados Americanos, como al de la Organización de Naciones Unidas.

Efectuado el anterior análisis, pasa esta Sala a examinar el impugnado artículo 27 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, cuyo tenor es el siguiente:

*“Artículo 27: El Decreto que declare el estado de excepción, la solicitud de prórroga o aumento del número de garantías restringidas, será aprobado por la mayoría absoluta de los diputados o diputadas presentes en sesión especial que se realizará sin previa convocatoria, dentro de las cuarenta y ocho horas de haberse hecho público el decreto.*

*Si por caso fortuito o fuerza mayor la Asamblea Nacional no se pronunciare dentro de los ocho días continuos siguientes a la recepción del decreto, éste se entenderá aprobado”.*

El principal punto que arguyeron los demandantes en contra de la norma recién transcrita, está referido a la ausencia de convocatoria para la sesión parlamentaria en la que habrá de discutirse la aprobación o improbación del decreto de estado de excepción de que se trate. A juicio de los accionantes, tal falta de convocatoria minimiza las posibilidades de participación de todos los diputados y, con ello, mermaría notablemente las facultades de control parlamentario sobre tal acto, considerando que el mismo debe ser aprobado tan solo con la mayoría simple de los diputados. Por otra parte, reprocharon también que el señalado artículo 27 omitiese el señalamiento expreso de los requisitos que debe observar la Asamblea Nacional para dar su aprobación al decreto de estado de excepción, así como de las obligaciones derivadas de los pactos y tratados internacionales suscritos por la República en materia de derechos humanos.

En torno al primer punto, la Sala observa que la disposición comentada señala que la sesión parlamentaria con miras a aprobar o improbar el decreto de estado de excepción de que se trate, debe efectuarse dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes de haberse hecho público éste. Tal publicidad, se adquiere a través de su divulgación en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, de conformidad con el artículo 14 de la Ley de Publicaciones Oficiales, según el cual “*Las Leyes, Decretos, Resoluciones y demás actos oficiales tendrán el carácter de públicos por el hecho de aparecer en la GACETA OFICIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS DE VENEZUELA, cuyos ejemplares tendrán fuerza de documento público*”.

De este modo, una lectura concordada de las citadas normas permite inferir que la oportunidad de la referida sesión de la Asamblea Nacional, se haya razonablemente precisada por el Legislador, entre el momento en que tenga lugar la publicación del decreto que establezca el régimen excepcional respectivo y las cuarenta y ocho horas siguientes a aquél. A pesar de la brevedad de tal período, justificada por la gravedad y seriedad de las circunstancias que habrán de ponderarse, concede un margen temporal considerable para que los Diputados a la Asamblea Nacional concurren a ésta para debatir acerca de la medida dictada por el Ejecutivo y que, por su esencia, requiere de un perentorio y efectivo control por parte del órgano parlamentario. De lo antes expuesto se evidencia que -antes que ausencia de convocatoria- existe una que opera *ex lege*, por la propia fuerza de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, dentro de un marco temporal que activa con inmediatez un importante contrapeso a la acción del Ejecutivo Nacional, como garantía indispensable del principio de equilibrio de poderes sobre el cual se cimentará el régimen democrático.

Debe advertirse que la Asamblea Nacional ejerce una importante influencia sobre la legislación de urgencia emanada del Ejecutivo en los estados excepcionales, en tres etapas diferenciadas. La primera de ellas, a través de su función puramente legislativa, creando Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción, como instrumento destinado a normar las facultades de urgencia dadas al Ejecutivo para enfrentar tales circunstancias, de conformidad con lo preceptuado por el cuarto parte del artículo 338 y la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución, que ordena la aprobación de tal normativa. En un segundo momento, y de forma casi instantánea, se activa su función contralora, con el objeto de aprobar o improbar el decreto que declare el estado de excepción, su prórroga o el incremento de garantías restringidas (artículo 339 constitucional). La última de ellas, constituye también un mecanismo de control político: revocar el correspondiente estado excepcional o su prórroga, cuando estime que cesaron las causas que lo motivaron (artículo 339 *eiusdem*).

A los ojos de las más moderna doctrina, el control político ejercido por el Poder Legislativo *“puede ser definido como aquella función indeclinable del parlamentarismo democrático que, al utilizar un criterio de oportunidad política, produce una valoración subjetiva condicionante de la acción de gobierno al fijar las líneas de actuación que operarán como marco habilitante, pudiendo verificar en un momento posterior su grado de ejecución en orden a formar un juicio crítico para la eventual exigencia de responsabilidad política”* (José Antonio Alonso De Antonio y Alonso De Antonio, Ángel Luis, *Derecho Parlamentario*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 204).

Esta Sala observa que, incluso, la oportunidad en la cual se verifica el ejercicio de tales tipos de control -previa o posteriormente- no modifica su esencia preponderantemente política y, por ello, comparte su parecer en cuanto a que *“el patrón a utilizar no puede ser un criterio exclusivamente jurídico, sino un elemento volitivo, de apreciación subjetiva, que valore sin sujeción a normas rígidas el comportamiento del ejecutivo. Aparece tan claro el predominio del factor político en el control parlamentario que incluso los defensores de su carácter jurídico reconocen que en su ejercicio el Parlamento ‘no tenga que ajustarse al principio de legalidad, que está reservado para los órganos jurisdiccionales, sino que se produce sobre la base de criterios de oportunidad política libremente valorados por el parlamento’ (Montero Gubert y García Morillo)”*.

Desde esta óptica, resulta incluso conveniente que la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción no establezca parámetros inflexibles sobre los cuales la Asamblea Nacional deba fundarse para aprobar o no el decreto que acuerde un determinado régimen excepcional, su prórroga o el aumento de derechos y garantías constitucionales restringidas; pues tal valoración deben efectuarla las fuerzas sociales que hacen vida dentro del Parlamento, sobre la base de criterios de oportunidad y conveniencia, mas no sobre una especie de baremo que corra el riesgo de resultar obsoleto o insuficiente en los tiempos en que haya que aplicar medidas de excepción. En esta misma medida, la omisión del establecimiento de unos requi-

sitos básicos para que la Asamblea Nacional apruebe el decreto de excepción, antes que mellar sus potestades de control, las potencia, pues le reconoce un amplio margen de valoración para brindar o no su aprobación.

Tan obvia es la naturaleza política del control parlamentario, que su finalidad estriba en imprimir la legitimación brindada por los representantes del pueblo que lo integran al decreto de excepción y, además, la propia carta fundamental previó que, aunado a él, fuese además analizado por esta Sala Constitucional, a quien compete “[r]evisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República”, ex artículo 336.6 del texto fundamental, esto es, verificar su estricta sujeción a Derecho.

Los accionantes objetaron que la ley impugnada carece de una regulación que instramente debidamente las obligaciones de la República derivadas del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de los Derechos Humanos. Ciertamente, resulta inusual que sea la norma constitucional más amplia en su regulación que la que se sitúa en su nivel inferior, pues se postula que dado su carácter concentrado, es el Legislador el encargado de desarrollar el espíritu de la Constitución y estructurar un tejido normativo sobre la base de sus principios.

Acaso en el artículo 7, la Ley Orgánica impugnada hace referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos, para señalar los derechos no susceptibles de restricciones bajo regímenes de excepción, y ello lo hace bajo denominaciones que aún cuando comprenden los mismos derechos, no resultan comunes a las brindadas por esa misma Convención Internacional. Tampoco el texto orgánico acá cuestionado, regula en forma alguna la obligación del Presidente de la República de notificar al Secretario de la Organización de Estados Americanos y al Secretario General de las Naciones Unidas, en correspondencia con los respectivos instrumentos internacionales.

Pero tal observación no pasa de ser una crítica de técnica legislativa y no vicia de invalidez a la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción. Porque estimarlo así, implicaría un gravísimo atentado al principio de supremacía constitucional que estatuye su artículo 7. Desconocería el propio carácter normativo de la Constitución, al aceptar que un cuerpo legislativo se sobrepusiera a la Carta Magna, soslayando arbitrariamente la fuerza de sus disposiciones.

Si se entiende que el ordenamiento jurídico, en su totalidad, debe ser visto *desde* la Constitución, se arriba a la conclusión de que la cuestionada omisión del Legislador, queda salvada por la propia reglamentación del Constituyente, que unió a la cúspide normativa los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Entonces, a pesar del silencio de la ley, no puede afirmarse que las normas integradas al bloque de la constitucionalidad pierdan efectividad y, por tanto, su satisfacción resulta impretermitible para cualquier operador jurídico.

Estas razones conducen indefectiblemente a desechar la pretensión de nulidad del artículo 27 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción. Así se declara.

**TSJ-SC (3567)**

**6-12-2005**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 16 y 27 de la Ley Orgánica sobre Estados de Excepción.

**La potestad genérica del Ejecutivo Nacional para “delegar” en diversas autoridades la ejecución -total o parcial- del decreto de estado de excepción (art. 16 Ley Orgánica sobre Estados de Excepción), no se compadece con la figura organizativa de la “delegación intersubjetiva” propia del Derecho Administrativo (art. 34 Ley Or-**

**gánica de la Administración Pública). En atención a ello, la Sala Constitucional estima que debe desecharse de plano que la posibilidad que les sea encomendada a los Gobernadores o Alcaldes la ejecución de cualquier medida amparada en el derecho de necesidad, les subordine en relación con el Poder Ejecutivo y, por tanto, menoscabe en forma alguna la autonomía que caracteriza a los órganos de los poderes públicos regionales o locales.**

Pasa ahora la Sala a analizar el artículo 16 del texto legal impugnado, conforme el cual:

*“Artículo 16. Decretado el estado de excepción, el Presidente de la República podrá delegar su ejecución, total o parcialmente, en los gobernadores y gobernadoras, alcaldes y alcaldesas, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida, que el Ejecutivo Nacional designe”.*

Esta norma, prevé una genérica potestad del Ejecutivo Nacional para “delegar” en diversas autoridades la ejecución -total o parcial- del decreto de estado de excepción.

En el marco de nuestro ordenamiento, esta figura no se compadece con la figura organizativa de la “delegación intersubjetiva” propia del Derecho Administrativo, regulada en el artículo 34 la Ley Orgánica de la Administración Pública (G.O. N° 37.305 del 17-10-01), pues no necesariamente existe una relación de inmediata inferioridad y dependencia entre el “órgano delegante” (Presidente de la República) y los “órganos delegados” (gobernadores y gobernadoras, alcaldes y alcaldesas, comandantes de guarnición o cualquier otra autoridad debidamente constituida). Tampoco guarda semejanza con alguna otra figura de esta índole acogida por nuestro ordenamiento jurídico-administrativo y por ello es necesario, antes que delatar su inconstitucionalidad, analizar con mayor profundidad sus alcances.

Para ello, el estudio de la disposición recién transcrita debe abordarse en el plano en el que la misma se encuentra inserta: la *legislación de urgencia*, la cual puede ser definida como el ordenamiento jurídico confeccionado para enfrentar las causas que motivaron el régimen excepcional, comprendiendo tanto las formas y modalidades de restricción de garantías constitucionales, como las medidas indispensables para asegurar en el más inmediato plazo posible el retorno a la normalidad.

Al analizar los estados excepcionales con anterioridad, se recalcó que ellos suponían un reforzamiento de los poderes ordinarios del Ejecutivo, a favor del cual se desplaza una potestad legislativa en razón de la emergencia. Los actos dictados en ejercicio de tal facultad, se integran con el tejido normativo con el mismo rango y fuerza de una ley, a pesar de estar revestidos de la forma de decretos y, en tal sentido, vinculan a todos y cada uno de los ciudadanos e instituciones que integran la República y, muy especialmente, a los órganos encargados de velar por su cumplimiento.

Se trata, sin duda alguna, de una imprecisión por parte del Legislador el uso del verbo “delegar”, en el sentido vinculado a la organización administrativa. En la ley comentada, tal vocablo abarca simplemente la potestad de atribuir a otro órgano, en el marco de sus competencias naturales, la ejecución de las medidas adoptadas bajo un régimen excepcional, en el entendido de que tal “delegación” garantiza una mayor eficacia en la implementación de las mismas.

En el caso de los Gobernadores o Alcaldes, que preocupa con particular intensidad a los accionantes, debe desecharse de plano que la posibilidad que les sea encomendada la ejecución de cualquier medida amparada en el derecho de necesidad, les subordine en relación con el Poder Ejecutivo y, por tanto, menoscabe en forma alguna la autonomía que caracteriza a los órganos de los poderes públicos regionales o locales. Se trata de una relación de competencia: mientras el Presidente de la República, en Consejo de Ministros, dicta las normas para paliar una crisis en ciernes, ellos están en la obligación de asegurar su cumplimiento

en atención a la naturaleza propia de sus funciones como jefes de gobierno en los niveles respectivos, en apego al principio de colaboración de poderes previsto en el artículo 136 de la Carta Magna.

En razón de lo anterior, debe ser declarada igualmente sin lugar la pretendida nulidad del artículo 16 de la Ley Orgánica sobre los Estados de Excepción. Así se decide.

2. *Principios fundamentales del Estado: Seguridad y Defensa de la Nación*

**TSJ-SPA (5894)**

**13-10-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Proceso licitatorio Fondo de Inversiones de Venezuela (F.I.V.) para la privatización activos del Central Azucarero Ureña C.A. (zona de seguridad fronteriza).

**La protección, seguridad nacional o seguridad de la nación es materia que se refiere al orden público.**

En este orden de ideas, el orden público ha sido definido como el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos.

Ahora bien, la materia referida a la protección, a la seguridad nacional o seguridad de la nación, se encuentra conceptualizada tanto en la Constitución vigente, en el Título destinado a la Seguridad de la Nación, como en la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.594 de fecha 18 de diciembre de 2002, (antes, Ley Orgánica de Seguridad y Defensa). Conforme a ambos textos, la seguridad se fundamenta en el desarrollo integral de la Nación, siendo la defensa una responsabilidad de los venezolanos y venezolanas, personas naturales o jurídicas, que se encuentren en el espacio geográfico nacional.

La defensa integral de la Nación, conformada por las estrategias y planes de seguridad exterior e interior, y la ejecución de operaciones a esos fines; la soberanía y la integridad del espacio geográfico (artículos 323 y 325 constitucionales), *lo que incluye la atención de las fronteras*, son aspectos de la seguridad de la nación, conforme al artículo 326 constitucional.

En efecto, el territorio determina frente a los Estados limítrofes, el límite del ámbito espacial del ejercicio de la soberanía nacional. La conjunción de los mismos, territorio y soberanía, impone al Estado la obligación de dictar las providencias necesarias para preservar y salvaguardar la integridad territorial. Se constituye así, en ejercicio de las disposiciones constitucionales, la base jurídica para sancionar normas que permiten la adopción de medidas para la protección del territorio nacional y de garantías para la seguridad nacional, tales como las Zonas de Seguridad, que abarcan a las Zonas de Seguridad Fronteriza.

En lo que se refiere a las Zonas Fronterizas, se han definido como zonas de variable amplitud en la periferia territorial del Estado, en la cual se ejerce el Poder Nacional para alcanzar los objetivos de la política de fronteras y seguridad fronteriza. Por tal razón, estas zonas tienen un régimen autorizatorio especial con relación a las actividades que pueden ser desarrolladas dentro de las precitadas zonas y por ello, el Ejecutivo Nacional, previa opinión del Consejo de Defensa de la Nación, por vía reglamentaria puede declarar de *utilidad pública*, los espacios geográficos que comprenden las Zonas de Seguridad, conforme a lo establecido en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación.

Circunscribiéndonos al caso que se analiza, se observa que el contrato cuya nulidad se solicita, es indiscutiblemente de carácter público, por la circunstancia de haberse suscrito con la finalidad de realizar la adjudicación de una empresa ubicada en una Zona de Seguridad

Fronteriza del Estado Táchira, mediante un proceso de privatización llevado por el entonces Fondo de Inversiones de Venezuela. Por otra parte, la Procuraduría General de la República, en su escrito de demanda, ha denunciado la violación del artículo 16 de la entonces Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, -aplicable *ratione temporis*- que disponía:

*“Artículo 16. Ningún extranjero podrá adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas, sin autorización escrita del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de la Defensa, la propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en la Zona de Seguridad Fronteriza creada en esta Ley y en la zona de seguridad prevista en el literal b) del artículo anterior ...”*

Sostiene la Procuraduría General de la República, que la empresa a la cual se adjudicó el contrato, no cumplió con los requisitos previos de obtención de autorización por parte del Ejecutivo Nacional, por órgano del Ministro de la Defensa, ya que el Central Azucarero Ureña C.A., fue adquirido por una sociedad mercantil, cuyo único accionista es otra sociedad, pero de nacionalidad presuntamente extranjera.

En consecuencia, sin prejuzgar sobre el fondo del litigio y estando pendiente dilucidar por este órgano jurisdiccional si efectivamente, se verificó o no la violación a las normas señaladas por la Procuraduría General de la República, debe esta Sala negar la homologación de la transacción celebrada en fecha 25 de marzo de 2004, por versar el **presente juicio sobre una materia que se refiere al orden público**, como lo es la seguridad nacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 262 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide.

## II. DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

### 1. Garantías Constitucionales

#### A. La garantía de igualdad ante la ley: Igualdad entre nacionales y extranjeros

TSJ-SC (3537)

16-11-2005

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: C.A. La Electricidad de Caracas y Otras vs. Nulidad Artículo 16 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, el Reglamento Parcial N° 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa y Diversos Decretos del Presidente de la República y Resoluciones del Ministerio de la Defensa.

**La Constitución da cobertura suficiente para que el legislador establezca limitaciones a ciertos derechos de extranjeros, cuando exista una razón relacionada con los intereses públicos, entre los que se encuentra la seguridad de la Nación. Por supuesto no toda restricción al derecho de extranjeros sería aceptable desde el punto de vista constitucional. Sólo lo serían aquellas que queden amparadas por la necesidad de salvaguardar intereses colectivos. La igualdad entre nacionales y extranjeros es la regla en el ordenamiento venezolano, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de Texto Fundamental, el cual, si bien en ningún momento prohíbe discriminar por nacionalidad, en realidad abarca la prohibición de cualquier actitud que implique desigualdad injustificada.**

Los accionantes han denunciado la discriminación entre extranjeros y nacionales que autoriza la norma en cuestión, cuyo texto -ya transcrito en el apartado correspondiente al fundamento de la demanda- la Sala cita de nuevo a continuación:

*“Ningún extranjero podrá adquirir, poseer o detentar por sí o por interpuestas personas sin autorización escrita del Ejecutivo Nacional por órgano del Ministerio de la Defensa, la*

propiedad u otros derechos sobre bienes inmuebles en la Zona de Seguridad Fronteriza creada en esta Ley y en la zona de seguridad prevista en el literal b) del artículo anterior.

Los Registradores, Jueces, Notarios y demás funcionarios con facultad para dar fe pública, se abstendrán de autorizar los documentos que se presenten para su otorgamiento con violación de las disposiciones contenidas en este artículo, so pena de nulidad.

Se consideran personas interpuestas a los efectos de esta Ley, además de las contempladas en el Código Civil, las sociedades, asociaciones y comunidades en las cuales una persona natural o jurídica extranjeras, sea socio, accionista, asociado o comunero con poder de decisión”.

La lectura de la norma anterior permite constatar que las limitaciones al derecho de los extranjeros sobre bienes inmuebles (propiedad, pero también cualquier otro) no se refiere a cualquier zona de seguridad, sino a dos: las Zonas de Seguridad Fronteriza y las zonas que se declarasen de conformidad con la letra b) del artículo 15 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa. En consecuencia, se hace necesario precisar cuáles son esas distintas zonas de seguridad a las que hace mención el mencionado artículo 15, a fin de precisar luego si tiene cobertura constitucional la restricción de derechos de personas extranjeras en determinadas zonas.

Tenemos así que el artículo 15 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa disponía:

*“Se declara de utilidad pública, a los fines de la presente Ley, una zona adyacente a la línea fronteriza del territorio nacional, denominada Zona de Seguridad Fronteriza.*

El Ejecutivo Nacional, oído el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, fijará la anchura de dicha zona, en su totalidad o por sectores, pudiendo modificar su extensión cuando las circunstancias lo requieran.

El Ejecutivo Nacional, por vía reglamentaria y oído el Consejo Nacional de Seguridad y Defensa, declara Zonas de Seguridad, con la extensión que determine, las siguientes:

- a) Una franja adyacente a la orilla del mar, de los lagos y ríos navegables.
- b) La zona que circunda las instalaciones militares y las industrias básicas y
- c) Cualquiera otra zona que considere necesaria para la seguridad y defensa de la República”. (Cursivas de la Sala).

Puede notarse que ese artículo 15 prevé cuatro diferentes zonas de seguridad: 1) la denominada Zona de Seguridad Fronteriza; 2) una franja adyacente a la orilla del mar, de los lagos y ríos navegables; 3) la zona que circunda las instalaciones militares y las industrias básicas y 4) cualquiera otra que el Ejecutivo considerase necesaria para la seguridad y defensa de la República. Los límites al derecho de los extranjeros, sobre bienes inmuebles, existen para el primer y el tercer caso.

Para los demandantes es inconstitucional que la Ley disponga límites al derecho de propiedad que sólo son predicables respecto de los extranjeros, pues con ello se violaría la igualdad que garantiza la Carta Magna. En cualquier caso, expuso la parte accionante que incluso si la medida se extendiera a nacionales, los límites al derecho de propiedad que establece la Ley serían desproporcionados, pues bien pudieron preverse unos menos gravosos.

Observa la Sala que efectivamente la Constitución venezolana garantiza categóricamente el derecho de propiedad, así como la igualdad de las personas que residen en el territorio nacional. Sin embargo, como casi todo derecho –a excepción de los derechos a la vida y a la integridad- conocen excepciones o limitaciones.

En primer lugar, la propiedad puede ser limitada por la ley, si existen razones de utilidad pública o interés general, tal como lo establece el artículo 115 del Texto Fundamental, según el cual:

“Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes”.

Existe abundante jurisprudencia acerca de la posibilidad de que se limite la propiedad si hay razones que lo justifiquen. La Constitución, en todo caso, no prevé expresamente que esas limitaciones puedan venir dadas por la nacionalidad de las personas. De hecho, en principio todas las personas son iguales ante la ley, según mandato del artículo 21 de la Carta Magna, en el que se lee:

“Todas las personas son iguales ante la ley; en consecuencia:

1. No se permitirán discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social o aquellas 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.
2. La ley garantizará las condiciones jurídicas y administrativas para que la igualdad ante la ley sea real y efectiva; adoptará medidas positivas a favor de personas o grupos que puedan ser discriminados, marginados o vulnerables; protegerá especialmente a aquellas personas que por alguna de las condiciones antes especificadas, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.
3. Sólo se dará el trato oficial de ciudadano o ciudadana; salvo las fórmulas diplomáticas.
4. No se reconocen títulos nobiliarios ni distinciones hereditarias”.

Como se aprecia en el artículo transcrito, en principio no caben los tratos que impliquen una desigualdad. Ahora bien, ha sido criterio reiterado de este Máximo Tribunal que no existe desigualdad cuando las circunstancias de hecho del caso concreto permiten entender que las situaciones no son equivalentes. De esta manera, ante situaciones desiguales el tratamiento debe ser necesariamente desigual.

En el caso de autos observa la Sala que existe una desigualdad evidente que permite sostener que el trato desigual a los extranjeros en determinadas situaciones encuentra acogida en el Texto Fundamental.

En efecto, Venezuela se ha caracterizado por ser un país receptor de inmigrantes, de personas que, por diversos motivos, han decidido vivir en su territorio, a veces adoptando la nacionalidad venezolana, pero en ocasiones manteniendo la nacionalidad extranjera. La acogida favorable que ha demostrado la Nación venezolana frente a las personas extranjeras es, precisamente, una de las posibles razones por las que muchas han optado por conservar su nacionalidad de origen, dado que aun así encuentran pocas trabas para su desarrollo.

Sin embargo, la Constitución sí prevé un límite fundamental al derecho de los extranjeros: el de participación política. Se entiende que sólo quienes son venezolanos (así sea por naturalización) deben participar en los asuntos públicos, por ser los verdaderos interesados en ellos. Los extranjeros difícilmente tendrán el arraigo necesario para estar afectados, y por ende interesados, en esa participación.

Por supuesto, lo anterior tiene excepciones, derivadas normalmente de lo ya apuntado: la gran cantidad de personas que mantienen sus nacionalidades originarias, pese a llevar largo tiempo en el país. Justo por ello la propia Constitución previó la posibilidad de una participación restringida en los asuntos públicos, circunscrita al ámbito local, pero nunca extensible a la nación, entendida como el sentimiento de comunidad que une a determinados colectivos.

De este modo, el artículo 64 de la Constitución prevé:

“Son electores o electoras todos los venezolanos y venezolanas que hayan cumplido dieciocho años de edad y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política.

El voto para las elecciones parroquiales, municipales y estatales se hará extensivo a los extranjeros o extranjeras que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país, con las limitaciones establecidas en esta Constitución y en la ley, y que no estén sujetos a interdicción civil o inhabilitación política”.

Sobre esa participación de los extranjeros se lee en la Exposición de Motivos de la Constitución lo siguiente:

“Esta Sección, al referirse a la ciudadanía, expresa la condición jurídica o vínculo de una persona con el Estado, que le permite el ejercicio de los derechos políticos. Dicha condición en principio pertenece a los venezolanos y venezolanas no sujetos a interdicción civil ni a inhabilitación política, en las condiciones de edad que establezca la Constitución para el ejercicio de los derechos políticos.

No obstante, se otorga potestad electoral activa a los extranjeros que hayan cumplido dieciocho años de edad, con más de diez años de residencia en el país y no estén sometidos a interdicción civil o inhabilitación política, para votar en las elecciones parroquiales, municipales y estatales.

En esta materia destaca, además, la ampliación de los derechos políticos de los venezolanos por naturalización con el objeto de integrarlos más estrechamente a la vida y destino del país. Por ello, se les permite el desempeño de cargos públicos hasta ahora reservados constitucionalmente a los venezolanos por nacimiento. Así, los venezolanos por naturalización, si tienen domicilio con residencia ininterrumpida en el país no menor de quince años, podrán desempeñarse como diputados a la Asamblea Nacional, aunque no podrán ejercer la Presidencia o Vicepresidencia de dicho cuerpo; como Ministros, menos en los cargos relacionados con la seguridad de la Nación, finanzas, energía y minas y educación; o como Gobernadores o Alcaldes, excepción hecha de los Estados fronterizos.

Además, se reconoce a los venezolanos por naturalización que hubieren ingresado al país antes de cumplir siete años de edad y hayan residido permanentemente en él, la posibilidad de gozar los mismos derechos de los venezolanos por nacimiento, en virtud de lo cual podrán acceder a todos los cargos públicos. En todo caso, la residencia permanente a que se refiere el texto constitucional en esta materia, debe interpretarse en el sentido de que la persona interesada no se haya ausentado del territorio nacional con el ánimo de establecerse permanente y definitivamente en el extranjero. Ello no impide, por tanto, que dicha persona se ausente temporalmente del territorio nacional por razones de turismo, trabajo, estudios u otros de similar naturaleza, siempre que tengan carácter temporal”.

El Constituyente, así, mostró total claridad respecto de los derechos de los extranjeros en el ámbito público. Tanto el acceso al sufragio activo local como las limitaciones en el resto de los casos, para los extranjeros, están basados en un doble propósito: respetar los derechos individuales, pero a la vez tutelar por la seguridad de la Nación, a través de la salvaguarda de sus intereses, que deben quedar protegidos frente a quienes, por carecer de la conciencia de nación, difícilmente podrán comportarse como lo haría un nacional.

No se trata de dudar de la buena fe de las personas extranjeras, sino de una realidad humana: el compromiso suele derivar de ciertos vínculos de cercanía. La nacionalidad por supuesto que no es garantía total de ese compromiso, pero sí puede presumirse, en principio, el interés favorable al beneficio de la Nación en quienes son sus ciudadanos. Justamente ese vínculo afectivo es lo que en ocasiones lleva a los extranjeros a adoptar como propia la nacionalidad de quienes lo han recibido en el país. Más que un interés personal se presume en esa decisión una voluntad de integración en la Nación. Al hacerlo, el extranjero deja de ser tal, para convertirse en nacional, casi en plano de total igualdad con quienes ostentan la nacionalidad venezolana originaria.

Casi total igualdad, destaca de nuevo la Sala, pues la Constitución también establece unos límites a los venezolanos por naturalización. Se trata de restricciones escasas y muy concretas, pero fundamentales, por cuanto se refieren al acceso a los más altos cargos del Estado. Una vez más la razón parece obvia: quienes ejercen el Poder del Estado, sobre el resto de la población, deben estar guiados por ese espíritu de comunidad que la Sala ha pretendido poner de relieve en estos párrafos.

Como se nota, entonces, la Constitución no contiene normas concretas sobre la restricción de los derechos sobre bienes inmuebles, pero sí contiene disposiciones que permiten sostener que la condición de extranjero puede ser la base suficiente para imponer limitaciones que guarden relación con los asuntos públicos, entre los que destacan, claro está, el tema de la seguridad de la Nación.

Al respecto cree la Sala conveniente citar el texto de los artículos 322 y 326 de la Constitución, referidos precisamente a la seguridad de la Nación:

*“Artículo 322:* La seguridad de la Nación es competencia esencial y responsabilidad del Estado, fundamentada en el desarrollo integral de ésta y su defensa es responsabilidad de los venezolanos y venezolanas; también de las personas naturales y jurídicas, tanto de derecho público como de derecho privado, que se encuentren en el espacio geográfico nacional”.

*Artículo 326:* La seguridad de la Nación se fundamenta en la corresponsabilidad entre el Estado y la sociedad civil para dar cumplimiento a los principios de independencia, democracia, igualdad, paz, libertad, justicia, solidaridad, promoción y conservación ambiental y afirmación de los derechos humanos, así como en la satisfacción progresiva de las necesidades individuales y colectivas de los venezolanos y venezolanas, sobre las bases de un desarrollo sustentable y productivo de plena cobertura para la comunidad nacional. El principio de la corresponsabilidad se ejerce sobre los ámbitos económico, social, político, cultural, geográfico, ambiental y militar”.

Para la Sala está fuera de duda que la Constitución da cobertura suficiente para que el legislador establezca limitaciones a ciertos derechos de extranjeros, cuando exista una razón relacionada con los intereses públicos, entre los que se encuentra la seguridad de la Nación.

Por supuesto, no toda restricción al derecho de extranjeros sería aceptable desde el punto de vista constitucional. Sólo lo serían aquellas que queden amparadas por la necesidad de salvaguardar intereses colectivos. La igualdad entre nacionales y extranjeros es la regla en el ordenamiento venezolano, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de Texto Fundamental, el cual, si bien en ningún momento prohíbe discriminar por nacionalidad, en realidad abarca la prohibición de cualquier actitud que implique desigualdad injustificada.

Las personas, como parte del género humano, merecen un trato de justicia, sobre el que ninguna importancia puede tener su color, sexo, nacionalidad, edad o, en general, su condición individual. El trato desigual sólo puede surgir cuando exista un interés supremo que encuentre acogida en la Carta Magna. Y aun en ese caso el trato desigual en realidad no sería más que la consecuencia de una desigualdad de fondo que es necesario afrontar. Ha expuesto la Sala en qué consiste, en el caso de los extranjeros, esa desigualdad de fondo que autoriza –en ocasiones incluso exige– un trato también desigual.

Observa la Sala, en todo caso, que el artículo 16 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa no prevé limitación al derecho de extranjeros sobre bienes inmuebles en cualquier supuesto de zona de seguridad, sino sólo en dos: el de las Zonas de Seguridad Fronteriza y en las zonas que circundan instalaciones militares e industrias básicas.

Quiere ello decir que el legislador actuó con prudencia, procurando no incidir más allá de lo necesario en los derechos particulares. Como se ha visto, la limitación puede encontrar sustento en la Constitución, pero nunca puede llegar a ser desproporcionada.

Es criterio de esta Sala que, si bien la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa se dictó bajo la vigencia de la Constitución de 1961 sus planteamientos acerca de la importancia de las zonas de seguridad se corresponden bien con la Constitución actual, por cuanto en ella se destaca la relevancia de las fronteras, a efectos de la seguridad de la Nación, así como de las industrias básicas.

En primer lugar debe citar la Sala el artículo 327 de la Constitución, referido a las fronteras, en el que se dispuso:

“La atención de las fronteras es prioritaria en el cumplimiento y aplicación de los principios de seguridad de la Nación. A tal efecto, se establece una franja de seguridad de fronteras cuya amplitud, regímenes especiales en lo económico y social, poblamiento y utilización serán regulados por la ley, protegiendo de manera expresa los parques nacionales, el hábitat de los pueblos indígenas allí asentados y demás áreas bajo régimen de administración especial”.

Por su parte, el artículo 302 de la Constitución destaca la importancia de las industrias para el desarrollo del país, en los siguientes términos:

“El Estado se reserva, mediante la ley orgánica respectiva, y por razones de conveniencia nacional, la actividad petrolera y otras industrias, explotaciones, servicios y bienes de interés público y de carácter estratégico. El Estado promoverá la manufactura nacional de materias primas provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables, con el fin de asimilar, crear e innovar tecnologías, generar empleo y crecimiento económico, y crear riqueza y bienestar para el pueblo”.

No parece casual, entonces, que el legislador haya escogido precisamente esos dos casos para situar las zonas en las que los extranjeros están sometidos a límites.

Por lo expuesto, esta Sala desestima la denuncia de discriminación formulada por la parte actora, en el entendido que la Constitución permite que, por razones de seguridad de la Nación, se impongan límites excepcionales al derecho de propiedad de extranjeros. Deja sentado la Sala expresamente que, como toda limitación legal, su desarrollo reglamentario, así como su aplicación en casos concretos, debe estar sometida a los principios de racionalidad y proporcionalidad. Así se declara.

Con el análisis del artículo 16 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa cesa para la Sala su pronunciamiento acerca de la denuncia de discriminación entre nacionales y extranjeros, pues ese trato desigual no aparece en la norma vigente: el artículo 52 de la Ley Orgánica de Seguridad de la Nación. Esta Sala ha advertido, en el apartado I de este fallo, que la derogatoria de esa Ley Orgánica de Seguridad y Defensa no impidió, por la llamada ultra actividad de las normas, que su artículo 16 (así como el reglamento de la ley) continuara rigiendo las declaratorias de zonas de seguridad efectuadas con anterioridad, al menos hasta que se dictase una nueva reglamentación.

#### B. *Las garantías del debido proceso*

##### a. *Presunción de inocencia*

**TSJ-SPA (5907)**

**13-10-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Administradora Convida C.A. vs. Ministerio de la Producción y el Comercio.

**La presunción de inocencia es el derecho que tiene toda persona de ser considerada inocente mientras no se pruebe lo contrario, el cual formando parte de los derechos, principios y garantías que**

**son inherentes al debido proceso, que la Constitución de la República consagra en su artículo 49 a favor de todos los ciudadanos, exige en consecuencia, que tanto los órganos judiciales como los de naturaleza administrativa deban ajustar sus actuaciones a lo largo de todo el procedimiento de que se trate, de tal modo que pongan de manifiesto el acatamiento o respeto del mismo.**

Visto de esta forma el planteamiento efectuado, se estima importante recordar que la jurisprudencia de la Sala (*V. gr.* Sentencia N° 686, del 8 de mayo de 2003, dictada en el caso Petroquímica de Venezuela S.A.), sostiene que la presunción de inocencia es el derecho que tiene toda persona de ser considerada inocente mientras no se pruebe lo contrario, el cual formando parte de los derechos, principios y garantías que son inherentes al debido proceso, que la vigente Constitución de la República consagra en su artículo 49 a favor de todos los ciudadanos, exige en consecuencia, que tanto los órganos judiciales como los de naturaleza administrativa deban ajustar sus actuaciones a lo largo de todo el procedimiento de que se trate, de tal modo que pongan de manifiesto el acatamiento o respeto del mismo.

Igualmente, la Sala ha establecido (Fallo N° 975, del 5 de agosto de 2004 emitido en el caso *Richard Quevedo*), que la importancia de la aludida presunción de inocencia trasciende en aquellos procedimientos administrativos que como el presente, aluden a un régimen sancionatorio, concretizado en la necesaria existencia de un procedimiento previo a la imposición de la sanción, el cual ofrezca las garantías mínimas al sujeto investigado y permita, sobre todo, comprobar su culpabilidad.

Ahora bien, habiendo quedado claro el alcance del derecho analizado, conviene destacar que del examen del expediente administrativo se desprende que en el presente caso se inició un procedimiento, en principio en su etapa conciliatoria, conforme al artículo 134 y siguientes de la entonces vigente Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, debido a la denuncia realizada por el ciudadano Raúl Osuna, para luego, en virtud de no haberse alcanzado un acuerdo, se prosiguiera con el respectivo procedimiento ordinario; igualmente, se advierte que la hoy impugnante fue notificada de la apertura del expediente, tuvo acceso al mismo, pudo participar en el trámite de la averiguación instaurada y en fin tuvo la oportunidad de presentar en sede administrativa los recursos pertinentes en defensa de sus derechos.

También se aprecia de autos, que el órgano sancionador no calificó al accionante antes de dictar la sanción de multa, como culpable de los ilícitos imputados, sino más bien como presunto responsable de la comisión de un determinado hecho, tal como se desprende del auto de proceder de fecha 9 de julio de 2001 (folio 76 del expediente administrativo).

De la misma manera, debe resaltarse que ante la denuncia formulada y que originó el procedimiento *in commento*, la hoy impugnante sostuvo que el vínculo contractual había fenecido para el momento en que el ciudadano Raúl Osuna requirió la prestación del servicio y que, sumado a ello, los requerimientos efectuados por el precitado resultaban improcedentes; de tal modo, estima la Sala, que de acuerdo a sus propias defensas, la sociedad mercantil Administradora Convida, C.A., tenía la carga de demostrar tales alegatos, no constituyendo dicha circunstancia que se haya producido la inversión de la carga probatoria en detrimento de sus derechos.

Así pues, en atención a las consideraciones anteriores, resulta evidente que no existió vulneración alguna al derecho a la presunción de inocencia, por lo que necesariamente esta Sala debe desestimar la denuncia realizada. Así se declara.

b. *Derecho a la defensa*

TSJ-SPA (5907)

13-10-2005

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Administradora Convida C.A. vs. Ministerio de la Producción y el Comercio.

**La Sala confirma su criterio al sostener que el derecho a la defensa implica no sólo la oportunidad para que el ciudadano encausado o presunto infractor pueda hacer oír sus alegatos, sino el derecho que tiene de exigir al Estado el cumplimiento previo a la imposición de la sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo, así como promover y evacuar pruebas.**

2.- Por otra parte, la recurrente señaló, como vicio del acto administrativo cuestionado la “Violación del derecho a la defensa por falta de valoración de las pruebas alegadas”, pues, a su decir, la autoridad administrativa sancionante omitió de manera absoluta la “valoración de las pruebas y argumentos presentados en la Sala de Conciliación por nuestra representada, los cuales eran esenciales para desestimar las razones que dieron lugar a la denuncia formulada por el Sr. Osuna”, sumado a que “tanto el Ministerio como el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario tomaron como únicos y como ciertos los alegatos del Sr. Osuna, sin ni siquiera valorar las observaciones hechas por los representantes de CONVIDA, en fecha 29 de enero de 2001, 2 de febrero de 2001 y 7 de junio de 2001, y menos aún, valoraron las pruebas aportadas por dicha empresa, las cuales eran absolutamente necesarias a los fines de desestimar los argumentos expuestos por la parte denunciante”, circunstancias que generan que el acto recurrido deba declararse nulo de conformidad con el numeral 1° del artículo 19 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en concordancia con el artículo 25 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

A este respecto debe señalarse que ha sido criterio pacífico y reiterado de esta Sala, el sostener que el derecho a la defensa implica no sólo la oportunidad para que el ciudadano encausado o presunto infractor pueda hacer oír sus alegatos, sino el derecho que tiene de exigir al Estado el cumplimiento previo a la imposición de la sanción, de un conjunto de actos o procedimientos destinados a permitirle conocer con precisión los hechos que se le imputan y las disposiciones legales aplicables a los mismos, hacer oportunamente alegatos en su descargo, así como promover y evacuar pruebas.

De la revisión de las actas procesales, surge claramente que la recurrente tuvo el debido conocimiento de la apertura del procedimiento que culminó con la sanción cuestionada, así como también tuvo la oportunidad de formular sus defensas y consignar el material probatorio que respaldara sus argumentaciones y en definitiva desvirtuara la falta imputada. Asimismo, consta en la propia resolución impugnada que la Administración revisó la documentación consignada en el expediente administrativo, lo cual se evidencia al señalarse que “precisamente de la estricta valoración de las pruebas aportadas, consistente (*sic*) de los recaudos que corren insertos en el Expediente, el Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), pudo determinar y de acuerdo a la apreciación de los mismos, que los recurrentes no aportaron ninguna prueba que pudiese desvirtuar el hecho denunciado por el ciudadano Raúl Osuna, consistente en el incumplimiento por parte de la empresa CONVIDA de sufragar los gastos del tratamiento requerido por los médicos tratantes de su cónyuge”.

Adicional a lo anterior, observa la Sala que en su escrito recursorio la impugnante se limita a expresar que la autoridad pública omitió la “valoración de las pruebas y argumentos presentados en la Sala de Conciliación por nuestra representada, los cuales eran esenciales para desestimar las razones que dieron lugar a la denuncia formulada por el Sr. Osuna”, sin indicar a qué medios probatorios se refiere y de qué manera específicamente hubiesen podido cambiar la decisión adoptada, de tal manera que se llevara a la convicción de este Juzgador la verosimilitud de sus afirmaciones.

De esta manera, vistos los razonamientos anteriormente expuestos, resulta forzoso para la Sala desechar la violación del derecho a la defensa en la forma planteada por la recurrente. Así se declara.

**TSJ-SPA (6082)**

**3-11-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Eduy Nicomedes Alfonso Mota y otros vs. Ministerio del Interior y Justicia.

En cuanto a la denuncia de violación del derecho a la defensa, es importante precisar que la doctrina de esta Sala ha dejado sentado que tal derecho se erige como pilar fundamental de nuestro sistema constitucional de derechos y garantías, por lo que debe estar presente en las actuaciones administrativas a través de distintas manifestaciones, entre ellas: el derecho a ser oído; el derecho a ser notificado de la decisión administrativa a los fines de que le sea posible al particular presentar los alegatos que puedan proveer en su ayuda, más aun si se trata de un procedimiento que ha sido iniciado de oficio; el derecho a tener acceso al expediente, justamente con el propósito de examinar en cualquier estado del procedimiento las actas que lo componen, de tal manera que con ello pueda el particular obtener un real seguimiento de lo que acontece en su expediente administrativo; el derecho que tiene el administrado de presentar pruebas que permitan desvirtuar los alegatos ofrecidos en su contra por la Administración; y, finalmente, el derecho que tiene toda persona a ser informado de los recursos y medios de defensa, a objeto de ejercer esta última frente a los actos dictados por la Administración.

*C. Derecho a la Tutela Judicial Efectiva*

**TSJ-SC (3082)**

**14-10-2005**

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación de los artículos 56, letra h, 95, numeral 12, y 78, de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

**El pronunciamiento de una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien solicitó la cautela y no cumplió sus requisitos. Así mismo, negarle tutela cautelar a quien cumple plenamente los requisitos implica una violación a ese mismo derecho fundamental.**

Tal como pacíficamente sostuvo esta Sala, el poder cautelar general del juez constitucional puede ejercerse en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza legislativa, con el objeto de que se dicten las medidas que resulten necesarias para el aseguramiento de la eficacia de la sentencia definitiva; medidas cuya procedencia, según se expuso -entre otras muchas- en sentencias de 8-6-00, caso *Alexis Viera Brandt*, y de 13-6-02, caso *Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas*, depende fundamentalmente del cumplimiento de los requisitos que, para tal fin, establece la Ley adjetiva, concretamente los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia recogió, de manera expresa, ese derecho a la tutela cautelar, que es garantía del derecho a la tutela judicial eficaz y postuló la existencia de un poder cautelar general en el marco de los procesos que se sustancien de conformidad con esa Ley. Así, se lee del artículo 19, parágrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo siguiente:

“En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”.

La norma hace suyo el primero de los requisitos de procedencia propios de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, y aunque no lo establezca con la misma claridad, exige el segundo de los requisitos inmanentes a toda medida cautelar, como lo es la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), desde que dispone que la cautela no tiene otra finalidad que la garantía de las resultas del juicio. No podría entenderse de otra manera, pues la exigencia de ambos requisitos es consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando la esencia misma de las medidas cautelares (Calamandrei, Piero, *Providencias Cautelares*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, pp. 69 y ss.).

De allí que el juez dictará la medida preventiva cuando exista presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, esto es, de que no sean plenamente ejecutables las resultas del juicio (*periculum in mora*), ya que en función a la tutela judicial eficaz, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se compruebe el cumplimiento de los requisitos que exige la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas.

En definitiva, el pronunciamiento de una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien solicitó la cautela y no cumplió sus requisitos; y al contrario, negarle tutela cautelar a quien cumple plenamente los requisitos implica una violación a ese mismo derecho fundamental, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la efectiva ejecución del fallo, lo cual sólo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar (Cfr. González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1989, pp. 227 y ss). Asunto distinto es que, en la ponderación del cumplimiento de los requisitos que exige la tutela cautelar, el juez tenga una amplia facultad de valoración que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen condiciones suficientes para el otorgamiento de la medida.

Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que si falta alguno de ellos, el juez no podría decretar la cautela. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público y, más concretamente, en el ámbito de la competencia constitucional, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez deberá también realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión a intereses generales en un caso concreto, o bien para la determinación de si, en el caso concreto, el interés general se vería favorecido o amenazado por el otorgamiento de la medida.

**TSJ-SC (5087)**

**15-12-2005**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Mario Freitas Sosa e Inversiones Recreativas Invereca, C.A. (INVERECA) vs. Decisión Sala de Casación Civil.

**No puede interpretarse que la tutela judicial efectiva persigue la eliminación de todos los requisitos y formas necesarios para obtener decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino sólo de aquellos que impliquen una eventual situación de desventaja o indefensión para cualquiera de las partes en un juicio.**

..se advierte que la competencia que tiene atribuida la Sala Político Administrativa, no establece la consagración del recurso de casación y con respecto al razonamiento efectuado por la Sala de Casación Civil, debe reiterarse que las demandas patrimoniales contra los Estados y los Municipios no son juicios civiles, sino demandas contenciosas que se encuentran conociendo en virtud de un contencioso eventual, el cual a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia quedó derogado en cuanto a las demandas patrimoniales.

En cuarto lugar, se aprecia que la no consagración del mismo no vulnera el derecho a la igualdad, ni el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, ya que contra dichas sentencias el ordenamiento jurídico ha previsto otra serie de recursos y solicitudes, los cuales pudieran ser invocados y ejercidos en su momento, según lo estimen convenientes las partes.

En atención a ello, se advierte que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 26, que todo ciudadano tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, la cual deberá tener como características el ser "*gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles*"; consagrándose así, lo que la doctrina ha denominado la garantía de la tutela judicial efectiva. Al efecto, aparece señalado en la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, específicamente en sentencia de esta Sala N° 100 del 28 de enero de 2003.

En tal sentido, esta garantía a la tutela judicial efectiva debe ser entendida como una manera de proteger el derecho de todos los ciudadanos a obtener la resolución, a través de los órganos jurisdiccionales, de las controversias que pudieran surgir entre ellos y para con el aparato estatal, y no como una forma de evadir las normas procesales existentes en el ordenamiento jurídico, ya que estas últimas tienen como fundamento y razón de ser, el hacer efectivo el ejercicio real de dicha garantía constitucional.

En efecto, no basta con que las personas tengan la posibilidad de acudir a los Tribunales a resolver sus controversias, sino que además, se deben establecer de antemano, algunas reglas tendientes a canalizar ese acceso, y más aún, de garantizar igualmente el efectivo derecho a la defensa de todos aquellos llamados a participar en un eventual litigio; motivo por el cual se han establecido las normas procesales.

Como consecuencia de ello, no puede interpretarse que la tutela judicial efectiva persigue la eliminación de todos los requisitos y formas necesarios para obtener decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino sólo de aquellos que impliquen una eventual situación de desventaja o indefensión para cualquiera de las partes en un juicio. En este sentido, resulta una manifestación de ese derecho a la tutela judicial efectiva, la exigencia por parte de la ley, que los intervinientes en el proceso, estén debidamente asesorados por profesionales del Derecho.

Ciertamente, cuando el ordenamiento jurídico no contempla la existencia del recurso de casación para los juicios contencioso administrativos, ello no puede ser interpretado como el establecimiento de una traba al acceso a la justicia, ni una vulneración al derecho a la igualdad, muy por el contrario, esa exigencia representa una garantía del efectivo ejercicio del derecho a la defensa y al debido proceso, por cuanto el ordenamiento jurídico ha previsto otros mecanismos ordinarios más expeditos para que las sentencias dictadas en última instancia sean objeto de revisión, como lo serían el amparo contra sentencia o la solicitud de revisión.

2. *Derechos Individuales: Derecho a la Libertad Personal*

TSJ-SC (2987)

11-10-2005

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación del Código de Policía del Estado Miranda

**La Sala Constitucional a la luz de las disposiciones constitucionales que se refieren a la exclusiva competencia judicial para la imposición de medidas privativas de libertad (artículo 44.1 de la Constitución) y la reserva legal que ostenta el órgano legislativo nacional en materia de regulación de sanciones y procedimientos penales (artículo 156.32 *eiusdem*), suspende la aplicación de los artículos 13, 14, 21, 22, 23, 24, 31, 34, 38, 40, 49, 52, 56, 62, 63, 66, 80, 125, 150, 167, 179, 213, 223, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 240, 242, 244 y 248 del Código de Policía del Estado Miranda, sólo en cuanto a las previsiones sobre privación de libertad y no otras sanciones que se contemplen en los artículos enumerados.**

Sin entrar a analizar los fundamentos de los planteamientos en que se apoya el recurso de nulidad propuesto, pues implicaría avanzar opinión sobre la materia de fondo sometida al conocimiento de este Alto Tribunal, esta Sala observa que la medida cautelar solicitada por la parte recurrente tiene por objeto suspender la aplicación de las normas contenidas en los artículos 10, cardinales 4, 16, y 18; artículo 11, cardinales 6 y 9; y los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21, 22, 23, 24, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 45, 49, 50, 51, 52, 55, 56, 60, 62, 63, 66, 73, 75, 80, 98, 119, 122, 123, 125, 135, 141, 144, 150, 163, 167, 172, 173, 179, 180, 182, 183, 185, 186, 187, 189, 193, 196, 197, 198, 206, 207, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 223, 224, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248 y 251 del Código de Policía del Estado Miranda, por considerar que las mismas le otorgan a autoridades administrativas la competencia para efectuar detenciones personales.

...

Ahora bien, la medida de inaplicación requerida supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo de los artículos referidos. Como tal, la señalada medida de inaplicación constituiría una importante excepción legal al principio general, según el cual, con base en una presunta validez intrínseca a todo acto legal, éste tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde el momento mismo de su publicación en la *Gaceta Oficial*, aplicándose únicamente como medida excepcional, cuando sea muy difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado, de modo que si no se maneja con equilibrio aquella inaplicación, el principio de autoridad quedaría quebrantado, de allí que, para que pueda ser acordada, tiene que existir una verdadera y real justificación. Esta puede venir dada no sólo por los perjuicios materiales irreparables que puedan originarse de actos administrativos ejecutados con fundamento en el instrumento normativo conocido, sino por la jerarquía y la entidad de los derechos en juego. De tal forma, que si con la aplicación del instrumento normativo se afectan derechos fundamentales de la persona humana, que forman parte de la misma definición de los seres humanos, considerados como integrantes de una sociedad, como serían: el derecho a la libertad, al libre tránsito y al debido proceso, la inaplicación solicitada estaría justificada por el resguardo de la seguridad e interés del colectivo del Estado Miranda, que desde el punto de vista estatal constituyen un interés público, atemperándose entonces el principio de la obligatoriedad de los actos normativos una vez publicados en la *Gaceta Oficial* así como el principio de autoridad (*vid.* sentencia N° 755/2005, del 5 de mayo).

Así las cosas, al proceder la inaplicación cuando un interés de orden jurídico lo justifique, con base en el imperio del derecho y la justicia, el cual rige no sólo a favor del Estado sino también en beneficio de los particulares, esta Sala debe llevar a cabo la verificación de si en el presente caso concurren los extremos de procedencia de las medidas cautelares, los cuales son el peligro en la mora (*periculum in mora*) y la presunción de buen derecho (*fumus boni iuris*) (vid. sentencia N° 756/2005, del 5 de mayo).

Sobre la necesidad de la verificación de tales requisitos a los efectos de la procedencia de toda medida cautelar, (vid. sentencia N° 269/2005, del 16 de marzo)

....Dicho lo anterior, esta Sala observa que del análisis de las normas transcritas *supra*, a la luz de las disposiciones constitucionales que se invocaron como violadas, específicamente las que se refieren a la exclusiva competencia judicial para la imposición de medidas privativas de libertad (artículo 44.1 de la Constitución) y la reserva legal que ostenta el órgano legislativo nacional en materia de regulación de sanciones y procedimientos penales (artículo 156.32 *eiusdem*), se desprende -sin adelantamiento de opinión respecto de la resolución de fondo de la pretensión de nulidad y sí sólo como argumento jurídico referencial- que existe disconformidad entre las señaladas normas estatales y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, pues se trata de preceptos de una Ley estatal que establecen una potestad administrativa de arresto sin alusión a la orden judicial que, en tales supuestos exige el texto constitucional.

De igual forma, debe señalarse que no todas las normas impugnadas por la representación de la Defensoría del Pueblo prevén la privación de la libertad ambulatoria a cargo de autoridades policiales, del Gobernador del Estado, de los Alcaldes de Municipios o de los Prefectos de Distritos, que es el derecho que la Sala, en esta etapa inicial del proceso, estima de tutela inmediata e imprescindible.

Sobre el referido derecho fundamental, esta Sala, en sentencia N° 899/2001, del 31 de mayo, señaló lo siguiente:

“Ahora bien, la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, además de establecer al Estado como garante y protector de los derechos humanos, enunció dichos derechos, dejando claro que esta enunciación no es denegatoria de otros no señalados expresamente en ella.

Entre estos derechos se encuentra el derecho a la libertad personal que tiene todo individuo -artículo 44- el cual ha sido consagrado y desarrollado como un derecho humano y fundamental inherente a la persona humana y es reconocido, después del derecho a la vida, como el más preciado por el ser humano. Tratándose pues, de un derecho fundamental de entidad superior, debe esta Sala Constitucional, por ser guardián y garante del derecho positivo existente y en protección de los derechos humanos de los particulares, permanecer alerta ante cualquier situación que pueda menoscabar esta garantía constitucional de tan vital importancia y, con ello, el orden público constitucional” (Subrayado de este fallo)

En este mismo orden de ideas, Borrego señala:

“Ciertamente, uno de los derechos que aparte de la vida goza de un lugar privilegiado en el fuero constitucional, es la libertad personal y que también se vincula con otros derechos como la libertad de tránsito, de pensamiento, expresión y tantos más que adquieren relevancia para el desarrollo humano. Particularmente, este es un derecho subjetivo que interesa al orden público (favorable a los derechos humanos, según expresión de Nikken) y normalmente, es registrado como un valor fundamental para el enaltecimiento de la dignidad del ciudadano que ajusta su desenvolvimiento en sociedad. En especial, todas las declaraciones que se refieren al tema de los derechos humanos recogen a este principalísimo fundamento, reflejo inmediato del Estado de Derecho, democrático y con determinación social.” (Borrego, Carmelo, *La Constitución y el Proceso Penal*, Editorial Livrosca, Caracas, 2002, p. 90)

En realidad, buena parte de los artículos recurridos contienen la sanción de multa y, en principio, esta Sala no tiene objeciones para la mera sanción de multa, pues no considera que exista el *fumus boni iuris* necesario para suspender la aplicación de los artículos que la prevén. Además, algunas de las normas impugnadas por la representación de la Defensoría del Pueblo ni siquiera contemplan sanciones, sino medidas de control sobre determinadas actividades. Por ello, sin perjuicio del análisis que debe realizarse al decidir el fondo de la causa, esta Sala ordena la suspensión sólo de aquellas disposiciones que prevén sanción de arresto u otras formas de privación de libertad, ya que es donde está claramente demostrada la presunción de buen derecho y, además, se hace evidente el *periculum in mora*. Así se declara.

Por otra parte, esta Sala observa, con relación al artículo 35 de la normativa estatal que se impugnó, que en efecto, la fundamentación de dicha norma en una Ley nacional que fue objeto de declaratoria de inconstitucionalidad mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Pleno, del 6 de noviembre de 1997, constituye presunción suficiente de buen derecho para el otorgamiento de la medida cautelar, en abundancia a lo cual se verifica el mismo peligro en la mora que antes se analizó, pues las sanciones cuya imposición permite el precepto son privativas de libertad, en atención a las cuales se reiteran las consideraciones que antes se expusieron (*vid.* sentencia N° 269/2005, del 19 de marzo).

En concreto, y con base en lo expuesto, la Sala suspende la aplicación de los artículos 13, 14, 21, 22, 23, 24, 31, 34, 38, 40, 49, 52, 56, 62, 63, 66, 80, 125, 150, 167, 179, 213, 223, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 240, 242, 244 y 248 del Código de Policía del Estado Miranda, pero en el entendido de que sólo alcanza a las previsiones sobre privación de libertad y no otras sanciones que se contemplen en los artículos enumerados.

De igual forma, se suspende la aplicación del artículo 35 del mencionado Código de Policía, la cual se fundamenta, a los efectos de su aplicabilidad, en la normativa contenida en la Ley sobre Vagos y Maleantes, cuya inconstitucionalidad fue declarada por sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, en fecha 6 de noviembre de 1997.

Como complemento de la medida de suspensión de tales disposiciones, advierte la Sala a las autoridades policiales estatales que deberán aplicar el resto de las normas del Código, de forma tal que no se conviertan en instrumento para ordenar o aplicar medidas de privación de libertad; sin embargo, se aclara que la suspensión de las normas que permiten la sanción de privación de libertad no impide a las autoridades de policía practicar la aprehensión en flagrancia, de conformidad con la normativa correspondiente contenida en el Código Orgánico Procesal Penal, medida que se encuentra destinada a servir como mecanismo de colaboración con los órganos del sistema de justicia, siempre que no se extienda para convertirse en una verdadera privación ilegítima de libertad por parte de las autoridades policiales del Estado Miranda. Así se decide.

### 3. Derechos Políticos

#### A. Derechos de los miembros de la Fuerza Armada Nacional

**TSJ-SPA (6145)**

**9-11-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Néstor González González vs. Ministerio de la Defensa

**Si bien se le confiere al militar participación en el ejercicio de un derecho político extensivo a todos los ciudadanos de la República como es el derecho al voto, al mismo tiempo, se restringe otra parcela de ese derecho al prohibírsele participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.**

Al respecto, la Sala considera necesario enfocar el tema de la institución militar sobre la base de las normas constitucionales que constituyen el régimen que ha de guiar a los miembros de la Fuerza Armada Nacional.

Así, se tiene que el artículo 328 de la Constitución de 1999, dispone:

“La Fuerza Armada Nacional constituye una institución esencialmente profesional, sin militancia política, organizada por el Estado para garantizar la independencia y soberanía de la Nación.... (omissis)...En el cumplimiento de sus funciones, está al servicio exclusivo de la Nación y en ningún caso al de persona o parcialidad política alguna...(omissis)”.

Por su parte, la norma establecida en el artículo 330 *eiusdem*, señala:

“Los o las integrantes de la Fuerza Armada Nacional en situación de actividad tienen derecho al sufragio de conformidad con la ley, sin que les esté permitido optar a cargo de elección popular, ni participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político”.

Esta última norma, de reciente data, constituye la nota característica que distingue la condición especial de los miembros de la Fuerza Armada Nacional del resto de los ciudadanos que habitan en el país, pues si bien el Constituyente de 1999 confirió a los militares el derecho al sufragio, con el ánimo de evitar discriminaciones en un derecho político fundamental para todos los ciudadanos de la República, tal previsión no fue consagrada como un derecho absoluto que se impone sobre las restricciones propias de la vida castrense, o con el llamado también carácter deliberante. Así, es preciso recordar que cuando se habla de deliberación debe interpretarse esta última palabra en el sentido de debate o discusión presente entre varias personas para decidir un asunto determinado.

Como claramente lo señala la disposición transcrita, si bien se le confiere al militar participación en el ejercicio de un derecho político extensivo a todos los ciudadanos de la República como es el derecho al voto, al mismo tiempo, se restringe otra parcela de ese derecho al prohibírsele participar en actos de propaganda, militancia o proselitismo político.

Según se lee del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, “prosélito es todo partidario que se gana para una facción, parcialidad o doctrina”. Esta mención se hace a propósito del examen de las actas que constan en el expediente administrativo, por las cuales se pudo evidenciar que el General de Brigada Néstor González González emitió declaraciones a los medios de comunicación social, poniendo de manifiesto su desacuerdo con el gobierno del Presidente de la República, en consonancia con un grupo de militares disidentes, lo que sin lugar a dudas comprometió su posición dentro de la Fuerza Armada en forma personal.

Es necesario tener en cuenta que la naturaleza de la actividad desempeñada en este caso, juega un papel trascendental a la hora de considerar los parámetros legales en los cuales se puede desenvolver el ejercicio de los derechos políticos. Es claro que cuando se trata de la institución castrense, sus propias normas obligan a seguir un régimen estricto de conducta diseñado por el estamento militar, sustentado en la obediencia, subordinación y disciplina, y dirigido, entre otros aspectos, a limitar las opiniones o declaraciones por parte de sus miembros, cuando no exista la autorización por parte del cuerpo al cual pertenezca el oficial, de acuerdo con lo previsto en el artículo 348 de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales; supuesto que coincide en el presente caso, en el cual no consta autorización por parte de la superioridad militar del oficial recurrente para efectuar declaraciones públicas.

En ese sentido, es claro que las anteriores consideraciones se imponen al momento de determinar la responsabilidad en que incurriera el oficial pasado a situación de retiro con respecto a los hechos ocurridos, dado que la conducta asumida por el General de Brigada Néstor González González, demuestra que se mostró partidario de una facción que lo llevó a dar reiteradas declaraciones a los medios de comunicación social y degeneró en un evidente proselitismo político, perjudicial por cierto, dada su alta investidura, para el modelo que podría representar para el grupo de subalternos de la institución militar.

Así, estima la Sala, sin entrar a examinar el restante de las imputaciones efectuadas, que con su actuación el ciudadano Néstor González González infringió el contenido del artículo 330 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo cual obra per se constituyendo el basamento jurídico fundamental para afirmar que la conducta desplegada por el oficial, evidentemente atentó contra la disciplina que le debe a la Fuerza Armada Nacional, lo que sin duda respalda la medida disciplinaria impuesta, la cual le acarreó el pase a retiro de la institución castrense. En tales términos, considera la Sala ajustada a derecho la sanción impuesta. Así finalmente se decide.

B. *Derecho a la participación política*

**TSJ-SE (167)**

**14-11-2005**

Magistrado Ponente: Rafael Arístides Rengifo Camacaro

Caso: Mary Luz Álvarez y Ramón Kkilikan vs. Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela.

Asimismo, frente a los cuestionamientos de la competencia de esta Sala para conocer del presente caso, por dudarse de la naturaleza electoral de las elecciones en cuestión, tal como se señaló en la sentencia de esta Sala, número 77 del 27 de junio de 2005, ahora se reitera lo siguiente:

Se entiende que desde un punto de vista limitado, al menos moderado, o teóricamente extraño o anterior a la Constitución de 1999, el derecho de participación se limite a lo político. No obstante, del texto del artículo 70 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en el que se habla de “...medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político (...), **en lo social y económico...**” (énfasis añadido), hoy se encuentran superadas entre nosotros posiciones liberales-burguesas tan marcadas como la de una exacta división entre lo público y lo privado y, en consecuencia, resultan inaceptables afirmaciones como la de que: *no puede aludirse a los artículos 62 y 63 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en materia de elección de autoridades universitarias, ya que ésta no se refiere al sufragio ni a la participación política, sino a la composición de una autoridad universitaria y de sus atribuciones, lo que escapa a la teleología de las garantías sobre sufragio y participación política invocadas.*

Así, pues, no siendo extraño para la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, entender involucrado el derecho de participación, y aún el de sufragio, en elecciones de sindicatos, cooperativas, gremios profesionales, cajas de ahorro, asociaciones civiles, etc., tampoco es extraño entender involucrado el derecho a la participación y al sufragio en los procesos para elegir a las autoridades universitarias, salvaguardando, claro está, las particularidades de la materia electoral universitaria: naturaleza académica de la organización, autonomía universitaria, etc. Así se declara.

a. *Participación en materia de salud*

**TSJ-SC (3252)**

**28-10-2005**

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Interpretación del artículo 84 *in fine* de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

**La correcta interpretación del artículo 84 *in fine* de la Constitución de 1999 debe ser la siguiente: la comunidad organizada, a través de las cooperativas, empresas comunitarias y todo ente corporativo o asociativo con forma de derecho público o privado cuya**

**labor se refiera al sector salud, tienen el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones -fundamentalmente a través de mecanismos de consulta, o bien con carácter vinculante cuando así lo disponga expresamente la ley- relativas a la planificación, ejecución y control de las políticas -léase, orientaciones y directrices generales, a ser plasmadas en planes y programas- de las instituciones públicas de salud, entendiéndose por tales cualquier órgano o ente de la Administración Pública Nacional, Estatal o Municipal con competencias afines al sector salud a quienes compete la determinación de las políticas de ese sector. Participación que se ejercerá en los términos y condiciones que disponga una norma de rango legal.**

3. Según se expuso *supra*, en el caso de autos, la parte actora solicitó a la Sala dilucidar si es posible, a la luz del artículo 84 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que los ciudadanos participen e interfieran en el nombramiento y remoción de los altos funcionarios de las instituciones públicas de salud que dependen del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales.

Por su parte, la Defensoría del Pueblo opinó que no es posible, de conformidad con esa norma, que las comunidades interfieran en el nombramiento y remoción de los altos cargos pues no está, “...dentro de los derechos conferidos a las comunidades, la potestad de efectuar el nombramiento o designación de los funcionarios del Instituto Venezolano de los Seguros Sociales, ya que tal designación escapa del ámbito de la planificación, ejecución y control de políticas específicas en las instituciones públicas de salud, por no estar ceñidas a la gestión pública sino a la gerencia y administración de la institución”.

Al respecto, la Sala observa:

3.1 La norma constitucional cuya interpretación se requirió establece, como derecho y deber de la *comunidad organizada*, la *participación en la toma de decisiones sobre la planificación, ejecución y control de la política específica en las instituciones públicas de salud*. La correcta interpretación de ese precepto exige dilucidar qué ha de entenderse por comunidad organizada, y por *toma de decisiones* sobre la planificación, ejecución y control de la política específica de las instituciones de salud.

En este sentido, ha de comenzarse por la afirmación de que esa participación de la comunidad en la política de las instituciones públicas de salud es una típica expresión del derecho a la participación de los administrados en la actividad administrativa, lo que, a su vez, es clara manifestación del derecho fundamental a la participación ciudadana en la gestión pública, que recoge el artículo 62 constitucional de la siguiente manera:

“Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica”.

Si bien, en su encabezado, el artículo 62 constitucional postula el derecho a la libre participación en los asuntos públicos, su párrafo primero delimita una de las manifestaciones fundamentales de ese derecho, como lo es la participación de los administrados en el ejercicio de la actividad administrativa, al referirse a “*la participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública*”. Así lo expuso la Sala Electoral en sentencia N° 86 de 19-7-00 (en el mismo sentido que la sentencia de esa Sala N° 10 de 22-2-00), en la que se señaló:

“Con respecto al artículo 62 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, primer precepto denunciado como violado por los recurrentes, considera esta Sala necesario precisar que el mismo obedece al derecho de los ciudadanos y ciudadanas a participar en la formación, ejecución y control de la gestión pública, la cual es entendida, como la función que le corresponde realizar a los órganos que integran la Administración Pública, tal como aparece definida en el artículo 141 de la Constitución, es decir, como complejo orgánico encargado de realizar la función pública -satisfacción y tutela de los intereses generales-”.

Derecho a la participación ciudadana en la gestión pública que, sin desmedro de su rango constitucional, está también recogido en el artículo 135 de la Ley Orgánica de la Administración Pública (*Gaceta Oficial* N° 37.305, de 17 de octubre de 2001), el cual lo desarrolló de la siguiente manera:

“*Artículo 135:* Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en leyes especiales, los órganos y entes de la Administración Pública promoverán la participación ciudadana en la gestión pública.

A tales fines, las personas podrán, directamente o a través de las comunidades organizadas o las organizaciones públicas no estatales legalmente constituidas, presentar propuestas y formular opiniones sobre la gestión de los órganos y entes de la Administración Pública.

A los efectos de su participación en la consulta sobre políticas y normas para la regulación del sector respectivo, cada órgano o ente público llevará un registro de las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales cuyo objeto se refiera al sector y que soliciten libremente su inscripción”.

Se trata, así, de un derecho de contenido político, pues, como se afirmó en sentencia de esta Sala N° 23 de 22-1-03, tal derecho “*considera al individuo en tanto que miembro de una comunidad política determinada, con miras a tomar parte en la formación de una decisión pública o de la voluntad de las instituciones públicas*”, expresión directa de la concepción del Estado venezolano como democrático y social de Derecho y de Justicia (artículo 2 de la Constitución).

En efecto, la concepción de nuestra democracia como participativa (artículo 6 de la Constitución), exige de una participación popular directa en los asuntos públicos, y no sólo indirectamente a través de los representantes políticos electos mediante el sufragio. Según expuso esta Sala en sentencia N° 1613 de 17-8-04, “*...el derecho a la participación en los asuntos públicos propicia que los ciudadanos participen en la formación de la voluntad estatal, sirviendo de cauce a la articulación de la soberanía popular que posibilita la legitimación democrática del ejercicio del poder*”, participación directa de la ciudadanía en los asuntos públicos que es premisa fundamental –aunque no exclusiva– de la democracia participativa en el plano de la distribución horizontal del ejercicio del Poder Público, y que ha de coheretarse con el principio de descentralización territorial como expresión máxima de esa democracia participativa en el plano vertical.

Asimismo, la concepción social del Estado, que lo eleva de la categoría de Estado policial a la del Estado garante de las prestaciones esenciales para lograr la procura existencial y el bienestar social general de todos los ciudadanos, implica, además, una serie de deberes en cabeza de los particulares, con fundamento en el principio de solidaridad y responsabilidad social (artículo 135 de la Constitución), en atención a los cuales los particulares no son ajenos a tales cometidos prestacionales, sino que han de colaborar activamente –dentro de los términos legales y, como dice la norma, según su capacidad– a través de su *participación en la gestión pública*.

De manera, pues, que la participación ciudadana en la gestión pública es, a su vez, derecho político y deber social de todos los ciudadanos según sus capacidades, y de allí, precisamente, que la norma objeto de esta solicitud de interpretación (parte final del artículo 84

constitucional) postule el derecho-deber de participación de la comunidad en la toma de decisiones relativas a las instituciones públicas del servicio de salud, cometido por excelencia de la Administración Pública dentro de un Estado Social.

3.2 Ahora bien, una vez que se tiene en cuenta el alcance y razón del derecho fundamental del cual dimana el derecho-deber que establece el artículo 84 de la Constitución, resulta necesaria la determinación de los aspectos concretos de interpretación de esa norma constitucional, el primero de los cuales se refiere al titular de esa facultad.

Así, el sujeto activo de ese derecho-deber que recoge el artículo 84 de la Constitución de 1999 corresponde, según dispone la propia norma, a la *comunidad organizada*; comunidad organizada cuyo entendimiento exige la revisión del artículo 70 constitucional, que preceptúa, a título enunciativo, una serie de medios a través de los cuales se ejerce ese derecho a la participación política a que se refiere el artículo 62, con inclusión, claro está, del derecho a la participación en la gestión administrativa, que es el que, en esta oportunidad, incumbe a este análisis. Dentro de esos medios de participación en lo social y económico, el artículo 70 incluye las cooperativas, la empresa comunitaria y “*demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua colaboración y solidaridad*”.

De manera que, cuando el artículo 84 menciona a la *comunidad organizada*, ha de entenderse que se refiere, fundamentalmente, a las cooperativas, a las empresas comunitarias propias del ámbito de la salud, e incluso –pues a falta de restricción expresa de la letra de la ley no cabe restricción del intérprete– a todo ente corporativo o asociativo, bien de derecho público o de derecho privado, cuya labor se refiera al sector salud. Lo que sí da a entender la norma en cuestión es que ese derecho-deber de participación en la gestión de las políticas de salud ha de ejercerse de manera colectiva, a través de tales entidades, y no de manera individual por parte de los ciudadanos, por más que sean beneficiarios de ese servicio público o que en su ejercicio profesional se dediquen al sector salud y, asimismo, por más que puedan ejercer otros mecanismos de participación.

3.3 En tercer lugar, ha de determinarse a qué se refiere la norma cuando expresa que las comunidades organizadas tienen *participación en la toma de decisiones* relativas a la planificación, ejecución y control de la política específica de las instituciones de salud.

Ya en anteriores oportunidades esta Sala ha expuesto qué ha de entenderse por toma de decisiones en el marco del derecho a la participación en los asuntos públicos. Así, en la sentencia de 22-1-03, que antes se citó, afirmó la Sala que “*participar en los asuntos públicos no es igual a decidir en los mismos, implica, necesariamente, la apertura de cauces democráticos con el objeto de que la ciudadanía, activa y responsablemente, intervenga y exponga sus diversas opiniones sobre las materias de especial trascendencia*”.

Sin perjuicio de que el legislador pueda, en casos específicos, establecer mecanismos en los que determinadas comunidades organizadas participen con carácter vinculante en la toma de decisiones con relación a las políticas en materia de salud, la regla general que se desprende de la norma constitucional ha de ser que, por esa participación en la toma de decisiones de las instituciones públicas de salud a que hace referencia el artículo 84 de la Constitución, debe entenderse la consulta que deben realizar dichas instituciones respecto de las *comunidades organizadas*, en relación con las políticas que asumirán en materia de salud, en los términos y condiciones en que lo establezca la Ley.

Ejemplo de supuestos en los que el legislador incluye a las comunidades organizadas como integrantes de los órganos que tomarán las decisiones en determinadas políticas, con carácter vinculante, es el caso de la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas (*Gaceta Oficial* N° 37.509 de 20 de agosto de 2002), mediante la cual se crea, en cada Estado, un Consejo Estatal de Planificación y Coordinación de Políticas

Públicas Estadales, que fungirá como órgano rector de las políticas públicas estadales para la promoción del desarrollo económico, equilibrado y sustentable (artículo 1 de la Ley). Según dispone el artículo 6 de dicha Ley, dichos Consejos se integran, entre otros miembros, por “una representación de la comunidad organizada en el ámbito estadal, elegida de personas jurídicas públicas o privadas, que lleven al menos un (1) año desarrollando su actividad”, representación que se compone de un representante de las organizaciones empresariales, uno de las organizaciones sindicales de trabajadores, uno de las organizaciones campesinas, uno de la comunidad universitaria, uno de las organizaciones de defensa del medio ambiente y del patrimonio histórico cultural y una representación de las organizaciones vecinales.

Asimismo, la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública (*Gaceta Oficial* N° 37463, de 12 de junio de 2002), creó los Consejos Locales de Planificación Pública, con el propósito de “lograr la intervención de las comunidades organizadas y grupos vecinales mediante la participación y el protagonismo dentro de una política general de Estado, descentralización y desconcentración de competencias y recursos...” (Artículo 1 de la Ley), y determinó que tales Consejos estarán integrados, entre otros, por representantes de las organizaciones vecinales, de las parroquias, de sectores de la comunidad organizada, y de las comunidades o pueblos indígenas, donde los hubiere (artículo 2 *eiusdem*). En ambos ejemplos, tales representantes de la comunidad organizada participan, evidentemente, como miembros del órgano en la toma de decisiones.

En consecuencia, no puede desprenderse, del precepto constitucional que se interpreta, que la opinión de las comunidades organizadas sea vinculante en la definición de todas las políticas en la materia, sino que participan, a través de la consulta, como supuesto necesario previo a la asunción de determinadas decisiones por parte de las autoridades públicas, las cuales, eso sí, deben ponderar y valorar todas y cada una de sus observaciones, y motivar adecuadamente las razones que la impulsen a acatar o no a las mismas.

3.4 En cuarto lugar, la correcta interpretación constitucional del artículo 84, *in fine*, del Texto Fundamental de 1999, amerita la determinación de qué ha de entenderse por *planificación, ejecución y control de la política específica* en las instituciones públicas de salud, en relación con el derecho a la participación de la comunidad organizada.

En este sentido, se observa que es claro el espíritu del constituyente, y a ello lleva la interpretación literal del precepto, cuando determina que la participación de la comunidad se refiere a la *política específica* de las instituciones públicas de salud. Ello así, ha de entenderse que esa participación de la comunidad organizada, a través de mecanismos de consulta o, excepcionalmente, de manera vinculante, en los términos que antes se expusieron, se refiere a la determinación de las políticas públicas que han de regir la prestación del servicio de salud, entendiendo por políticas públicas las *orientaciones o directrices que rigen la actuación de una entidad en un asunto o ámbito público determinado*, que se plasman a través de planes y programas y que son producto de la decisión de los órganos de planificación en cada sector público.

En consecuencia, la norma a interpretar no reconoce el derecho de participación respecto de la toma de cualquier decisión y, menos aún, respecto de la gestión o prestación concreta del servicio de salud en los centros asistenciales, lo que escapa del plano general de la decisión acerca de cuáles serán las políticas a seguir en esta materia.

3.5 Ahora bien, sin perjuicio del ejercicio directo de los derechos fundamentales, es lo cierto que la operatividad práctica de esa participación de la comunidad en la toma de decisiones relativas a las políticas de salud, exige desarrollo legal que determine los supuestos y condiciones en que procederá la participación, bien en la planificación, ejecución o control de tales políticas públicas. Muestra de ello lo constituyen los artículos 14 y 23 de la Ley Orgánica del Sistema de Seguridad Social, que antes se transcribieron, aun cuando, según se des-

prende de los propios preceptos, es necesaria la concreción de sus principios generales a través de leyes especiales y de reglamentos, para que se haya efectivamente operativo el derecho a la participación ciudadana en la gestión pública de la salud.

Asimismo, ese desarrollo legislativo necesario del artículo 84 de la Constitución no obsta para que sean aplicables, en estos casos, los preceptos legales que, con carácter general, se aplican a todos los ámbitos del derecho de participación de los administrados en el ejercicio de la función administrativa, con inclusión, claro está, de la gestión del servicio público de salud.

Así, ya antes se expuso el ejemplo de dos leyes paradigmáticas en este sentido, como lo son la Ley de los Consejos Estadales de Planificación y Coordinación de Políticas Públicas y la Ley de los Consejos Locales de Planificación Pública. Por su parte, el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Administración Pública preceptúa como requisito necesario para la adopción de “*normas legales, reglamentarias o de otra jerarquía*”, la previa consulta a las comunidades organizadas y las organizaciones públicas no estatales. Para el caso de que se trate de la aprobación de textos normativos por parte de los órganos y entes públicos correspondientes al sector salud, dicha norma sirve de modo de canalización del derecho que recogió el artículo 84 de la Constitución, objeto de esta solicitud de interpretación.

Por último, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal (*Gaceta Oficial* N° 37.347 de 17 de diciembre de 2001) dispone que el Contralor General de la República dictará las normas que fomenten la participación ciudadana, especialmente para la atención de las iniciativas de la comunidad en el proceso de participación ciudadana en el control fiscal, lo que sería un modo de control de las políticas de salud a que se refiere el artículo 84 constitucional.

4. En consecuencia, declara la Sala que la correcta interpretación del artículo 84 *in fine* de la Constitución de 1999 debe ser la siguiente: *la comunidad organizada, a través de las cooperativas, empresas comunitarias y todo ente corporativo o asociativo con forma de derecho público o privado cuya labor se refiera al sector salud, tienen el derecho y el deber de participar en la toma de decisiones -fundamentalmente a través de mecanismos de consulta, o bien con carácter vinculante cuando así lo disponga expresamente la ley- relativas a la planificación, ejecución y control de las políticas -léase, orientaciones y directrices generales, a ser plasmadas en planes y programas- de las instituciones públicas de salud, entendiendo por tales cualquier órgano o ente de la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal con competencias afines al sector salud a quienes compete la determinación de las políticas de ese sector. Participación que se ejercerá en los términos y condiciones que disponga una norma de rango legal. Así se decide.*

De esta manera, y en cuanto a la duda concreta que planteó el actor en este caso, mal podría la comunidad organizada interferir en el nombramiento o remoción de funcionarios adscritos al sector salud, pues tales actuaciones no obedecen a la determinación de políticas, planes o directrices que coordinen y rijan el sector salud, sino a una decisión concreta de gestión administrativa en ejecución de esos planes y que corresponde únicamente al órgano jerárquico -o de tutela- con competencia para la realización de tales nombramientos. Así se decide.

#### C. Derecho al sufragio

**TSJ-SE (161)**

**8-11-2005**

Magistrado Ponente: Juan José Núñez Calderón

Caso: Robinson Raúl Román G. vs. Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Canotaje.

**A los fines de proteger el pleno ejercicio de los derechos fundamentales al sufragio activo y pasivo, la Sala Electoral reitera que debe existir certeza y confiabilidad en las condiciones en que se realizarán las elecciones.**

El objeto de la impugnación ejercida mediante el recurso contencioso electoral propuesto lo constituye, la decisión adoptada por la Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Canotaje, contenida en el Acta de Asamblea General Ordinaria de Elección de la Junta Directiva y del Consejo de Honor para el período 2005-2009, de incluir a la Asociación de Canotaje del estado Monagas en el acto de votación celebrado el 26 de abril de 2005, y no permitir la participación de la Asociación de Canotaje del estado Bolívar, estando ambas Asociaciones, al decir del recurrente, en igualdad de condiciones, infringiéndose lo establecido el artículo 10 de los Estatutos de la Federación Venezolana de Canotaje y el artículo 2 del Reglamento Electoral de dicha Federación deportiva.

En tal sentido, aprecia esta Sala, que lo que se cuestiona en este caso no es el proceso electoral en su totalidad sino el acto de votación que nace de la “reposición” que decidiera realizar la Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Canotaje en fecha 26 de abril de 2005, en virtud del empate producido en el primigenio acto de votación celebrado en fecha 28 de marzo de 2005, en el cual, según afirma el recurrente, dos (2) de las Asociaciones pertenecientes a la Federación Venezolana de Canotaje no tenían las Providencias Administrativas requeridas para su participación, ya que la Asociación del Estado Bolívar, no poseía el físico de la providencia, aun cuando le fue otorgada en una fecha anterior a la realización del proceso y, en la Providencia Administrativa que presentó la Asociación del Estado Monagas, no se indicaba la acreditación de su representante; razones por las cuales, a su juicio, dicha Comisión Electoral, incurrió en un falso supuesto de hecho y de derecho, así como en extralimitación de funciones, al analizar la situación de ambas asociaciones, adoptando la decisión de incluir a una sola de las Asociaciones (Monagas).

Observa la Sala, de la revisión exhaustiva de los elementos probatorios aportados, así como del escrito de informes presentado por el ciudadano Sergio Navarro en su carácter de Presidente de la Federación Venezolana de Canotaje (folio 85 del expediente), que la Comisión Electoral de la referida Federación deportiva a fin de establecer el Universo Electoral para el proceso comicial a celebrarse el día 28 de marzo de 2005, decidió en fecha 23 de marzo de 2005, (folio 124 del expediente administrativo), lo que de seguida se transcribe parcialmente:

“Dictar, Aceptar y firmar la presente RESOLUCIÓN; relacionada con las condiciones de participación en el Acto Eleccionario de la Federación Venezolana de Canotaje a efectuarse el día 28 de marzo de 2005; en tal sentido las partes acuerdan:

(...)

**2.-En virtud de no haberse podido establecer el Universo Electoral hasta la presente fecha, el mismo se determinará el 28/03/2005, día del Acto Eleccionario** una vez concluida la Prorroga de 30 minutos, posteriores al acto de instalación de la Asamblea, de acuerdo con el artículo 9 del Estatuto.” (Negrillas de la Sala).

Ahora bien, aun cuando lo que se cuestiona en este caso, como fuera expresado anteriormente, no es el proceso electoral en su totalidad sino el acto de votación que nace de la “reposición” que decidiera realizar la Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Canotaje en fecha 26 de abril de 2005, en virtud del empate producido en el primigenio acto de votación celebrado en fecha 28 de marzo de 2005, esta Sala observa, que de la decisión tomada por la Comisión Electoral *ut supra* transcrita se evidencia, con meridiana claridad, que no existió por parte del órgano comicial federativo el establecimiento previo de un Universo Electoral cierto y confiable para ese proceso eleccionario inicial, pues el mismo fue

fijado el mismo día de la realización del acto de votación que dio lugar a la “reposición”, lo cual, impidió a todas luces el cumplimiento de la fase de depuración y subsanación del mismo, situación, que a juicio de este órgano jurisdiccional, constituye una violación a los principios de transparencia, confiabilidad e imparcialidad que son obligatorios en todo proceso electoral, por mandato constitucional, toda vez, que la situación descrita ocasiona como necesaria consecuencia el desconocimiento de las condiciones en que se realizarán las elecciones, referidas específicamente en cuanto a quiénes tiene derecho a elegir, razón por la cual difícilmente puede garantizarse el correcto desenvolvimiento y la confiabilidad de los resultados electorales. (Vid. Sentencia número 11, del 17 de marzo de 2005)

En tal sentido, resulta pertinente reiterar el criterio expresado por esta Sala Electoral, al precisar que la falta de certeza y confiabilidad en el establecimiento de un Universo Electoral, en cualquier tipo de proceso eleccionario acarrea:

“...como necesaria consecuencia una notable amenaza a los principios de seguridad jurídica y transparencia que deben presidir a todo proceso electoral, y por vía de consecuencia, al libre y cabal ejercicio de los derechos de participación política y sufragio (artículos 62 y 63 constitucionales), puesto que sin la garantía de la publicidad del registro electoral con una razonable anticipación (primero uno provisional y luego uno con pretensiones de ser el definitivo), que permita el control y revisión del padrón electoral por parte de los interesados mediante el ejercicio de los recursos correspondientes en caso de disconformidad con el mismo, y no solamente de los órganos electorales, difícilmente puede garantizarse el correcto desenvolvimiento y la confiabilidad de los resultados electorales. En efecto, cabe señalar que la existencia de un registro electoral confiable y que realmente garantice que quienes están incluidos en él son realmente elegibles y electores, y sólo ellos, es presupuesto de validez y transparencia de todas las demás fases del proceso comicial. Adicionalmente, con la publicidad anticipada del registro electoral provisorio y luego el definitivo se garantiza que las observaciones y reclamos que formulen los interesados puedan ser recibidos, sustanciados y resueltos por los órganos competentes antes de que tengan lugar las siguientes fases del proceso electoral, en las cuales debe ya contarse con un registro suficientemente depurado y definitivo como presupuesto de validez de éstas”. (Sentencia número 87, de fecha 08 de julio de 2003). (Subrayado de este fallo.)

En atención a la razones precedentemente expuestas, y a los fines de proteger el pleno ejercicio de los derechos fundamentales al sufragio activo y pasivo, y a la participación política de las Asociaciones afiliadas a la Federación Venezolana de Canotaje, así como de mantener los principios electorales y constitucionales de igualdad ante la Ley y transparencia, esta Sala Electoral, anula el acto de votación celebrado en fecha 26 de abril de 2005, en el seno de la Federación Venezolana de Canotaje, en el cual resultaron electos los miembros de la Junta Directiva y el Consejo de Honor para el período 2005-2009. Así se declara.

Declarada la nulidad del primigenio acto eleccionario realizado en fecha 28 de marzo de 2005, resulta inoficioso pronunciarse sobre lo alegado por el recurrente contra el acto emanado de la Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Canotaje, de fecha 26 de marzo de 2005, mediante el cual se procedió a realizar la “reposición” de las elecciones para elegir a la Junta Directiva y Consejo de Honor de la referida Federación para el período 2005-2009. Así se declara.

En consecuencia, se ordena a la Comisión Electoral de la Federación Venezolana de Canotaje, que conforme a la normativa aplicable proceda a convocar a todas la Asociaciones debidamente acreditadas, a un nuevo proceso electoral destinado a escoger a las autoridades de la Federación Venezolana de Canotaje, debiendo observar para ello los precitados principios constitucionales, garantizando además, el pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos constitucionales de las Asociaciones federadas, entre ellos, el derecho al sufragio activo y pasivo y a la participación, en el marco de un cronograma electoral que deberá elaborar para tales efectos, y que en modo alguno deberá superar el lapso de sesenta (60) días

hábiles contados a partir de la notificación del presente fallo. Dicho proceso electoral deberá comprender las siguientes fases, a realizarse cada una en distintas fechas: Convocatoria. Publicación del Universo Electoral. Lapso de impugnación del mismo. Publicación del Universo Electoral definitivo. Inscripción de los Listados que se postulan a la elección. Lapso de impugnación de los Listados postulados. Lapso de subsanación de las postulaciones. Propaganda electoral. Votación, Totalización, Escrutinios y Proclamación.

a. *Limitaciones*

**TSJ-SE (189)**

**12-12-2005**

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: José Miguel Delgado Quiñónez y Jorge Luis Dávila Rojas vs. Universidad de Los Andes.

**Tratándose el artículo 35 de la Ley de Universidades del establecimiento de una causal de inelegibilidad, la misma, al resultar un límite al derecho fundamental al sufragio en su faceta pasiva (derecho a postularse), resulta de aplicación restrictiva. De allí que su aplicación al caso de las autoridades Decanales sólo podría basarse en la existencia de una norma expresa y específica contenida en el texto legal que así lo estableciera, y tanto el argumento sistemático como el teleológico, llevan a la conclusión que la limitación establecida en el referido artículo (prohibición de reelección inmediata) únicamente está prevista para el caso de las máximas autoridades universitarias (Rector, Vice-rectores y Secretario), mas no a las demás autoridades.**

Otro de los argumentos planteado por los recurrentes, se refiere a la ilegalidad del artículo 113 del Reglamento Electoral de la Universidad de Los Andes, el cual establece la posibilidad de reelección de las autoridades decanales por una vez. De acuerdo con los impugnantes, la norma resulta contraria a la letra y el espíritu de la Ley de Universidades, la cual, en su artículo 35, establece la prohibición de reelección de las autoridades universitarias, autoridades entre las cuales, según exponen los accionantes, se incluyen a los Decanos. En ese mismo sentido, exponen que la tesis interpretativa que sostienen encuentra sustento en la Exposición de Motivos de la Ley de Universidades, de la cual se desprende que la intención del proyectista y del legislador fue incluir a los Decanos en esa prohibición de reelegirse.

Respecto a este particular, cabe señalar en primer término, que no es ésta la primera vez en la cual un órgano jurisdiccional se pronuncia sobre el sentido del artículo 35 de la Ley de Universidades, al resultar cuestionado en vía judicial su desarrollo reglamentario en un caso concreto -mediante el cual se establecía la prohibición de reelección de los Decanos en esa Casa de Estudios- del mencionado dispositivo legal. En el supuesto en cuestión, resuelto por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, la pretensión interpuesta tenía por objeto la anulación de la norma reglamentaria que establecía la prohibición de reelección de esas autoridades, cuestionamiento sostenido bajo el argumento fundamental de que la aludida limitación carecía de cobertura legal al resultar inaplicable al referido cargo la prohibición contenida en el ya mencionado artículo de la Ley de Universidades. Sin embargo, toda vez que los argumentos contenidos en el fallo emitido por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, entonces órgano jurisdiccional competente para pronunciarse sobre el recurso interpuesto, no se limitaron a examinar la norma reglamentaria impugnada, sino fundamentalmente, a determinar el sentido y alcance del artículo 35 de la Ley de Universidades, los mismos resultan esclarecedores para el análisis del presente caso.

De allí que resulta pertinente transcribir parcialmente lo establecido por la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en sentencia del 17 de febrero de 1981, caso *Heybart Acosta vs. Universidad Central de Venezuela*:

*“Las referidas disposiciones dejan al poder reglamentario, en cambio, dos zonas de competencia: la primera (artículo 64), la de liberar de una condición legal (el título de doctor) a los profesores que no lo hubieran alcanzado por causa imputable a la propia universidad; (...) y la segunda (artículo 65), la obligación para el poder reglamentario de determinar los otros aspectos del régimen de la elección decanal que no fueren los ya establecidos por el Legislador: condiciones de elegibilidad en el artículo 64; y procedimiento de elección en aspectos que ya trae regulados la Ley de Universidades en el artículo 65, a saber: cuerpo elector (sic), período de ejercicio del cargo, naturaleza del voto, quórum de integración, quórum de decisión. No se podría por vía reglamentaria, como lo hace el artículo 87 del Reglamento de Elecciones Universitarias, añadir condiciones de elegibilidad (no haber desempeñado el cargo de Decano en la misma facultad durante más de 18 meses del período inmediatamente anterior a las taxativas -y por tanto limitativas- determinadas por el legislador”.*

*“Quiso pues el Legislador contrariar el propósito de la Comisión redactora limitando en el artículo 35 de la Ley la no reelección de las máximas autoridades (Rector, Vice-Rectores y Secretario) sin extenderlo a los Decanos (miembros del Consejo Universitario, cuyo régimen establece la sección I); en otras palabras, el proyecto de ley sometido al Congreso colocaba la prohibición de reelección generalizada a autoridades universitarias (incluyendo Decanos), pero el Legislador lo cambió de sitio referido a determinadas autoridades, lo que demuestra el espíritu del legislador no dando lugar a nuevas o distintas interpretaciones. Incluso, al no extender la restricción a los Decanos, el Legislador termina con las vacilaciones que el propio proyectista deja sentado en la Exposición de Motivos: “no escapa a la Comisión que es siempre deseable prolongar la actuación de unas buenas autoridades universitarias...”; lo cual, por otra parte, demuestra la congruencia –incluso con la del proyectista- y la elemental prudencia que pusiera en evidencia el legislador en el caso que se analiza.*

*Resulta tan nítido el espíritu del legislador en el presenta (sic) caso, que para que pudiera sostenerse la posición contraria de que la frase “autoridades universitarias”, que emplea el artículo 35 de la Ley dentro de la sección específica (II), destinada a las figuras “Del Rector, de los Vice-rectores y del Secretario”, envuelve, gratia arguendi, también a los Decanos habría de demostrarse que siempre –en todo y cada uno de los casos en que la expresión aparece en la Ley– el legislador los cuales en un sentido general, cuando, por el contrario, no siendo así en otros artículos, a saber, por vía de ejemplo: a) en el numeral 14, del artículo 20 en que la usa en idéntico sentido al del comentado artículo 35 (Rector, Vice-Rectores y Secretario), diferenciándolos, incluso expresamente de los otros miembros del “Consejo Universitario”, Decanos incluidos; b) ni en el 30 donde la expresión es igualmente restringida; c) ni en el 32 que, junto con el 30 y el 35 forman parte de la misma sección II lo cual resulta revelador. Como se observa, en ningún artículo de esta sección es empleada la expresión “autoridades universitarias” en sentido que exceda del título de la sección; y, que, incluso, aún fuera de esta sección, el legislador emplea la frase también en el sentido restringido de las “máximas autoridades”, Rector, Vice-Rectores, Secretario (como en el señalado ejemplo del numeral 14 del artículo 20)”.*

*“...Del propio articulado de la Ley de Universidades aparece autorizado el Consejo Nacional de Universidades y las universidades nacionales para dictar reglamentos de índole interna y la misma Ley estableció en su artículo 35 que “Las autoridades universitarias que hubiesen ejercido sus funciones durante más de la mitad de sus respectivos períodos, no podrán ser reelectos para los mismos cargos en el período inmediato en la misma Universidad”; al colocar el legislador dicho artículo dentro de la sección dedicada al “Rector, Vice-Rectores y Secretario” el propósito legislativo se evidencia del contexto de la Ley misma; que la prohibición a (sic) las reelecciones se refieren únicamente a las indicadas autoridades. Por lo cual no podía el Reglamento establecer excepciones no previstas taxativamente en la Ley, ya que ésta cuando ha querido establecer la no reelección lo hace de manera expresa no sólo en el caso del Rector, Vice-Rectores y Secretario sino*

*también en otros casos como por ejemplo en el supuesto contemplado en el párrafo único del artículo 117 de la misma en la cual se prohíbe que “los alumnos no podrán ser por más de dos años representantes estudiantiles...”. No reelección que se estableció (sic) expresamente para los Decanos, lo que indica que la intención del legislador fue la de que la no reelegibilidad pauta (sic) en el artículo 35 de la Ley de Universidades no los abarcara a ellos, conclusión a la cual arriba este órgano jurisdiccional...”*

Expuesto así el precedente judicial en cuestión, observa esta Sala Electoral, en primer lugar, que los argumentos allí contenidos son plenamente compartidos por este órgano judicial. En efecto, tratándose el artículo 35 de la Ley de Universidades del establecimiento de una causal de inelegibilidad, la misma, al resultar un límite al derecho fundamental al sufragio en su faceta pasiva (derecho a postularse), resulta de aplicación restrictiva, como reiteradamente viene siendo sostenido por la jurisprudencia de este órgano judicial (véanse sentencias N° 125 del 11 de agosto de 2005, *caso recurso de interpretación del artículo 441 de la Ley Orgánica del Trabajo* y N° 22 del 26 de febrero de 2004, *caso Miguel Silva vs Comisión Electoral de la Universidad del Zulia*). De allí que su aplicación al caso de las autoridades Decanales sólo podría basarse en la existencia de una norma expresa y específica contenida en el texto legal que así lo estableciera. Por el contrario, como bien señaló la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo en la sentencia parcialmente transcrita, tanto el argumento sistemático como el teleológico, llevan a la conclusión que la limitación establecida en el referido artículo 35 de la Ley de Universidades (prohibición de reelección inmediata) únicamente está prevista para el caso de las máximas autoridades universitarias (Rector, Vicerrectores y Secretario), mas no a las demás autoridades.

Aunado a lo anterior, observa este órgano judicial que, además de los argumentos que en ese momento sostuvo la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo y que esta Sala hace suyos, en la actualidad la Ley de Universidades resulta preconstitucional, por lo cual, su interpretación debe hacerse sobre la base de las normas, principios y valores contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. En ese sentido, la invocación que se hace en el texto del “espíritu del proyectista”, o mejor dicho, de las proposiciones contenidas en el proyecto de reforma parcial de la Ley de Universidades y que culminó en la publicación del texto reformado en la *Gaceta Oficial* N° 1.429 Extraordinario del 8 de septiembre de 1970, no necesariamente han de resultar vinculantes para la determinación del sentido y alcance de una norma en un caso concreto.

Ello, en primer término, por cuanto las modernas corrientes doctrinarias que tratan el tema de la interpretación normativa, hacen énfasis en que la “*mens legis*” o propósito de la Ley, no siempre coincide con el del proyectista y ni siquiera con el del Legislador (objetivización de la Ley), por lo que los trabajos preparatorios y las exposiciones de motivos, si bien resultan útiles en la labor hermenéutica, deben conjugarse con los otros elementos requeridos en la interpretación jurídica.

En segundo término, uno de los argumentos invocados en la referida reforma para consagrar la interdicción de reelección inmediata de las autoridades universitarias fue la invocación a la norma constitucional (entonces vigente) de la prohibición de reelección presidencial (*cfr.* folio ciento cuarenta y cinco de la pieza principal del presente expediente). Es evidente que en la actualidad esa invocación carece de sustento, a la luz del artículo 230 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, norma que permite la reelección del Jefe de Estado y Gobierno, por lo cual, tampoco el argumento teleológico resulta pertinente para sostener la aplicación de la inelegibilidad para un segundo período a las autoridades decanales.

De allí que procede entonces desestimar el argumento sostenido por los recurrentes, en cuanto a que el artículo 113 del Reglamento Electoral de la Universidad de Los Andes resultaría ilegal por contrariar el artículo 35 de la Ley de Universidades. Así se decide.

b. *Principio de elección directa*

TSJ-SE (189)

12-12-2005

Magistrado Ponente: Luis Martínez Hernández

Caso: José Miguel Delgado Quiñónez y Jorge Luis Dávila Rojas vs. Universidad de Los Andes.

**No es posible predicar la vigencia de una norma preconstitucional que establece la participación de los estudiantes universitarios en la escogencia de sus máximas autoridades mediante un sistema de elección indirecta, en abierta contravención del artículo 63 constitucional.**

En este apartado los recurrentes señalan la presunta ilegalidad del Reglamento en lo atinente a la eliminación de la representación estudiantil ante la Asamblea de Facultad. Agregan que el Reglamento, al permitir que voten todos los alumnos, “*elimina la elección de los representantes de los alumnos ante la Asamblea y, en consecuencia, elimina la elección indirecta de los alumnos regulares estableciendo en su lugar una elección directa de todos los alumnos*”. Para sustentar su afirmación invoca los artículos 62 y 63 de la Constitución, 52 y 53 de la Ley de Universidades, así como las sentencias número 898 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en fecha 13 de mayo de 2002, y número 50 de fecha 20 de abril de 2004 emanada de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

Al respecto, advierte esta Sala Electoral, que el núcleo de la denuncia consiste en que, al darle el Reglamento Electoral la posibilidad de ejercer el sufragio a todos los alumnos, se está estableciendo un sistema de elección que resulta abiertamente contradictorio con el que prevé la Ley de Universidades, por cuanto se trata de un procedimiento de elección indirecta.

Siendo así, debe esta Sala indicar que en el presente caso resulta aplicable, *mutatis mutandi*, el criterio sostenido respecto de la forma de integración del Claustro Universitario, en la ya referida sentencia número 85 del 14 de julio de 2005, *caso José Delgado Quiñónez y Jorge Dávila Rojas vs. Universidad de Los Andes*, sentencia que a su vez en este punto ratifica el criterio sostenido en la decisión N° 84 del 19 de julio del año 2000, *caso Oswaldo Angulo Perdomo vs. Reglamento de Elecciones de la Universidad de Carabobo*. En tales caso, se dejó sentada la tesis interpretativa que ahora se ratifica, en cuanto a que el procedimiento de elección de segundo grado (elección por parte de los estudiantes de sus representantes ante el Claustro, quienes a su vez participan en la elección de las máximas autoridades universitarias) previsto en la Ley de Universidades, no resulta compatible con la concepción del ejercicio del sufragio en forma directa contenida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En otros términos, la aplicación de dicho criterio al caso de la Asamblea de Facultad, conlleva necesariamente a desechar la denuncia relativa a que el Reglamento Electoral “*elimina la elección de los representantes de los alumnos ante la Asamblea y, en consecuencia, elimina la elección indirecta de los alumnos regulares estableciendo en su lugar una elección directa de todos los alumnos*”, toda vez que no es posible predicar la vigencia de una norma preconstitucional que establece la participación de los estudiantes universitarios en la escogencia de sus máximas autoridades mediante un sistema de elección indirecta, en abierta contravención del artículo 63 constitucional. En consecuencia, se desecha la referida denuncia. Así se decide.

c. *Carácter secreto del voto***TSJ-SC (3564)****2-12-2006**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Willan Orlando Ojeda Orozco y Pablo González Gutiérrez vs. Consejo Nacional Electoral.

**Las máquinas “capta huellas” no generan amenaza de lesión al carácter secreto del sufragio en los términos previstos en el artículo 63 del Texto Fundamental.**

En el caso de autos, la amenaza de lesión denunciada está referida a la supuesta utilización, por parte de los funcionarios del Poder Electoral o por cualquier persona que tenga acceso a los sistemas, de un programa de computación que, a decir de los accionantes, permitiría determinar cual fue la candidatura sufragada por el elector.

Así las cosas, resulta evidente que, de suceder el supuesto planteado por lo accionantes, la vulneración del secreto del voto no vendría dada por la utilización de las máquinas de votación ni de los mecanismos que permiten captar e identificar las huellas dactilares de los sufragantes, sino por la acción concreta de intervenir la data registrada en los mencionados dispositivos electrónicos, con la finalidad de vincular sus respectivas secuencias y, de allí, inferir la opción seleccionada por el votante.

En virtud de lo anterior, la Sala advierte que los accionantes le atribuyen al empleo de las llamadas máquinas “capta huellas”, consecuencia o resultados que, razonablemente, no son capaces de producir, por tanto, su utilización, *eo ipso*, no genera amenaza de lesión al carácter secreto del sufragio en los términos previstos en el artículo 63 del Texto Fundamental, y así se declara.

Por otra parte, constituye un hecho notorio que el Consejo Nacional Electoral no utilizará las denominadas máquinas “capta huellas” en los comicios para elegir a los diputados de la Asamblea Nacional, que se celebraran el pasado 4 de los corrientes, por lo cual, ni siquiera se producirán las circunstancias fácticas en las cuales los accionantes pretenden derivar la infracción constitucional denunciada.

Con fundamento en las razones expuestas, esta Sala Constitucional, en aplicación del artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, declara inadmisibles el amparo solicitado. Así se decide.

*Voto concurrente del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

Quien suscribe, Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, discrepa de la motivación de la decisión que antecede, no así de la dispositiva de la misma; en consecuencia, rinde el presente voto concurrente, con fundamento en las siguientes consideraciones:

1. Los demandantes de amparo denunciaron que la utilización de las denominadas máquinas “capta huellas”, en el proceso electoral que está pautado para el próximo 4 de diciembre de 2005, viola el derecho al sufragio. En concreto denunciaron la violación al secreto del voto por cuanto, con el uso de tales máquinas y de un *software especial*, existe la posibilidad de que se conozca la secuencia de los sufragios que se almacenan en las máquinas de votación.

2. La mayoría arribó a la conclusión de que la demanda de amparo es inadmisibles, con fundamento en el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, puesto que la amenaza no era inmediata, posible y realizables por el supuesto agravante (Consejo Nacional Electoral).

2. Ahora bien, quien suscribe considera que la demanda de autos debió declararse inadmisible no con fundamento en lo que dispone el artículo 6.2 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, sino con base en el artículo 6.1 *eiusdem*, toda vez que constituye un hecho público y comunicacional el que el empleo de las máquinas “capta huellas” para el venidero proceso electoral fue eliminado por parte de la autoridad electoral, con lo cual, lo ajustado a derecho, era concluir que la denuncia de supuesta violación al derecho al sufragio cesó.

3. No obstante que se comparte el dispositivo del fallo, quien suscribe no apoya la afirmación que se hace en la sentencia de la mayoría, según la cual: “...la vulneración del secreto del voto no vendría dada por la utilización de las máquinas de votación ni de los mecanismos que permiten captar e identificar las huellas dactilares de los sufragantes, sino por la acción concreta de intervenir la data registrada en los mencionados dispositivos electrónicos, con la finalidad de vincular sus respectivas secuencias y, de allí, inferir la opción seleccionada por el votante.”

Contrario a lo que sostuvo la mayoría, se considera que es precisamente el empleo de la máquina “capta huellas”, con la asistencia del software adecuado, lo que permite la determinación de la secuencia del voto y del votante y, por ende, la vulneración al secreto del voto, con lo cual es incorrecta la afirmación de que “la vulneración del secreto del voto no vendría dada por la utilización de las máquinas de votación ni de los mecanismos que permiten captar e identificar las huellas dactilares de los sufragantes.”

Queda así expuesto el criterio del Magistrado que rinde este voto concurrente.

d. *Sistema de Escrutinio*

**TSJ-SC (3565)**

**2-12-2005**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Partido Federal Republicano vs. Consejo Nacional Electoral.

**La implementación del uso del sistema automatizado de votaciones, conforme a las disposiciones 293, último párrafo, y 294 constitucionales, se encuentra plenamente justificada. Ello no significa, que el Consejo Nacional Electoral no pueda, cuando las circunstancias lo exijan o las condiciones de tiempo y lugar lo aconsejen, implementar el sistema manual de votación, escrutinio, totalización y adjudicación.**

3.- Del análisis de las aisladas e inconexas afirmaciones hechas por el solicitante, y básicamente por las alusiones hechas al artículo 172 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, de cuya redacción el solicitante concluiría que el Consejo Nacional Electoral estaría obligado a realizar un conteo manual de votos en los procesos eleccionarios que organice, esta Sala estima que la denuncia formulada se refiere a que el Consejo Nacional Electoral, al contrario de lo que ordenaría dicha Ley, contradice con su propia normativa lo que ordena dicha Ley. En esa misma línea argumentativa, dicho órgano también incumpliría su obligación de auditar el total de las cajas en las que consten los votos consignados por los electores en el proceso del 4 de diciembre de 2005.

Según lo dispuesto en el artículo 293, último párrafo, y en el artículo 294 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y tal como lo ha destacado la Sala Electoral de este Alto Tribunal en sentencia reciente, los órganos del Poder Electoral se rigen, entre otros, por los principios de eficiencia de los procesos electorales y de celeridad de los actos de votación y escrutinio. Tales principios han sido inspirado en la legislación que organiza el Poder Electoral, y así se evidencia de la lectura del artículo 3 de la Ley Orgánica del Poder

Electoral que consagra el principio de celeridad en todos los actos y decisiones del Poder Electoral, y en el artículo 4 de esa misma Ley, que establece el deber del Consejo Nacional Electoral de garantizar la eficacia de los procesos electorales (Ver sentencia N° 86/2005, del 14 de julio, caso: *Guillermo Morena Alcalá y otros*).

Por otra parte el artículo 154 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política prescribe claramente que los procesos de votación, escrutinio, totalización y adjudicación serán automatizados, lo que evidencia que en este punto dicha Ley, aun cuando es un instrumento preconstitucional, se halla en perfecta sintonía con el espíritu de las normas constitucionales citadas. Igualmente cabe destacar que el artículo 168 de la misma Ley establece que el “*proceso de escrutinio será mecanizado*”.

Siendo así, la denuncia que se desprende de las referencias sobre las decisiones adoptadas por el Consejo Nacional Electoral hechas por el solicitante, y su supuesta vulneración de derechos fundamentales, no tiene asidero en el plano del respeto a tales derechos; por el contrario, revela un desconocimiento de la legislación electoral, pues tácitamente parte del convencimiento de que el uso del sistema automatizado de votaciones no está previsto en nuestra legislación; sin embargo, un sistema tal no sólo está previsto, sino que, conforme a las disposiciones 293, último párrafo, y 294 constitucionales, su implementación se encuentra plenamente justificada.

Ello no significa, por otra parte, que el Consejo Nacional Electoral no pueda, cuando las circunstancias lo exijan o las condiciones de tiempo y lugar lo aconsejen, implementar el sistema manual de votación, escrutinio, totalización y adjudicación; y así quedó establecido en el artículo 154 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política.

En ese orden de ideas, al analizar la Normativa para la Totalización y Constitución de la Mesa Electoral y los Actos de Votación y Escrutinio en las Elecciones de Diputados y Diputadas a la Asamblea Nacional, al Parlamento Latinoamericano y al Parlamento Andino de diciembre de 2005, publicada en la *Gaceta Electoral* N° 276 del 4 de noviembre de 2005, se evidencia que dicho texto prevé tanto el sistema automatizado como el sistema manual de votación y escrutinio, y en el caso del sistema automatizado, en el cual, como ya se expresó, el escrutinio lo realiza la máquina de votación, las normas en cuestión sólo contemplan que una vez finalizado el acto votación se solicitará al operador de la máquina que imprima y luego transmita el Acta correspondiente. Es evidente entonces que las normas cuestionadas se adecuan al espíritu y propósito de lo que establece la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política en materia de escrutinio de los procesos automatizados.

Por otra parte, tal como lo ha advertido en sus decisiones la Sala Electoral, “*en modo alguno significa que en un proceso automatizado resulte imposible que, bajo ciertos supuestos y después de emanada el Acta de Escrutinio, deba procederse a un recuento manual de los votos, pero dentro de los principios que rigen las impugnaciones en materia electoral, entre ellos el de la preservación de la voluntad del electorado (artículo 2 de la Ley Orgánica del Poder Electoral)...*” (Ver sentencia citada).

Tales razonamientos deben hacerse extensivos a las auditorías que respecto a dichos procesos eleccionarios se lleven a cabo. La muestra que éstas utilicen se regirá por las normas y principios estadísticos al uso, o por las políticas o normativa que al respecto fije el órgano Rector, siempre que tales métodos garanticen el fin para el cual fueron implementados. La Sala deja constancia de que nada alegó el solicitante respecto a la violación de algún derecho fundamental y constitucional por la fijación del porcentaje a ser auditado de las cajas en que se depositaren los votos en el proceso electoral a realizarse el 4 de diciembre.

Por lo tanto, a falta de razones que demuestren la violación de derecho fundamental alguno por las decisiones o prescripciones emanadas del Consejo Nacional Electoral en torno

a los procedimientos adoptados en relación con las elecciones parlamentarias a efectuarse el 4 de diciembre de 2005, la solicitud de amparo presentada resulta improcedente de plano. Así se decide.

e. *Nulidad de elecciones*

**TSJ-SE (158)**

**7-11-2005**

Magistrado Ponente: Rafael Arístides Rengifo Camacaro

Caso: Rubén González y otros vs. Elecciones celebradas en el Sindicato Integral de Trabajadores de Ferrominera Orinoco, C. A. (SINTRA-FERROMINERA).

**Al fallar la convocatoria como parte inicial del proceso electoral, bien porque no se hizo o bien porque se realizó defectuosamente, dicho proceso con todas sus fases debe estimarse nulo.**

Denunciaron los recurrentes la nulidad de las elecciones celebradas el 30 de junio de 2004, por vicios en la convocatoria, destacando:

1. Que en reunión de la Junta Directiva del Sindicato de fecha 13 de abril de 2004, en la que se decidió convocar a elecciones, no se emplazó a los recurrentes; y,
2. Que dicha reunión no contó con un Acta en la que se asentara la convocatoria a elecciones.

En primer lugar, efectivamente el artículo 34 de los Estatutos sindicales, señalan:

*“La Junta Directiva se reunirá por lo menos una vez a la semana y en forma extraordinaria, cuando lo convoque el Secretario General o cuatro (4) de sus miembros. Habrá quórum con la mayoría de sus miembros. Sus acuerdos se tomarán por el voto de la mayoría de los miembros asistentes. De cada reunión se levantará un Acta, que será trasladada al libro respectivo y dicha Acta será inscrita por el Secretario General y el Secretario de Actas” (sic).*

Esto es, como mecanismo de publicidad y seguridad se establece la obligatoriedad de levantar un Acta, trasladarla fielmente al libro respectivo y suscribirla, tanto el Secretario General como el Secretario de Actas y Correspondencia del Sindicato.

Ello hace que, aunque la convocatoria a una reunión de la Junta Directiva del Sindicato pueda ser válidamente realizada por cuatro (4) miembros de ella, cualesquiera que ellos sean, resulta indispensable para la validez de la reunión, por lo menos, la presencia del Secretario General y Secretario de Actas y Correspondencia del Sindicato, quienes deben trasladar y suscribir el Acta que se levante al efecto en el Libro respectivo.

Del Expediente se desprende que el Acta en cuestión está suscrita por los ciudadanos: Leandro Urbaz, Secretario de Organización; Benjamín Moreno, Secretario de Actas y Correspondencia; Alfredo Espinoza, Secretario de Trabajo y Reclamo; Miguel Gourmeitte, Secretario de Prensa y Propaganda; Alejandro Rodríguez, Secretario de Seguridad Social; Ismer Balboa, Secretario de Formación Sindical; Wilfredo Marchán, Secretario de Cultura y Deporte y Héctor Daly, Segundo Vocal. De lo cual, se deduce la ausencia del Secretario General, ciudadano Rubén González, sin que en la misma Acta se justifique su ausencia ni que haya sido debidamente sustituido.

En segundo lugar, consta en autos una convocatoria fechada en Puerto Ordaz el 10 de abril de 2004, para una reunión el día 13 de mayo de 2004 (*cf.* Expediente Administrativo 1/4); y, seguidamente, consta en autos la referida Acta de la reunión de la Junta Directiva del Sindicato celebrada el día 13 de abril de 2004, en la que se convoca a elecciones. Esto es, se emplazó a una reunión con un mes de diferencia de la realizada.

Por tal razón, resulta evidente que, además de la ausencia del Secretario General del Sindicato, si bien se convocó válidamente para una reunión de la Junta Directiva para el día 13 de mayo de 2004, la reunión de la Junta Directiva se celebró el día 13 de abril del mismo año, vale decir, un mes antes de la convocatoria prevista, lo que resulta en la comprobación por parte de esta Sala Electoral de que la cuestionada reunión del día 13 de abril de 2004 no se convocó y no existe Acta válida de ella. Así se declara.

La convocatoria como fase que inicia el proceso electoral, resulta fundamental (*cf.* jurisprudencia de esta Sala contenida en las sentencias números 132 del 15 de noviembre de 2000 y 110 del 5 de agosto de 2003), al punto que la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política considera a los vicios de la convocatoria como causales de nulidad de la elección (*cf.* artículo 216, numeral 1 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política). Ello, lógicamente, se traduce en que al fallar la convocatoria, bien porque no se hizo o bien porque se realizó defectuosamente, el proceso con todas sus fases debe reputarse nulo. Así se decide.

### III. EL ORDENAMIENTO ORGÁNICO DEL ESTADO

#### 1. Régimen del ejercicio del Poder Público Nacional

##### A. Competencias del Poder Nacional

##### a. Organización y funcionamiento de los órganos del Poder Público Nacional

##### a'. Organización y Administración de la Justicia

**TSJ-SPA (5996)**

**26-10-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Juan Parra Duarte (Oposición de compra de un terreno ejido) vs. Marcos Antonio González Vargas.

**La organización y administración de justicia como rama del Poder Público Nacional y, por ende, la distribución de competencias entre los distintos tribunales que la conforman, está reservada a la Ley Nacional.**

Al respecto, observa esta Sala que, efectivamente, tal como lo señaló el Juzgado remitente, la distribución de competencias entre los distintos Tribunales de la República está reservada al Poder Público Nacional, según lo dispone la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en los numerales 31 y 32 del artículo 156, en los cuales se indica que es competencia del Poder Público Nacional:

*“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”.* (Resaltado de la Sala).

Así, conforme al mandato constitucional, la organización y administración de justicia como rama del Poder Público Nacional y, por ende, la distribución de competencias entre los distintos tribunales que la conforman está reservada a la ley nacional, debiendo en consecuencia descartarse la posibilidad de que se distribuyan competencias o se altere la organización de la administración de justicia a través de leyes locales, como las ordenanzas municipales, pues ello implicaría una violación al principio de reserva legal consagrado en el artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, parcialmente transcrito.

En este contexto, debe reiterarse el criterio de la Sala según el cual no son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 44, 45 y 46 de la Ordenanza sobre Terrenos Ejidos del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en *Gaceta Municipal* N° 33 del 01 de junio de 1966, en función de las cuales la oposición a la solicitud de compra de un terreno ejido debe ser tramitada y conocida por un Tribunal de Municipio (*vid.* entre otras, sentencia N° 1826 del 20 de noviembre de 2003 y sentencia N° 0499 del 20 de mayo de 2004).

b'. *Defensoría del Pueblo*

TSJ-SC (3679)

6-12-2005

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos contenidos en los Capítulos I y II del Título VI de la Constitución del Estado Bolívar denominado "Del Poder Ciudadano".

**Cuando la Constitución crea instituciones con carácter nacional y atribuye al Poder Público Nacional la legislación sobre esas instituciones, las mismas no pueden ser duplicadas ni estadal ni municipalmente, ya que la institución establecida constitucionalmente, tiene delineada en ella y en la ley, competencias que le son exclusivas y por tanto son a su vez excluyentes con relación a cualquier órgano similar o semejante. Por ello, estima la Sala, que la atribución por parte del Consejo Legislativo al Defensor de los Habitantes del Estado Bolívar, de competencias tan similares a las que constitucionalmente están asignadas a un órgano del Poder Público Nacional como lo es la Defensoría del Pueblo, resulta contrario a lo previsto en el Texto Fundamental.**

Ahora bien, luego de analizar los artículos antes transcritos, considera esta Sala necesario examinar las normas constitucionales invocadas por el accionante y luego confrontarlas con las referidas disposiciones, que regulan la materia sometida al presente estudio, para lo cual observa lo siguiente:

El numeral 1 del artículo 164 de la Constitución vigente, establece:

"Es de la competencia exclusiva de los Estados:

1.- Dictar su Constitución para organizar los poderes públicos, de conformidad con esta Constitución", y el numeral 1 del artículo 162 *eiusdem*, atribuye competencia a los Consejos Legislativos para "(...) Legislar sobre las materias de la competencia estadal".

Por su parte, el numeral 31 del artículo 156 constitucional, asigna competencia al Poder Nacional para organizar y administrar la justicia, el Ministerio Público y la Defensoría del Pueblo; y la norma prevista en el numeral 1 del artículo 187 *eiusdem*, faculta al Poder Legislativo Nacional, para "(...) 1.- Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional".

De lo anterior se evidencia, que los Estados son favorecidos constitucionalmente por el principio de autonomía para organizar sus Poderes Públicos; sin embargo, debe entenderse

que tal autonomía es relativa y; por tanto, está sometida a diversas restricciones establecidas en la Constitución y en la ley, por ello, el artículo 4 del Texto Fundamental, dispone que “La República Bolivariana de Venezuela es un Estado federal descentralizado en los términos consagrados en esta Constitución (...)”.

Ahora bien, el artículo 178 de la Constitución del Estado Bolívar, expresa que:

“(...) Los órganos del Poder Ciudadano del Estado son independientes, en consecuencia, gozan de autonomía funcional, financiera y administrativa. El régimen de la organización y funcionamiento de los órganos del Poder Ciudadano del Estado Bolívar será establecido por el Consejo Legislativo mediante ley orgánica estatal”.

Por su parte, los numerales 1 y 8 del artículo 186 de la Constitución del Estado Bolívar, establecen que:

“Son atribuciones de la Defensoría de los Habitantes del Estado:

1. Promover por parte de los funcionarios y autoridades del Estado, el respeto y garantía efectiva de los derechos reconocidos en la Constitución de la República, en los tratados, convenios y acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por la República, en la presente Constitución, investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento.

(...)

8. Visitar e inspeccionar las dependencias y establecimientos de los diferentes órganos del Estado Bolívar, a fin de proteger los derechos humanos y precaver faltas contra ellos”.

Asimismo se observa, que el artículo 186 de la Constitución del Estado Bolívar atribuye al Defensor del Pueblo, entre otras funciones “(...) 9. Formular ante los órganos correspondientes las recomendaciones y observaciones(...) para la protección de los derechos humanos(...)”.

En tal sentido, la Ley Orgánica del Ministerio Público, normativa vigente en todo cuanto no colida con las disposiciones contenidas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece en los numerales 2, 10 y 11, del artículo 11 que:

“Son deberes y atribuciones del Ministerio Público:

(...) 2.-Vigilar, a través de los fiscales que determina esta Ley, por el respeto de los derechos y garantías constitucionales.

(...)

10.-Velar por el correcto cumplimiento de las leyes y la garantía de los derechos humanos en las cárceles y demás establecimientos de reclusión;

11.-Vigilar para que en los retenes policiales, en los locales carcelarios, en los lugares de reclusión de los comandos militares, en las colonias de trabajo, en las cárceles y penitenciarías, institutos de corrección para menores, y demás establecimientos de reclusión e internamiento, sean respetados los derechos humanos y constitucionales de los reclusos y menores (...)”.

Asimismo observa esta Sala, que la Constitución de 1999 creó a la Defensoría del Pueblo como un órgano de carácter nacional, que forma parte del Poder Ciudadano, al cual asignó en virtud de lo dispuesto en los numerales 1, 2 y 4 del artículo 281, entre otras las siguientes competencias:

“1. (...) Velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos humanos (...) investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento (...).

2. Velar por el correcto funcionamiento de los servicios públicos, amparar y proteger los derechos e intereses legítimos, colectivos o difusos de las personas (...)

4. Instar al Fiscal o a la Fiscal General de la República para que intente las acciones o recursos a que hubiere lugar contra los funcionarios públicos o funcionarias públicas, responsables de la violación o menoscabo de los derechos humanos...”.

De lo anterior se desprende, que algunas de las funciones que antes tenía atribuidas el Ministerio Público, hoy corresponden a la Defensoría del Pueblo, como órgano del Poder Ciudadano llamado a velar por el efectivo respeto y garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Luego de analizar las normas constitucionales antes citadas, en comparación con algunas de las previstas en la Constitución del Estado Bolívar, resulta claro para esta Sala que la competencia para legislar y determinar el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Público Nacional corresponde al Legislativo Nacional, representado por la Asamblea Nacional, y que la competencia atribuida a los Estados para la organización de los Poderes Públicos debe ser ejercida de acuerdo a lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Por ello, estima esta Sala Constitucional, que la atribución por parte del Consejo Legislativo al Defensor de los Habitantes del Estado Bolívar, de competencias tan similares a las que constitucionalmente están asignadas a un órgano del Poder Público Nacional como lo es la Defensoría del Pueblo, resulta contrario a lo previsto en el Texto Fundamental.

En tal sentido, señalaron los recurrentes, que tal actividad constituye una usurpación de las funciones que constitucionalmente tiene atribuida el Poder Legislativo Nacional, respecto de lo cual estima esta Sala Constitucional conveniente reiterar una decisión dictada en un caso similar al de autos del 11 de octubre de 2000 (Caso: *Iván Darío Badell G.*, decisión N° 1182), en la cual se señaló lo siguiente:

“(...) en el marco de la doctrina y la jurisprudencia patria, para que se configure el supuesto de la usurpación de funciones, se requiere que el órgano o funcionario presuntamente infractor o incurso en dicho vicio, ejerza o haya ejercido funciones o competencias públicas asignadas por la Constitución de la República o las leyes a otro órgano u órganos del Poder Público, sea nacional, estatal o municipal (...).

Conteste con el criterio transcrito, en esta oportunidad se observa que el Consejo Legislativo del Estado Bolívar, incurrió en el vicio de usurpación de funciones, toda vez que ejerció funciones que le correspondían al Poder Legislativo; es decir, a la Asamblea Nacional, lo cual se evidencia en la similitud en la redacción de los artículos 178 al 188 de la Constitución del Estado Bolívar, con los artículos 273, 274, 275, 277, 280, 281 y 283 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

La Sala acota, que cuando la Constitución crea instituciones con carácter nacional y atribuye al Poder Público Nacional la legislación sobre esas instituciones, las mismas no pueden ser duplicadas ni estatal ni municipalmente, ya que la institución establecida constitucionalmente, tiene delineada en ella y en la ley, competencias que le son exclusivas y por tanto son a su vez excluyentes con relación a cualquier órgano similar o semejante.

En cuanto a la violación del artículo 136 constitucional alegado por los recurrentes, la Sala observa, que dicho artículo señala lo siguiente:

“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”.

Al respecto observa la Sala, que el artículo 136 constitucional, define los términos en los cuales se distribuye el Poder Público, constatándose que tal distribución se verifica, entre el Poder Público Nacional, el Poder Público Estatal y el Poder Público Municipal, lo que trae

como consecuencia, una distribución de competencias propias de los distintos órganos que lo ejercen, razón por la cual en el Texto Constitucional se encuentra bien delimitada la competencia de cada uno de los Poderes Públicos mencionados anteriormente, al respecto el artículo 156, numerales 31 y 32, expresa:

“Artículo 156. Es de la competencia del Poder Público Nacional:(...)”

31. La organización y administración nacional de la justicia, del Ministerio Público y de la Defensoría del Pueblo.

32. La legislación en materia de (...) 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”.

Tomando en cuenta el artículo analizado anteriormente, se evidencia que sobre el Poder Ciudadano es permitido, sólo legislar a la Asamblea Nacional, tal como se evidencia de lo establecido en el artículo 187 constitucional, que establece:

“Corresponde a la Asamblea Nacional:

1. Legislar en las materias de la competencia nacional y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional (...).”

Por tanto, es indiscutible que el Consejo Legislativo del Estado Bolívar, no tiene competencia para legislar sobre materias que han sido reservadas al Poder Público Nacional.

En cuanto a que la normativa impugnada vulnera el principio de la legalidad, establecido en el artículo 137 constitucional y cual establece:

“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”.

Considera la Sala el artículo antes transcrito, efectivamente fue vulnerado, en el momento que el Consejo Legislativo del Estado Bolívar, dictó normas reguladoras del Poder Ciudadano, el cual forma parte -como ya se indicó- de una de las ramas del Poder Público Nacional.

Finalmente, considera esta Sala Constitucional, que con la creación del Defensor de los Habitantes del Estado Bolívar, el Poder Legislativo de dicho Estado incurrió en el vicio de extralimitación de atribuciones, ya que, tal organización debió ser realizada de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley, es decir, debió respetar y tener como límites las normas constitucionales y legales atributivas de competencias a los distintos órganos del Poder Público Nacional.

Consecuencia de las consideraciones antes expuestas, debe esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declarar la inconstitucionalidad de todas las disposiciones contenidas en los Capítulos I y II del Título VI de la Constitución del Estado Bolívar, publicada en la *Gaceta Oficial* del Estado Bolívar número Extraordinario, del 11 de julio de 2001, tal como lo ha hecho la Sala en casos similares, ver sentencia N° 3255 del 18 de noviembre de 2003. Así se decide.

b. *Estatuto de la Función Pública*

**TSJ-SC (3082)**

**14-10-2005**

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación de los artículos 56, letra h, 95, numeral 12, y 78, de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal.

**La Sala Constitucional suspende parcialmente, mientras se tramita el proceso principal de nulidad, los artículos 56, letra h, 95, cardinal 12, y 78, de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal,**

**en lo que se refiere a la competencia del Municipio y de los Concejos Municipales respecto del Estatuto funcional municipal de los empleados locales y, fundamentalmente, respecto de la posibilidad de que los Concejos Municipales dicten mediante Ordenanzas Estatutos de la Función Pública Municipal.**

La parte actora interpuso pretensión de nulidad, por razones de inconstitucionalidad, de parte de los artículos 56, letra h, 95, cardinal 12, y 78, todos de la novísima Ley Orgánica del Poder Público Municipal. Concretamente, la nulidad de tales preceptos se denunció respecto de la mención, que los mismos contienen, en relación con la competencia municipal de establecimiento y regulación de su propio Estatuto de la función pública, de la siguiente manera:

“*Artículo 56:* Son competencias propias del Municipios las siguientes:

(...)

h. La organización y funcionamiento de la administración pública municipal y el estatuto de la función pública municipal”.

“*Artículo 78:* Cada Municipio mediante ordenanza dictará el Estatuto de la Función Pública Municipal que regulará el ingreso por concurso, ascenso por evaluación de méritos, seguridad social, traslado, estabilidad, régimen disciplinario y demás situaciones administrativas; asimismo los requerimientos de formación profesional, los planes de capacitación y carrera de los funcionarios al servicio de la administración pública municipal, de conformidad con lo establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y las leyes”.

“*Artículo 95:* Son deberes y atribuciones del Concejo Municipal:

12. Ejercer la autoridad en materia del sistema de administración de recursos humanos, y en tal carácter, podrá nombrar, promover, remover y destituir, **de conformidad con los procedimientos establecidos en la ordenanza que rija la materia**, con excepción del personal de otros órganos del Poder Público Municipal”. (Destacado de la Sala).

En criterio del demandante, tales normas jurídicas son contrarias a los artículos 144 y 147 de la Constitución de 1999, pues los mismos disponen como materia de la reserva legal nacional, el establecimiento de un Estatuto de la Función Pública que rija a todos los funcionarios de la Administración Pública, sean éstos nacionales, estadales o municipales. Por tanto, la presunción de buen derecho derivaría de la contradicción que surge de la lectura de las normas que se impugnaron y el Texto Constitucional, lo que se abona, en criterio del demandante, con el hecho de que ya la Asamblea Nacional dictó esa Ley del Estatuto de la Función Pública y que la misma rige a funcionarios de los tres niveles territoriales.

En este sentido, observa la Sala que ciertamente, el mero contraste del texto de los artículos 144 y 147 de la Constitución de 1999 respecto de las normas de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal objeto de la pretensión de nulidad, hace afirmar a esta Sala, de manera presuntiva y sin que ello merme el análisis de constitucionalidad que deberá realizarse durante el debate judicial, la existencia de una dicotomía normativa que sustenta suficientemente la presunción de buen derecho.

Así, los artículos 144 y 147 constitucionales preceptúan:

“*Artículo 144.* La ley establecerá el Estatuto de la función pública mediante normas sobre el ingreso, ascenso, traslado, suspensión y retiro de los funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, y proveerán su incorporación a la seguridad social.

La ley determinará las funciones y requisitos que deben cumplir los funcionarios públicos y funcionarias públicas para ejercer sus cargos”.

“*Artículo 147.* (...)”

La ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estadales y municipales”.

La sola lectura de estas normas constitucionales llevan a considerar, en esta fase previa al debate, que el Constituyente de 1999 optó por la disposición de la existencia de *un* Estatuto de la Función Pública que regirá los aspectos principales del régimen aplicable a los funcionarios de *la* Administración Pública, sin distinción alguna respecto del ámbito de la organización administrativa a la que éstos pertenezcan, esto es, sea nacional, estatal o municipal. Precisamente, con fundamento en esa interpretación, se dictó la Ley del Estatuto de la Función Pública (reimpresa en *Gaceta Oficial* N° 37.522, de 6 de septiembre de 2002), cuyo artículo 1° dispone que **“La presente Ley regirá las relaciones de empleo público entre los funcionarios y funcionarias públicos y las administraciones públicas nacionales, estatales y municipales...”**.

En consecuencia, considera la Sala que, por cuanto podría haber dicotomía entre la regulación de las normas fundamentales señaladas y las normas legales que se impugnaron, se cumple con el requisito de la presunción del derecho reclamado en este caso. Así se decide.

En relación con el peligro en la mora el demandante denunció la “anarquía” y la inseguridad jurídica que supondría la existencia de una ley nacional (Ley del Estatuto de la Función Pública) y las múltiples ordenanzas municipales que han de dictarse en desarrollo de las normas de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal que se impugnaron, todas para la regulación de una misma materia: el régimen jurídico de los funcionarios municipales. Considera la Sala que, ciertamente, si se expiden múltiples estatutos funcionariales a través de ordenanzas municipales existirían, de forma paralela, dos regímenes jurídicos -el nacional y el municipal- aplicables, en principio, a los mismos empleados de la Administración municipal, lo que implicaría una importante inseguridad jurídica no sólo en la resolución de los procesos judiciales funcionariales que puedan plantearse ante los tribunales contencioso administrativo competentes, sino incluso en el correcto desenvolvimiento de las relaciones funcionariales entre las Administraciones locales y sus funcionarios, e incluso, las erogaciones que pudieran realizarse de forma indebida si en la definitiva llegara a concluirse en la inconstitucionalidad de las normas que se impugnaron.

Por tanto, considera la Sala que se cumplen los dos requisitos que concurrentemente se exigen para que se acuerde la medida de suspensión de efectos de las normas que se impugnaron, a cuyo favor abona también la ponderación de los intereses generales en juego, los cuales se verán ciertamente más favorecidos con la suspensión de dichos preceptos, pues ello propenderá al mantenimiento del *status quo* y a la preservación de la seguridad jurídica. Así se declara.

En consecuencia, se suspenden parcialmente, mientras se tramita el proceso principal de nulidad, los artículos 56, letra h, 95, cardinal 12, y 78, de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, en lo que se refiere a la competencia del Municipio y de los Concejos Municipales respecto del Estatuto funcionarial municipal de los empleados locales y, fundamentalmente, respecto de la posibilidad de que los Concejos Municipales dicten mediante Ordenanzas Estatutos de la Función Pública Municipal. Así se decide.

c. *Régimen de la seguridad social: Jubilaciones y pensiones de funcionarios públicos*

**TSJ-SC (3097)**

**18-10-2005**

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación de la Ley de Previsión Social a los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Aragua.

**En virtud de que la Ley de Previsión Social a los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Aragua regula aspectos fundamentales del régimen de jubilaciones y pensiones de los miem-**

**bros de ese cuerpo legislativo estatal, y por cuanto, la regulación del sistema de jubilaciones y pensiones de los funcionarios del Poder Público Nacional, Estatal y Municipal es materia de exclusiva reserva del legislador nacional, la Sala Constitucional declara la inconstitucionalidad parcial de dicha Ley, ante la usurpación de funciones en que incurrió la -entonces- Asamblea Legislativa del Estado Aragua.**

El argumento central sobre el que gira toda la argumentación de la parte actora es que la Ley estatal que se impugnó viola la reserva legal nacional que la Constitución de 1961 preceptuó en materia de jubilación de funcionarios públicos, concretamente, en el artículo 136, cardinal 24, y artículo 20, ambos de dicho Texto Fundamental.

Del análisis de su articulado se desprende que, efectivamente, la vigente Ley de Previsión Social a los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Aragua regula el régimen de jubilaciones y pensiones de los Diputados de dicha Asamblea Legislativa.

Así, su artículo 1 establece que: *“La presente Ley persigue como objetivo básico lograr el bienestar y la Protección Social de los Parlamentarios Regionales que ejerzan y/o que hayan ejercido por tiempo determinado la Representación popular en el Estado Aragua y que gocen del beneficio de la jubilación y a tal fin la Asamblea Legislativa mantiene el Instituto de Previsión Social del Legislador, previsto en el Reglamento Interior y de Debates en el artículo 155, para a través de éste, canalizar los beneficios sociales dirigidos a los parlamentarios que lo integren como lo establece el Reglamento Interior y de Debates”*.

Por su parte, los artículos 5 al 11 de la misma Ley regulan los requisitos, condiciones y montos de las jubilaciones de los Diputados, y los artículos 13 al 16 regulan la materia relativa a pensiones, específicamente los supuestos en que proceden, los sujetos activos del beneficio y el monto correspondiente. Así, tales artículos disponen:

*“Artículo 5°.* Los ciudadanos que hubiesen sido elegidos diputados a la Asamblea Legislativa del Estado Aragua, desempeñando la diputación, incorporado a la Cámara y ejercido sus funciones, tendrán derecho a una jubilación equivalente a un porcentaje de la dieta integral que tuviesen asignada para la fecha, de acuerdo a las siguientes especificaciones:

Veinte años: cien por ciento.

Quince años: ochenta por ciento.

*Parágrafo Único:* Los parlamentarios que hubiesen desempeñado la diputación por un lapso de diez (10) años y hubieren cumplido 55 años de edad, se harán merecedores a una Pensión mensual equivalente al sesenta por ciento (60%) de la dieta integral que hubiesen percibido para la fecha.

*Artículo 6°.* El Parlamentario jubilado que fuese electo en cargo de representación popular o designado para desempeñar cargo público, salvo los previstos en el Artículo 123 de la Constitución Nacional, se le suspenderá el pago de la jubilación mientras desempeñe dicho cargo.

*Artículo 7°.* El Parlamentario con derecho a jubilación lo solicitará ante la Presidencia de la Cámara.

*Artículo 8°.* La jubilación del Parlamentario es de por vida y se revisará anualmente a los fines de ajustarla, tomando en consideración los Decretos o las Leyes promulgadas por el Ejecutivo Nacional o los incrementos de dieta que obtengan los Parlamentarios Regionales activos.

*Artículo 9°.* Para los efectos de esta Ley, se considerará antigüedad de un año (1), cuando el Parlamentario haya asistido como mínimo al 75% de las sesiones ordinarias. Extraordinarias o Especiales que haya efectuado la Cámara durante el respectivo año y además por lo menos al 75% de las sesiones de trabajo y actividades de las Comisiones a las que pertenezcan.

*Artículo 10°.* A los Diputados suplentes incorporados en períodos consecutivos o no se les considerará el tiempo efectivamente cumplido en funciones parlamentarias como complementarios para los efectos de jubilaciones, cuando haya participado por lo menos en el 75% de las Sesiones Ordinarias, Extraordinarias o Especiales, e igualmente lo haya hecho en las Comisiones de Trabajo; tomando como referencia el total de las sesiones realizadas en el año correspondiente.

*Artículo 11°.* En caso de que el Parlamentario Regional solicitante, estuviese gozando de otra jubilación concedida por el Ejecutivo Nacional, los Ejecutivos Regionales, por las Municipalidades, por Institutos Autónomos o empresas del Estado, el monto de la jubilación que la Asamblea Legislativa del Estado Aragua acordará, no será mayor que la diferencia existente entre la jubilación que le correspondería, de acuerdo a esta Ley y la jubilación que tuviere percibiendo. Si el Parlamentario ya jubilado lo fuera después por los Organismos Públicos antes señalados, la jubilación ya otorgada por la Asamblea Legislativa del Estado Aragua, se reducirá en la forma establecida, la cual se aplicará hasta tanto exista similitud de jubilación.

*Artículo 13°.* El Parlamentario Regional que estando incorporado a la Cámara Legislativa o gozando de licencia conforme esta Ley se incapacitare física o mentalmente para el desempeño de sus funciones, tendrá derecho a una Pensión Mensual equivalente al cien por ciento (100%) de la dieta integral, esta Pensión durará por el tiempo que estuviera impedido, teniendo como límite sólo el período Constitucional, por el cual fue electo.

*PARÁGRAFO PRIMERO:* Si al concluir el período Constitucional, el Parlamentario incapacitado, continuase impedido y tuviese la antigüedad para ser jubilado de conformidad con esta Ley; tendrá derecho a gozar del beneficio de la jubilación.

*PARÁGRAFO SEGUNDO:* El diputado Suplente que cubra los extremos del artículo 10 y que estando incorporado a la cámara, quedare incapacitado, estando en ejercicio de la actividad legislativa, tendrá los mismos beneficios que esta Ley otorga a los diputados Titulares, por el lapso de un año (1).

*Artículo 14°.* Si al concluir el Período Constitucional, el Parlamentario incapacitado, según lo establecido en el artículo 13 de esta Ley, continuase impedido y no tuviese la antigüedad para ser jubilado, se le otorgará una Pensión equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de la dieta integral por el tiempo que dure la incapacidad.

*PARÁGRAFO ÚNICO:* El Diputado Suplente que estando incorporado a la Cámara o en el desempeño de funciones o actividades específicas de las Comisiones Permanentes de la Asamblea Legislativa del Estado Aragua quedare incapacitado, tendrá los mismos beneficios que esta Ley otorga a los diputados titulares por el lapso de un año (1).

*Artículo 15°.* Si el Parlamentario falleciere en el ejercicio de sus funciones, su viuda o viudo e hijos solteros, tendrán derecho a disfrutar de una Pensión de acuerdo a las especificaciones siguientes:

La viuda o el viudo recibirá una Pensión equivalente al cuarenta por ciento (40%) de la dieta integral del diputado fallecido. Esta Pensión quedará sin efecto por el fallecimiento del beneficiario o en caso de nuevas nupcias.

Cada hijo, soltero, menor de veintiún años, o de veinticinco (25) si demuestra estar estudiando, hasta un máximo de tres años (3); un diez por ciento (10%) de la dieta integral del diputado fallecido.

*PARÁGRAFO ÚNICO:* Si el Parlamentario falleciere en el ejercicio de sus funciones y su estado civil fuese de soltero y no tuviese descendientes directos conocidos, gozarán de la Pensión vitalicia los ascendientes directos vivos del Parlamentario. Cuyo monto global será el correspondiente al cuarenta por ciento (40%) de la dieta normal (dieta integral) del Parlamentario.

*Artículo 16°.* Si el Parlamentario Regional Jubilado falleciere, se le otorgará Pensión de Sobreviviente a su viuda o viudo e hijos solteros de acuerdo a las siguientes especificaciones:

Cuarenta por ciento (40%) de la Pensión en forma vitalicia para la viuda o viudo, la cual quedará sin efecto por el fallecimiento del beneficiario, o en caso de nuevas nupcias.

Diez por ciento (10%), para cada hijo soltero hasta un máximo de tres (3) hijos menores de (21) años o (25) años si demuestran estar estudiando a nivel universitario.”

De manera que la Ley estatal que se impugnó reguló la materia que concierne a las pensiones y jubilaciones de los Diputados a la –entonces- Asamblea Legislativa del Estado Aragua, y estableció, además, las condiciones de su otorgamiento, los requisitos de procedencia y sus beneficiarios; regulación de la legislación estatal que, ciertamente, violaba, de manera directa, el Texto Constitucional vigente al momento en que se dictó, y viola también la Constitución vigente.

En efecto, la Constitución de 1961 disponía en el artículo 136, cardinal 24, que era de la competencia exclusiva del Poder Nacional la legislación de la materia relativa a la “*previsión y seguridad sociales*”. Igualmente el artículo 2 de la Enmienda N° 2, *eiusdem*, establecía lo siguiente:

“*Artículo 2.* El beneficio de jubilación o de pensión se regulará en una ley orgánica a la cual se someterán todos los funcionarios o empleados públicos al servicio de la Administración Central o Descentralizada de la República, de los Estados o de los Municipios (...).”

De manera que el Constituyente de 1961 reservó, expresamente, al Poder Legislativo Nacional (Congreso de la República para ese entonces), la legislación de la materia de seguridad social, en la cual se incluye el beneficio de pensión y jubilación de los funcionarios o empleados públicos, al servicio de la Nación, de los Estados y de los Municipios; coherente con ello, el artículo 17 de dicha Constitución, el cual establecía las atribuciones de los Estados, no le asignó competencia a éstos para que legislaran en dicha materia.

Por su parte, la Constitución vigente mantuvo esta misma regulación, y definió como materia de la reserva legal nacional el régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos. En efecto, las disposiciones que contiene el artículo 156, cardinales 22 y 32, de la Constitución de 1999 preceptúan lo siguiente:

“*Artículo 156.* Es de la competencia del Poder Público Nacional:(...)”

22. El régimen y organización del sistema de seguridad social.(...)

32. La legislación en materia (...) del trabajo, previsión y seguridad sociales...”.

Asimismo, el artículo 187, cardinal 1, *eiusdem*, dispone que:

“*Artículo 187.* Corresponde a la Asamblea Nacional:

1. **Legislar en las materias de la competencia nacional** y sobre el funcionamiento de las distintas ramas del Poder Nacional. (...)” (Destacado añadido).

Pero especial relevancia tiene, bajo la vigencia del actual ordenamiento constitucional, el artículo 147 del Texto Fundamental, el cual precisó, expresamente, el carácter de reserva legal nacional de la materia de jubilaciones y pensiones de todos los funcionarios públicos (Salvo por lo que respecta a los órganos con autonomía funcional. *Cfr.* s.S.C. N° 797 de 11-04-02). Así, dicho artículo de la Constitución de 1999 regula:

“*Artículo 147.* Para la ocupación de cargos públicos de carácter remunerado es necesario que sus respectivos emolumentos estén previstos en el presupuesto correspondiente.

Las escalas de salarios en la Administración Pública se establecerán reglamentariamente conforme a la ley.

La ley orgánica podrá establecer límites razonables a los emolumentos que devenguen los funcionarios públicos y funcionarias públicas municipales, estatales y nacionales.

La ley nacional establecerá el régimen de las jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos y funcionarias públicas nacionales, estatales y municipales” (Destacado añadido).

En concordancia con las disposiciones constitucionales en la materia, la legislación nacional reiteró, expresamente, el carácter de reserva legal nacional de este régimen de jubilaciones y pensiones de los funcionarios públicos, con especial mención a los legisladores estatales. Así, el artículo 14 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados dispuso:

“Los legisladores y legisladoras de los Consejos Legislativos de los Estados, gozaran de los derechos de pensión y/o jubilación **de conformidad con lo establecido en la ley nacional que rige la materia**” (Destacado añadido).

De manera que es falso el argumento que en esta causa planteó la parte que se opuso a la pretensión de nulidad, cuando afirmó que el artículo 14 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados “*otorga la facultad legislativa a los Consejos Legislativos para dictar la ley que desarrolle el derecho a la jubilación*” pues, por el contrario, y sin que quede lugar a interpretaciones disímiles, tal norma reitera el postulado constitucional de que es la Ley nacional la que ha de regir esa materia.

De acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales que se transcribieron, esta Sala ratifica el criterio que sostuvo, entre otras, en las sentencias N° 518 de 1-6-00 (caso *Ley de Previsión Social de Los Diputados de La Asamblea Legislativa del Estado Delta Amacuro*), N° 3347 de 3-12-03 (caso *Ordenanza sobre Pensiones y Jubilaciones del Municipio José Antonio Páez del Estado Yaracuy*), N° 3072 de 4-11-03 (caso *Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas Policiales del Estado Portuguesa*), N° 819 de 24-4-02 (caso *Ley del Fondo Parlamentario Trujillano*) y N° 2165 de 14-9-04 (caso *Ley de creación del Instituto de Previsión y Protección de los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Nueva Esparta*), en las últimas de las cuales se estableció:

“...a la Asamblea Nacional en representación del Poder Nacional, le corresponde la potestad de legislar en materia de previsión y seguridad social, uno de cuyos aspectos es la jubilación del funcionario público. Y sobre esta base, las jubilaciones y pensiones de los funcionarios y empleados públicos, sean estos funcionarios de carrera o de elección; pertenecientes bien al Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ciudadano o Electoral, forman parte de los sistemas de previsión y seguridad social, materia esta sobre la cual la Asamblea Nacional tiene potestad exclusiva de legislar por disposición expresa de las normas constitucionales señaladas”.

En consecuencia, por cuanto la Ley de Previsión Social a los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Aragua, objeto de esta pretensión de nulidad, regula aspectos fundamentales del régimen de jubilaciones y pensiones de los miembros de ese cuerpo legislativo estatal, y por cuanto, por las razones que antes se expusieron, la regulación del sistema de jubilaciones y pensiones de los funcionarios del Poder Público Nacional (con la excepción antes anotada), Estatal y Municipal es materia de exclusiva reserva del legislador nacional, resulta forzosa la declaratoria de inconstitucionalidad parcial de dicha Ley, ante la usurpación de funciones en que incurrió la -entonces- Asamblea Legislativa del Estado Aragua. Así se decide.

Ahora bien, observa la Sala que, en su petitorio, la parte recurrente solicitó la nulidad *in totum* de la Ley de Previsión Social a los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Aragua, precisamente porque ésta habría incurrido en el vicio de usurpación de funciones del legislador nacional. No obstante, el análisis de su articulado revela que son fundamentalmente los artículos que se transcribieron (artículos 5 al 11 y 13 al 16 de dicha Ley) los que pre-

ceptúan el régimen de jubilaciones y pensiones de los Diputados, mientras que el resto de sus normas regulan aspectos que guardan relación con el Instituto de Previsión Social del Legislador de ese Estado. En concreto, se refieren al objeto de dicho ente, el cual, según se desprende del artículo 1 de esa Ley, no sólo hace referencia al otorgamiento de jubilaciones y pensiones, sino que abarca aspectos que sí pueden ser propios de un ente de esa naturaleza de creación estatal, como lo son el ahorro, seguro de vida, hospitalización, cirugía y maternidad. Asimismo, la Ley que se impugnó regula la erogación que la –entonces– Asamblea Legislativa realizaba con destino al Instituto de Previsión Social para el sostenimiento de entre otros esos beneficios (artículo 2), así como la organización y régimen aplicable a dicho ente, los que, en definitiva, son aspectos que pueden ser materia de regulación por la legislación estatal.

De manera que la Sala, en reiteración del precedente que sentó en la sentencia N° 2165 de 14-9-04 (caso *Ley de creación del Instituto de Previsión y Protección de los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Nueva Esparta*), desestima la pretensión de nulidad por inconstitucionalidad del resto del articulado de la Ley de Previsión Social a los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Aragua, en tanto no se verifica en ellos el vicio de inconstitucionalidad que se declaró respecto de los artículos 5 al 11 y 13 al 16 *eiusdem*. No obstante, específicas regulaciones de estos restantes artículos de la Ley sí resultan, por vía de consecuencia, viciados de nulidad, cuando hacen referencia al objeto del Instituto de Previsión Social, a sus competencias y recursos en relación con las jubilaciones y pensiones de los Diputados, concretamente, los siguientes:

El artículo 1 señala, entre los objetos de la Ley, “*lograr el bienestar y la Protección social de los Parlamentarios Regionales (...) y que gocen del beneficio de jubilación...*”. El artículo 2, letras d), e) y f) de la Ley que establecen, entre los beneficios que se sostendrán con las erogaciones de la Asamblea Legislativa, “*Los beneficios derivados de las jubilaciones y pensionados de los diputados, que sean acreedores de ellas*”, “*Compensación para los Legisladores activos y/o sus familiares, en la oportunidad que el caso lo amerite*” y “*Garantizar el beneficio de una compensación equivalente a un mes por año de servicio cumplido en la actividad parlamentaria regional*”, en los casos en que esos dos últimos supuestos sean referentes a jubilaciones y pensiones.”

En segundo lugar, el artículo 3, *eiusdem*, que dispone que el Instituto de Previsión Social estará constituido, entre otros, por los Diputados que gocen del beneficio de jubilación o de pensión. Asimismo, el artículo 12, letra c), que se refiere a “*El establecimiento de las Partidas Presupuestarias que sean necesarias y suficientes para atender pensiones, jubilaciones y otros beneficios que se acuerden conforme a las previsiones de la presente ley*”; y por último, el artículo 27, que preceptúa que “*Los Diputados que mantengan efectivamente su investidura antes de la entrada en vigencia de la presente ley, serán beneficiados a los efectos de los derechos de jubilación, en los mismos términos establecidos en el Estatuto del Instituto de Previsión Social del Legislador del Estado Aragua y en el artículo 5 del Reglamento de Jubilaciones y Pensiones vigente*”.

En consecuencia, esta Sala Constitucional pronuncia parcialmente la pretensión de nulidad que se planteó y, en consecuencia, declara nulos los artículos 5 al 11 y 13 al 16 de la Ley de Previsión Social a los Diputados de la Asamblea Legislativa del Estado Aragua, y, asimismo, declara la nulidad de los artículos 2, letras d), e) y f), 12, letra c), artículo 27, y, parcialmente, artículos 1 y 3, en lo que se refiere a los beneficios de jubilación y pensión y a los miembros jubilados y pensionados del Instituto. Así se decide.

3. Mantiene la Sala el criterio que se sostuvo en los precedentes similares (entre otras, en las sentencias N° 819/02 y 3072/03, que antes se mencionaron) en relación con los efectos del fallo, y en consecuencia considera que el otorgamiento de efectos hacia el pasado, es decir, *ex tunc*, traería como consecuencia que algunos diputados, que ya hubiesen obtenido el

beneficio de jubilación o pensión, de conformidad con lo que dispone la Ley estatal que se impugnó, se verían en la obligación, en caso de que no cumplan con los requisitos 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*”, de reincorporarse como legisladores activos (si no se hubiese cumplido el término de su legislatura), así como el reintegro de los pagos que hubieren obtenido por concepto de jubilación o pensión.

En razón de ello, esta Sala, por razones de seguridad jurídica, y en resguardo de los derechos de los beneficiados por la ley estatal, y de conformidad con el artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, fija los efectos de esta decisión a partir de la publicación de este fallo por la Secretaría de esta Sala Constitucional, es decir, le otorga efectos *ex nunc*, sin que ello prejuzgue sobre la responsabilidad en que pudieren estar incurso los legisladores estatales al haber dictado una ley en flagrante usurpación de funciones del Poder Legislativo Nacional y en violación, de esta manera, al principio de reserva legal nacional que recoge la Constitución. Así se decide.

d. *Potestad tributaria para gravar el consumo de cerveza y otros licores*

**TSJ-SC (4311)**

**12-12-2005**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Impugnación de la Ordenanza sobre la Contribución al Consumo de Cerveza en el Municipio Miranda del Estado Falcón.

**La Sala Constitucional suspende la aplicación de la Ordenanza Sobre la Contribución al Consumo de Cerveza en el Municipio Miranda del Estado Falcón, en virtud de que podría existir desconformidad con la Constitución, al tratarse de preceptos que establecen una potestad tributaria para gravar el consumo de cerveza y otros licores.**

B. *El Poder Ejecutivo*

a. *La Administración Pública. Administración Descentralizada*

a'. *Institutos Autónomos: Privilegios y prerrogativas*

**TSJ-SPA (6367)**

**24-11-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Constructora Aguasay, C.A. vs. Instituto de la Vivienda, Obras y Servicios del Estado Bolívar (INVIOBRASBOLÍVAR).

**Los Institutos Autónomos -sin distinguir entre institutos nacionales, estatales o municipales- gozarán de los privilegios y prerrogativas que la Ley Nacional acuerde a la República, los Estados, los Distritos Metropolitanos o los Municipios (Art. 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública).**

Siendo la oportunidad para decidir, pasa esta Sala Político-Administrativa a pronunciarse sobre la medida de prohibición de enajenar y gravar requerida por la parte accionante. A tal efecto, observa:

En el caso bajo análisis la parte demandante, conforme a lo previsto en los artículos 585 y 600 del Código de Procedimiento Civil, solicita se acuerde una medida de prohibición de enajenar y gravar sobre el inmueble propiedad del Instituto de Vivienda, Obras y Servicios del Estado Bolívar (INVIOBRASBOLÍVAR) “...identificado de la siguiente manera: Uni-

*dad de desarrollo UD-109, Ciudad Guayana, Estado Bolívar, cuyos linderos y demás determinaciones se encuentran establecidas en el documento de adquisición debidamente Protocolizado por ante la Oficina Subalterna de Registro Público del Municipio (...) Caroní, del Estado Bolívar anotado bajo el N° 29, Protocolo Primero, Tomo 27 del Cuarto Trimestre de Mil Novecientos Noventa y Cinco (1995)...”.*

Ahora bien, para decidir resulta necesario señalar lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley Orgánica de la Administración Pública, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.305 de fecha 17 de octubre de 2001, donde establece lo siguiente:

“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”.

De la norma transcrita se desprende el reconocimiento que hace la Ley con carácter general y uniforme para todos los Institutos Autónomos -sin distinguir entre institutos nacionales, estatales o municipales- de los privilegios y prerrogativas acordados por Ley nacional a la República, los Estados, los Distritos Metropolitanos o los Municipios.

En este contexto, el artículo 16 de la Ley Orgánica de Hacienda Pública Nacional, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 1.660 Extraordinario de fecha 21 de junio de 1974, prevé:

“*Los bienes, rentas, derechos o acciones pertenecientes a la Nación, no están sujetos a embargo, secuestro, hipoteca o ninguna otra medida de ejecución preventiva o definitiva.* En consecuencia, los Jueces que conozcan de ejecuciones contra el Fisco, luego que resuelvan definitivamente que deben llevarse adelante dichas ejecuciones, suspenderán en tal estado los juicios, sin decretar embargo, y notificarán al Ejecutivo Nacional, para que se fijen, por quien corresponda, los términos en que ha de cumplirse lo sentenciado” (Resalta la Sala).

Por otra parte, cabe indicar que, en relación con las normas antes citadas, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 5.554 Extraordinario del 13 de noviembre de 2001, dispone en sus artículos 63 y 73, lo siguiente:

“*Artículo 63:* Los privilegios y prerrogativas procesales de la República son irrenunciables y deben ser aplicados por las autoridades judiciales en todos los procedimientos ordinarios y especiales en que sea parte la República”.

“*Artículo 73:* Los bienes, rentas, derechos o acciones que formen parte del patrimonio de la República no están sujetos a embargos, secuestros, hipotecas, ejecuciones interdictales y, en general, a ninguna medida preventiva o ejecutiva” (Resalta la Sala).

Así, concluye la Sala que al haber otorgado la Ley Orgánica de la Administración Pública en forma expresa a los institutos autónomos los privilegios y prerrogativas acordados a la República, -tal como se señaló anteriormente- entre los cuales se encuentra la inembargabilidad de sus bienes y la imposibilidad de dictar en su contra medidas preventivas, en el caso bajo examen, al ser el demandado un Instituto Autónomo creado en virtud de la Ley de Reforma de la Ley del Instituto de la Vivienda del Estado Bolívar, sancionada por el Consejo Legislativo Estadal, publicada en *Gaceta Estadal Extraordinaria* N° 214 del 17 de diciembre de 2002, reimpresa en *Gaceta Estadal Extraordinaria* N° 010 del 21 de enero de 2003; sus bienes, rentas, derechos o acciones, no están sujetos a secuestro, embargo, hipoteca o ninguna otra medida de ejecución preventiva o ejecutiva, por lo que resulta forzoso para esta Sala declarar improcedente la medida de prohibición de enajenar y gravar solicitada por la parte accionante. Así se declara.

b'. *Universidades*

**TSJ-SE (167)**

**14-11-2005**

Magistrado Ponente: Rafael Arístides Rengifo Camacaro

Caso: Mary Luz Álvarez y Ramón Kkilikan vs. Consejo Universitario de la Universidad Central de Venezuela.

**Podemos hablar de autonomía universitaria en cuanto: i) espacio de libertad para poder dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación; ii) libertad para dictar sus propias normas en materia de gobierno, funcionamiento y administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia, claro está, que a tales efectos establezcan las leyes; iii) libertad para planificar, organizar, elaborar y actualizar sus programas de investigación, docencia y extensión; y, iv) inviolabilidad del recinto universitario.**

Al margen de la declaración que antecede, resulta necesario advertir que el artículo 109 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala:

*“El Estado reconocerá la autonomía universitaria como principio y jerarquía que permite a los profesores, profesoras, estudiantes, egresados y egresadas de su comunidad dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación. Las universidades autónomas se darán sus normas de gobierno, funcionamiento y la administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia que a tales efectos establezca la ley. Se consagra la autonomía universitaria para planificar, organizar, elaborar y actualizar los programas de investigación, docencia y extensión. Se establece la inviolabilidad del recinto universitario. Las universidades nacionales experimentales alcanzarán su autonomía de conformidad con la ley”.*

De allí que podamos hablar de autonomía en cuanto: i) espacio de libertad para poder dedicarse a la búsqueda del conocimiento a través de la investigación científica, humanística y tecnológica, para beneficio espiritual y material de la Nación; ii) libertad para dictar sus propias normas en materia de gobierno, funcionamiento y administración eficiente de su patrimonio bajo el control y vigilancia, claro está, que a tales efectos establezcan las leyes; iii) libertad para planificar, organizar, elaborar y actualizar sus programas de investigación, docencia y extensión; y, iv) inviolabilidad del recinto universitario.

Sin embargo, ello no desdice de la inclusión de las universidades autónomas en el ordenamiento jurídico venezolano y, en consecuencia, su sometimiento a la Constitución, leyes y decisiones judiciales de la República, lo contrario, sería tan irresponsable como absurdo y, de venir tal argumentación del ambiente universitario, por contrario a la Verdad, probablemente abusivo de la misma autonomía universitaria.

En tal sentido, es aceptado que el Juez contencioso electoral, al igual que el contencioso administrativo, está revestido de amplias facultades para resolver las controversias planteadas (v. artículos 247 de la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política, y 21, 17° aparte, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia). Así se declara.

### C. El Poder Judicial

#### a. La Administración de Justicia: Nuevos criterios jurisprudenciales

**TSJ-SC (5087)**

**15-12-2005**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Mario Freitas Sosa e Inversiones Recreativas Invereca, C.A. (INVERECA) vs. Decisión Sala de Casación Civil.

El simple cambio de una línea jurisprudencial no debe obedecer a caprichos irrazonables o a simples intereses particulares, sino debe atender a razones de mérito que justifiquen en un determinado momento el vuelco legal, mediante la elaboración por parte de la Sala

protagonista o innovadora del cambio jurisprudencial de las justificaciones que incidieron en dicha variación, ya que si bien la sentencia constituye el acto por excelencia de los órganos jurisdiccionales mediante la cual se logra la resolución de una controversia suscitada entre dos partes, la misma cuando es emanada del Máximo Tribunal tiene por finalidad mitigada establecer una uniformidad jurisprudencial entre los Tribunales integrantes de la República.

Aunado a ello, debe atenderse al momento de realizar un cambio jurisprudencial al impacto social que pudiera tener dicha decisión dentro del orden social, más aun dentro de nuestra sociedad donde existe un colectivo necesitado de una justicia idónea y social que tienda a equilibrar las desigualdades imperantes entre los seres humanos.

Así pues, debe reafirmarse que si bien podríamos hablar dentro de nuestro ordenamiento jurídico del principio de continuidad jurisprudencial, atendiendo a los precedentes que pueda emitir esta Sala Constitucional, como una conducta críticamente evaluada, debe advertirse que mitificar su respeto irrestricto al cambio de criterios constituye una conducta igualmente reprochable, ya que ello conduciría a una petrificación a todas luces indeseable, de nuestras interpretaciones legales y constitucionales.

En consecuencia, ello debe hacerse –cambio de criterio jurisprudencial–, además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que al Tribunal compete. Si los cambios u oscilaciones bruscos de orientación o sentencias “*overruling*”, que quiebran abruptamente una línea jurisprudencial, son siempre peligrosos porque cuestionan la idea misma de la justicia (la igualdad en la aplicación de la Ley) lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata, cuya legitimidad resulta menoscabada por los frecuentes cambios de doctrina.

Así, el ejercicio de esta Sala mediante la revisión constitucional debe atender a la reflexión abstracta de los criterios jurisprudenciales que pudieran haber emitido las demás Salas de este Tribunal como los restantes Tribunales de la República, en cuanto a los criterios que pudieran haber acordado en un caso en particular el cual pudiera ser susceptible de inferir aunque sea indirectamente menoscabos constitucionales no sólo a las partes intervinientes en el proceso, sino de manera refleja a un número, determinado o indeterminado de ciudadanos.

No es ociosa esta referencia, sino que una de las labores que debe tener este Máximo Tribunal no es establecer meros juzgamientos de legalidad en ciertas ocasiones, sino ponderar los impactos sociales y de justicia que pueden acarrear en determinada sociedad, así como los impactos económicos que pudieran tener determinados fallos, en virtud de los estudios de costo-beneficio de una singular decisión en apariencia.

Sin embargo, por encima de estos baremos que deben atender los operadores de justicia, se erige el principal y fundamental valor, el cual se encuentra constituido por la búsqueda de la equidad; y en este punto se debe subrayar, que cuando nos referimos al término equidad, debe entenderse éste como la adopción de decisiones judiciales, enmarcadas en la impostergable consecución de la justicia social, pues, el formalismo jurídico no debe silenciar en un Estado Social de Derecho y de Justicia, los reclamos de la realidad.

Asimismo, la ciega subordinación del juez a la ley tampoco debe prescindir de los valores y derechos constitucionales; ya que la garantía judicial de los derechos es la prueba, político-jurídica de la real existencia de un régimen de libertades y de un Estado de Derecho.

b. *Régimen de los jueces: Régimen disciplinario*

**TSJ-SPA (6578)**

**21-12-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Jaqueline Torres Carrillo vs. Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial.

**El retraso ilegal opera cuando los jueces incurren en el desacato a un término legal para producir una actuación, en contraste con la figura de retardo injustificado, que supone únicamente descuidos injustificados en la tramitación de los procesos.**

Como puede apreciarse de la anterior transcripción, el órgano disciplinario encuadró la conducta de la ciudadana Jaqueline Torres Carrillo en el supuesto previsto en el numeral 7 del artículo 38 de la Ley de Carrera Judicial, a pesar de que calificó la actuación desplegada por la recurrente como un “retraso injustificado”, derivado de la circunstancia de que dicha ciudadana no se habría pronunciado sobre la acumulación de las causas arriba mencionadas en el lapso de tres días de despacho a que alude el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil.

Por lo tanto, se impone señalar tal y como lo ha destacado esta Sala en anteriores oportunidades, que la sanción prevista en la citada norma es distinta a la conocida como retraso ilegal, la cual opera cuando los jueces incurren en el desacato a un término legal para producir una actuación, en contraste con la figura de retardo injustificado, que supone únicamente descuidos injustificados en la tramitación de los procesos. (*Vid.* sentencia N° 504, del 1 de abril de 2003). De tal manera, que el retardo injustificado es aquel en el cual se incurre cuando no existe una norma que fije un plazo determinado para llevar a cabo alguna actuación propia del juez en su papel de director del proceso, como ocurre en el presente caso, en el cual ante la ausencia de una disposición expresa que otorgue un lapso para resolver sobre la acumulación planteada, el órgano disciplinario estimó conveniente acudir al dispositivo general contenido en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, que al efecto prevé un lapso de tres días de despacho para decidir.

Sin embargo, debe también advertirse que en torno a este aspecto la jurisprudencia de la Sala ha sido enfática al establecer en cuanto a la configuración de la aludida causal de retardo injustificado, que la misma debe verificarse atendiendo a ciertos factores, tales como, el atinente a la complejidad del asunto, el grado de congestión del tribunal y la imputabilidad de dicho retardo al juez.

Ejemplo de ello lo constituye, la decisión proferida por esta Sala el 8 de octubre de 2002, publicada bajo el N° 01225, recaída en el Caso: *Carlos Zambrano*, con motivo de la cual se dejó sentado el siguiente criterio:

“...el Juez está obligado a dictar oportunamente un pronunciamiento, pues demorar una decisión, cualquiera sea su naturaleza, contraviene el espíritu y razón de ser de la función jurisdiccional como deber del Estado. Ahora bien, en ciertas circunstancias, cuando los hechos son complejos y presentan dificultades para su determinación, o cuando se presenta un congestionamiento de casos en el tribunal, el órgano disciplinario tiene una potestad discrecional que lo autoriza a tomar en cuenta dichos aspectos...”.

Lo anterior guarda estrecha relación con el caso analizado, si se toma en consideración que la recurrente ha invocado como justificación del referido retardo, el hecho que el mismo no le era imputable y la complejidad de la materia debatida, circunstancias en virtud de las cuales, alegó, la imposibilidad de pronunciarse oportunamente sobre la acumulación planteada.

c. *Órganos. Tribunal Supremo de Justicia*

a'. *Conflictos entre Salas: Competencia de la Sala Constitucional*

**TSJ-SC (5073)**

**15-12-2005**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Conflicto de competencia planteado por la Sala Política Administrativa. Belkis López de Ferrer vs. Inspectoría de Trabajo del Estado Portuguesa.

**No puede existir un conflicto de competencia entre las Salas del Tribunal Supremo de Justicia si una de las Salas en conflicto es la Sala Constitucional, pues, en ese supuesto, al corresponderle dirimir el conflicto imperará el criterio sostenido por ella desde un primer momento.**

La Sala Político Administrativa, siendo que no compartía el criterio expuesto por esta Sala en el fallo N° 1.318 del 2 de agosto de 2001, caso: *Teresa Suárez Hernández*, por medio del cual se estableció que el conocimiento de los recursos contencioso administrativos de nulidad contra los actos administrativos emanados de las Inspectorías del Trabajo le corresponden a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, planteó, ante la Sala Plena, conflicto de competencia con respecto al pronunciamiento sobre la competencia para conocer de un recurso de nulidad intentado contra un acto administrativo emanado de una Inspectoría del Trabajo, pues a su criterio, tales causas deben ser resueltas por los Tribunales Laborales.

Ahora bien:

Visto que, conforme el numeral 3 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 37.942 del 20 de mayo de 2004, es competencia de esta Sala Constitucional resolver los conflictos de cualquier naturaleza que puedan suscitarse entre las Salas que integran al Máximo Tribunal;

Visto que, por interpretación en contrario de ese precepto legal no puede existir un conflicto de competencia entre las Salas del Tribunal Supremo de Justicia si una de las Salas en conflicto es la Sala Constitucional, pues, en ese supuesto, al corresponderle dirimir el conflicto imperará el criterio sostenido por ella desde un primer momento (*Vid.* Sentencia N° 2.013 del 8 de septiembre de 2004);

Visto que, el presente conflicto de competencia ha sido planteado entre la Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal y esta Sala Constitucional:

La Sala declara no ha lugar en derecho el conflicto de competencia planteado por la Sala Político Administrativa, el 8 de abril de 2003 y, en consecuencia, se le exhorta a que acate los criterios sentados por esta Sala Constitucional en decisión N° 1.318 del 2 de agosto de 2001, pues esta Sala posee la máxima potestad de interpretación de la Constitución y sus decisiones son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales del país, y los mismos están obligados a decidir con base en el criterio interpretativo que esta Sala tenga de las normas constitucionales, pues, de no ser así, ello implicaría, además de una violación a la Constitución, una distorsión a la certeza jurídica y, por lo tanto, un quebrantamiento del Estado de Derecho (*Vid.* Sentencia N° 93/2001). Así se decide.

b'. *Facultad de avocamiento*

**TSJ-SC (3528)**

**15-11-2005**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Refinadora de Maíz Venezolana C.A. (REMAVENCA) vs. Consejo Legislativo del Estado Barinas y Gobernador del Estado Barinas. Avocamiento.

Previo a cualquier otra consideración debe esta Sala determinar su competencia para decidir el presente caso y, a tal efecto, observa que, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 336 de la Constitución, corresponde a esta Sala “(d) *declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta*”, norma cuyo contenido repite el artículo 5, en su numeral 9, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Ahora bien, en el presente caso, ha sido ejercido recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad contra el Acuerdo Legislativo N° C-002-CLEB-2005-II, del Consejo Legislativo del Estado Barinas, publicado en la *Gaceta Legislativa* de dicho Estado N° 63 del 20 de septiembre de 2005, y contra el Decreto N° 641 dictado por el Gobernador del Estado Barinas, publicado en la *Gaceta Oficial* de ese Estado, Extraordinaria N° 012-05 del 26 de septiembre de 2005; actos éstos que si bien la parte actora calificó como actos dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución, de sus respectivos textos se desprende que aun cuando en los mismos se invocan unos artículos de la Constitución, ello *per se* no significa que el acto responda a la ejecución inmediata y directa de una atribución o competencia constitucional.

No obstante, el artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, que dispone que esta Sala es competente para “(...) 4. Revisar las sentencias dictadas por una de las Salas, cuando se denuncie fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, o que haya sido dictada como consecuencia de un error inexcusable, dolo, cohecho o prevaricación; asimismo podrá avocarse al conocimiento de una causa determinada, cuando se presuma fundadamente la violación de principios jurídicos fundamentales contenidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Tratados, Pactos o Convenios Internacionales suscritos y ratificados válidamente por la República, aun cuando por razón de la materia y en virtud de la ley, la competencia le esté atribuida a otra Sala” (resaltado de este fallo).

Y atendiendo a lo dispuesto en dicha norma, esta Sala estima que -dadas las circunstancias que han rodeado el presente caso- resulta necesario la ruptura del principio del juez natural, establecido en el artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, dado que una razón de interés supremo como lo es el mantenimiento del orden constitucional así lo requiere, así lo ha señalado esta Sala en fallos dictados con anterioridad (v. sentencia N° 2476 del 5 de agosto de 2005), sosteniendo que:

*“El objeto de la institución procesal del avocamiento es traer al Tribunal Supremo de Justicia en sus diferentes Salas -de acuerdo a la naturaleza del asunto discutido-, ‘cualquier asunto que por su gravedad y por las consecuencias que pudiera producir un fallo desatinado, amerite un tratamiento de excepción con el fin de prevenir antes de que se produzca una situación de caos, desquiciamiento, anarquía o cualesquiera otros inconvenientes a los altos intereses de la Nación y que pudiera perturbar el normal desenvolvimiento de las actividades políticas, económicas y sociales consagradas en nuestra carta fundamental’ (vid. Sentencia N° 2147 del 14 de septiembre de 2004)...”*

En el presente caso, no cabe duda que lo planteado en autos tiene un matiz esencialmente constitucional, toda vez que en los actos impugnados se declaró de utilidad pública y social bienes de un particular, se decretó la expropiación y se calificó de urgente realización la ejecución de la obra declarada de utilidad pública, por ello esta Sala se avoca al conocimiento de la presente causa, obvia el presupuesto procesal de la primera fase del procedimiento de avocamiento, por no existir juicio de expropiación en curso, y así se decide.

c'. *Antejuicio de mérito*

**TSJ-SPA (6145)**

**9-11-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Néstor González González vs. Ministerio de la Defensa

En el presente caso, se discute la legalidad de la resolución N° DG-122.502 de fecha 10 de julio de 2003, emanada del Ministro de la Defensa, por la cual se declaró el pase a situación de retiro del ciudadano Néstor González González de la Fuerza Armada Nacional, con fundamento en la disposición contemplada en el artículo 240, literal g, de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales.

Con base en los alegatos formulados por la parte recurrente y la representación judicial de la Procuraduría General de la República, al igual que el cúmulo probatorio traído a los autos; pasa esta Sala a decidir el recurso contencioso-administrativo de nulidad ejercido. A tal fin, se observa:

1.- Como aspecto fundamental, y previo a cualquier otra consideración, resulta necesario emitir pronunciamiento respecto de la presunta violación aducida por la parte recurrente, a su privilegio de antejuicio de mérito, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 266 de la Constitución de la República.

En efecto, la norma citada dispone:

“Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:

3.- Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del Vicepresidente o Vicepresidenta de la República, de los o las integrantes de la Asamblea Nacional...oficiales generales y almirantes de la Fuerza Armada Nacional...*(omissis)*”

Sobre el tema en cuestión ya se ha pronunciado la Sala Constitucional de este Alto Tribunal, al referirse al antejuicio de mérito de estos oficiales cuando son sometidos en el orden disciplinario, a los llamados consejos de investigación. Así, en sentencia número 974 del 29 de mayo de 2002 (caso: *Henry José Lugo Peña*), se estableció lo siguiente;

“Resulta claro para esta Sala, que tal privilegio, del antejuicio de mérito, está referido únicamente a las acciones penales que se vayan a incoar contra los oficiales, generales y almirantes, de allí que la norma prevenga el envío de los autos al Fiscal General, y distinga si el delito es o no común, lo que a juicio de la Sala significa una diferencia entre los delitos comunes, que son los tipificados en el Código Penal y otras leyes, y los militares, tipificados en el Código Orgánico de Justicia Militar. En consecuencia, el antejuicio no es necesario para las acciones civiles, administrativas, disciplinarias, etc. contra los privilegiados, ni para que se de curso a investigaciones contra ellos, incluso, por la comisión de delitos, mientras no se les considere imputados formalmente.

Como el numeral 3 del artículo 266 constitucional no distingue, el privilegio existe mientras se encuentren los oficiales en servicio activo, ejerzan o no funciones, ya que en cualquier momento pueden ejercer diversos cargos, sin importar si en el momento en que se incoa el antejuicio, están o no cumpliendo funciones. En consecuencia, los oficiales, generales y almirantes en disponibilidad y retiro, no gozan del señalado privilegio.

Ahora bien, tal situación excepcional se pierde, cuando el oficial de alto rango pasa a disponibilidad o retiro, con motivo de una decisión administrativa que se tome, producto de las informaciones provenientes de un Consejo de Investigación, institución prescrita en los artículos 280 y siguientes de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales, y que constituye un paso previo para recomendar las sanciones de que podrían ser objeto los oficiales.

El acto administrativo que se dicte, una vez se tenga el resultado del Consejo de Investigación, puede conllevar a la pérdida del privilegio del oficial, general o almirante, y ello podría generar un conflicto entre el derecho del oficial de alto rango a que se le siga un antejuicio de mérito, lo cual constituye un privilegio constitucional, de conformidad con el artículo 266.3, el cual debe evitarse.

Tal situación podría suceder, si generales y almirantes imputados de delitos, fueren sometidos a Consejos de Investigación antes que se les siga el antejuicio de mérito, lo que permitiría una vez concluido el Consejo, pasarlos a la situación de retiro para que perdieran su privilegio, y luego acusarlos sin el antejuicio previo.

Basta que exista la imputación, proveniente de la Fiscalía, por cualquiera de sus miembros, para que el privilegio del antejuicio se anteponga a cualquier Consejo de Investigación, que podría recomendar la disponibilidad o el retiro del oficial general o almirante, y pasar a esta categoría por disposición del órgano competente.

Si la imputación ya existente se anula y queda sin efecto, el Consejo de Investigación es viable, ya que no hay delito por qué perseguir al oficial de alto grado. Sin embargo, si por esa misma imputación se pretende seguir juicio al privilegiado, una vez que se encuentra en situación de retiro, no hay duda de lo errado en que deviene el Consejo de Investigación y su resultado, y la acusación se convertiría en inconstitucional, por violatoria del artículo 266.3 constitucional, y así se declara.

Una vez decidido en cualquier sentido el antejuicio de mérito por los delitos imputados, el oficial, general o almirante podrán ser sometidos al Consejo de Investigación, ya que el privilegio antes señalado, cesa”.

Como puede observarse del folio 70 del expediente administrativo, la actuación desplegada por la administración militar puso de manifiesto haber acatado el criterio sostenido por la Sala Constitucional, en el sentido antes planteado, cuando por auto de fecha 14 de noviembre de 2002, y vista la condición de imputado del General Néstor González González, decide suspender el Consejo de Investigación seguido al oficial identificado, hasta tanto se produzca por parte del Ministerio Público alguno de los actos conclusivos a que se contrae el artículo 315 y siguientes del Código Orgánico Procesal Penal; cuestión que una vez advertida, mediante la notificación que hiciera el Fiscal General de la República a las autoridades militares, por la cual les pone en conocimiento del decreto de archivo de las actuaciones penales, hizo procedente en fecha 04 de julio de 2003 la reanudación del Consejo de Investigación seguido al recurrente.

Las anteriores circunstancias, sin duda, palpables en la documentación que reposa en el expediente administrativo del caso, permiten evidenciar que contrariamente a lo señalado por el accionante, la Administración Militar sí consideró el privilegio conferido constitucionalmente al recurrente, al suspender la celebración del denominado consejo de investigación, y con ello, supeditar esta figura al esclarecimiento de la situación penal que simultáneamente le acompañaba; dando con ello cumplimiento al dispositivo constitucional por el cual se otorga a los oficiales generales y almirantes el beneficio de ser sometidos a un antejuicio de mérito por parte del Tribunal Supremo de Justicia, lo que conlleva a esta Sala a desestimar por infundado el argumento así planteado por la parte accionante.

d'. *Procedimiento disciplinario: Inspector General de Tribunales*

**TSJ-SP (24)**

**15-11-2005**

Magistrado Ponente: Rafael Arístides Rengifo Camacaro

Caso: Danilo Antonio Mojica Monsalvo vs. Inspector General de Tribunales.

**La Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia es la competente para juzgar las faltas disciplinarias que le imputen al Inspector General de Tribunales.**

Debe la Sala pronunciarse, preliminarmente, sobre la admisibilidad de la presente denuncia, para lo cual, como primer punto, pasa a analizar lo concerniente a su competencia para conocer del presente caso.

Conforme al artículo 267 de la vigente Constitución, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, administración y gobierno del Poder Judicial, la inspección y vigilancia de los Tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Agrega dicha norma que la jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios.

La Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, en la actualidad, y en lo que no colida con la Constitución vigente, regula todo lo relativo a la Inspectoría General de Tribunales y al Inspector General de Tribunales.

En este orden de argumentación, conforme al artículo 30 de la citada Ley Orgánica, corresponde a la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, hoy Tribunal Supremo de Justicia, el conocimiento de la responsabilidad disciplinaria del Inspector General de Tribunales, por lo que es esta Sala Plena la competente para juzgar las faltas disciplinarias que se le imputen al Inspector General de Tribunales, y así se declara.

Visto lo anterior, en cuanto a la admisibilidad del presente procedimiento disciplinario y en lo relativo a la competencia de esta Sala Plena para conocer del mismo, observa:

Esta Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión número 80 de fecha 2 de agosto de 2000 estableció la forma y mecanismos mediante los cuales han de tramitarse los procedimientos disciplinarios contra los funcionarios que señalan en la parte final del artículo 30 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, indico a tal efecto lo siguiente:

“(…) La Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, en sus artículos 24 a 29, regula la Inspectoría de Tribunales, así como la designación y atribuciones del Inspector General de Tribunales. Mientras que en su artículo 30 *eiusdem*, señala que el régimen disciplinario establecido para los jueces en dicha Ley será aplicable al Inspector General de Tribunales, por lo que el Inspector General responde de los ilícitos disciplinarios contenidos en los artículos 37, 38 y 39 *eiusdem*, en lo que ellos fueren compatibles con su cargo.

*El conocimiento de los casos existentes contra el Inspector General de Tribunales pertenece a esta Sala, a tenor del artículo 30 de la citada Ley Orgánica, la cual los juzgará en audiencia pública, conforme al procedimiento señalado en los artículos 47, 48, 49 y 50 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura.*

*Los artículos inmediatamente señalados que regulan el procedimiento disciplinario a seguir, parten de un supuesto inaplicable al juzgamiento del Inspector General de Tribunales, ya que la audiencia oral y pública que prevé el artículo 47 citado, tiene lugar previa acusación escrita del Inspector General, quien a tales fines ha realizado previamente una investigación (artículos 40 a 45 de la citada Ley Orgánica), y como resultado de ella ha considerado fundada la denuncia, lo que lo obliga a tomar declaración al imputado. Ahora bien, las denuncias contra el Inspector General de Tribunales no pueden ser sustanciadas por él y menos proceder a la acusación a instancias suyas, siendo lo correcto que el Ministerio Público incoare la acusación, si la Sala le ordena la investigación de los hechos.*

*Como el procedimiento señalado en la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, es inaplicable literalmente a las denuncias contra el Inspector General de Tribunales, corresponde a esta Sala, como punto previo, calificar los hechos denunciados, como ilícitos disciplinarios, y si ellos se subsumen en los supuestos de ley, ordenar la investigación, para si lo considerare fundada, proceder a tomar declaraciones al imputado (al Inspector General de Tribunales). Solo bajo este esquema puede adaptarse la Sala Plena al procedimiento establecido en los artículos 40 a 45 de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura, que pauta los pasos procedimentales previos a la acusación del imputado, la cual tiene lugar sólo después que se considere comprobada la infracción, por lo que se procederá a formular la acusación (artículo 44 *eiusdem*), la cual considera la Sala corresponderá al Ministerio Público”.*

Conforme a lo expuesto, debe esta Sala Plena, como cuestión previa, verificar la permanencia del funcionario denunciado en su cargo.

El solicitante señaló una serie de denuncias contra el mencionado ciudadano durante su gestión como Inspector General de Tribunales, las cuales, a su juicio, se traducen como faltas sancionables disciplinariamente.

Ahora bien, es necesario señalar que las sanciones disciplinarias que se imponen a los funcionarios públicos no consisten en penas ordinarias sino en modificaciones a su situación funcional por infracciones contra el orden interno que rige dicha relación. En este sentido, la potestad disciplinaria sólo se aplica a los funcionarios públicos que posean un vínculo de sujeción especial con la Administración.

En este sentido debe destacar la Sala, que a pesar de que a la fecha de la interposición de la presente solicitud, el Inspector General de Tribunales Dr. René Molina Galicia se encontraba en el ejercicio de sus funciones, a la fecha de la decisión de la presente denuncia, el mismo ya no se encuentra en ejercicio de dicho cargo, razón por la cual no existe relación funcional que permita la imposición de una sanción, por lo que la solicitud objeto de la presente denuncia resulta improcedente. Así se decide.

2. *El Poder Estatal. Procuradores Estadales: Representación en juicio*

**TSJ-SC (3524)**

**14-11-2005**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta De Merchán

Caso: Procurador del Estado Zulia vs. Decisión Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Occidental.

**Los Procuradores estadales no sólo deben ser notificados de cualquier decisión definitiva o interlocutoria que afecte los intereses de las Entidades federales respectivas, sino que además, en los juicios en que sean parte los Estados, son ellos los que ostentan, salvo excepciones muy específicas, la representación judicial de las Entidades federales y, como tales, deben ser notificados.**

Observa esta Sala que para determinar la posible caducidad del amparo interpuesto es necesario analizar los hechos que, precisamente, en criterio de la parte accionante, generan el presente amparo, esto es, la falta de notificación del Procurador del Estado Zulia. En tal sentido, conforme con el artículo 33 de la Ley Orgánica de Descentralización, Delimitación y Transferencia de Competencias del Poder Público, los Estados gozan de las mismas prerrogativas de la República, razón por la cual, y atendiendo a una de las que se encuentran estipuladas en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República -artículo 84-, es obligación de todo órgano jurisdiccional notificar de oficio a los Procuradores estadales de cualquier decisión definitiva o interlocutoria que afecta los intereses de las Entidades federales respectivas, o en las que éstas sean partes.

Al ser ello así, resulta irrefutable que en la causa seguida por el ciudadano Rigoberto Rincón contra el Estado Zulia, por órgano del Consejo Legislativo, por concepto de cobro de diferencia de prestaciones sociales, debió notificarse al Procurador de ese Estado de la interposición de la indicada demanda, tal como lo requirió dicho órgano al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Occidental, el 13 de julio de 2004 (folios 35 y 36); sin embargo, dicha omisión, censurable por demás, en la presente causa debe ser estudiada en su contexto, ya que los Procuradores estadales no sólo deben ser notificados de cualquier decisión definitiva o interlocutoria que afecta los intereses de las Entidades federales respectivas, sino que además, en los juicios en que sean parte los Estados, son ellos los que ostentan, salvo excepciones muy específicas, la representación judicial de las Entidades federales y, como tales, deben ser notificados; sólo la tergiversación de esa premisa jurídica básica -bien por desconocimiento o como técnica de litigio desleal- explica la existencia de situaciones como las que hoy se debaten en autos.

En efecto, según el artículo 1, cardinales 1 y 3 de la Ley de la Procuraduría del Estado Zulia, es el Procurador estatal el que representa y defiende -en estrado, agregaría la Sala- los intereses del Estado Zulia; no obstante, producto de la grave confusión entre la noción de

ente y órgano, la parte demandante en el juicio original no sólo demandó al Consejo Legislativo del Estado Zulia, sino que, y lo cual es más grave aún, dicho órgano nombró de forma manifiestamente irrita un apoderado judicial para que defendiera los intereses del Estado Zulia en ese juicio.

La frecuencia y la generalidad con que esa situación irregular se está presentando tanto a nivel estatal como municipal es preocupante, sobre todo por el hecho palpable que siempre que en tales causas se dicta una sentencia desfavorable al ente público, es cuando sorpresivamente aparece en acta una diligencia del Procurador estatal o del Síndico Procurador haciendo observar que no se le notificó y que se debe, en consecuencia, reponer la causa al estado de admisión de la demanda para que se efectúe la notificación. Siempre cuando la sentencia es desfavorable y siempre cuando se está ejecutando. En todo caso, lo trascendente es que no hay ninguna disposición en la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados (norma macro) que atribuye a tales órganos la competencia para nombrar representantes judiciales *ad hoc*.

En este caso, aunque la irregularidad es atribuible sin duda alguna tanto al Juez Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Occidental, como a la Directiva del Consejo Legislativo del Estado Zulia, que esta Sala aplique las prerrogativas de los Estados en detrimento del justiciable que exige la tutela del derecho constitucional al trabajo y a las prestaciones sociales tal como lo prescribe el artículo 89 de la Constitución, es hacer que esta Sala Constitucional participe de una irregularidad tan grave que raya en el abuso de derecho, noción de la cual esta Sala ha señalado, en su sentencia N° 2935/2002, que cuando tal abuso se verifica en una causa donde se está discutiendo derechos laborales, los entes públicos no pueden asirse de las prerrogativas procesales.

Con base en lo expuesto, y considerando: 1) que la causa donde se generó las presuntas lesiones constitucionales se estaba demandando el cobro de la diferencia de las prestaciones sociales; 2) que en dicha causa, de forma irrita, el Consejo Legislativo del Estado Zulia nombró a un apoderado judicial para que defendiera en estrado los intereses del Estado Zulia; 3) que el Juez Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Occidental no controló la ilicitud de esa conducta; 4) que el reconocimiento bajo esas circunstancias de las prerrogativas procesales de los entes públicos va en detrimento de la tutela constitucional del trabajo asalariado; y, por último, 5) que la gravedad de esa irregularidad, la generalidad y la frecuencia con se está presentando no puede ser avalada por esta Sala Constitucional, califica tal proceder como abuso de derecho y, en consecuencia, excepciona *obiter dictum* para el caso concreto la prerrogativa procesal relativa a la notificación de oficio del Procurador estatal del auto dictado el 2 de agosto de 2004, por lo que la participación de dicho órgano se equipara a la de un tercero. Por tanto, al haber solicitado el sustituto del Procurador la reposición de la causa el 13 de julio de 2004 (folio 35), y haberse dictado la decisión accionada el 2 de agosto de 2004 (folio 38), se presume que se encontraba en pleno conocimiento y, en consecuencia, estaba al tanto de la decisión que un año después pretende impugnar por vía de amparo en un juicio laboral iniciado en el año 2003. Así se decide.

3. *El Poder Municipal. Competencias de los Concejos Municipales (Enajenación de ejidos)*

**TSJ-SPA (5996)**

**26-10-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Juan Parra Duarte (Oposición de compra de un terreno ejido) vs. Marcos Antonio González Vargas

**Los Concejos Municipales están facultados para aprobar lo concerniente a la enajenación de los ejidos del Municipio, verificadas las condiciones y restricciones establecidas en la Ordenanza respectiva y previo el cumplimiento de las formalidades que ésta establece.**

En este contexto, debe reiterarse el criterio de la Sala según el cual no son aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 44, 45 y 46 de la Ordenanza sobre Terrenos Ejidos del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, publicada en *Gaceta Municipal* N° 33 del 01 de junio de 1966, en función de las cuales la oposición a la solicitud de compra de un terreno ejido debe ser tramitada y conocida por un Tribunal de Municipio (*vid.* entre otras, sentencia N° 1826 del 20 de noviembre de 2003 y sentencia N° 0499 del 20 de mayo de 2004).

En efecto, los artículos 44, 45 y 46 de la Ordenanza Sobre Terrenos Ejidos del Municipio Maracaibo, establecen lo siguiente:

*“Artículo 44. Presentado un escrito de oposición, si el Presidente del Concejo lo encontrar formulado conforme a los requisitos previstos en los artículos anteriores, ordenará al pie del mismo agregarlo a sus antecedentes, pasando el conjunto de las actuaciones al Juez del Municipio en cuya jurisdicción este ubicado el terreno.*

*Artículo 45. Al recibir el Juez de Municipio el escrito de oposición a que se refiere el artículo anterior, le dará entrada, y en la misma fecha dictará un auto declarando abierta una articulación de ocho días, dentro de la cual las partes promoverán y evacuarán las pruebas que juzguen conducentes.*

*Artículo 46. Cumplido el indicado término de ocho días, el Juez dictará sentencia dentro del lapso de tres audiencias siguientes al vencimiento del expresado término, sin pretexto ni excusa para no decidir lo que ha lugar en derecho, dentro del lapso anteriormente indicado.*

*Único: De esta decisión se oirá apelación dentro del término de cinco días hábiles, para ante el Juzgado del Distrito Maracaibo. Vencido el lapso de apelación, sin que se haya hecho uso de ella, se remitirá inmediatamente el expediente al Concejo Municipal para que se ejecute lo sentenciado”.*

En lugar de la mencionada Ordenanza debe atenderse a lo establecido en el numeral 10 del artículo 95 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.204 del 08 de junio de 2005, en concordancia con lo previsto en el artículo 149 del referido Texto legal, (anteriormente, ordinal 8° del artículo 76 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, en concordancia con el artículo 125 *eiusdem*), según los cuales los Concejos Municipales están facultados para aprobar lo concerniente a la enajenación de los ejidos del Municipio, verificadas las condiciones y restricciones establecidas en la Ordenanza respectiva y previo el cumplimiento de las formalidades que ésta establece (*v.* sentencia N° 00920 del 02 de julio de 2002, Exp. N° 2002-0399).

En este orden de ideas, se observa que en el caso bajo análisis el ciudadano Juan Parra Duarte planteó una oposición a la venta de un terreno ejido alegando que dicho terreno es propiedad de “...los sucesores de VICENTE PARRA VALBUENA (...) y los sucesores de JUAN MONTES MONSERRATE y VINCENCIO PÉREZ SOTO...”, por lo que resulta evidente que la oposición formulada debe ser analizada y resuelta por el Concejo Municipal del Municipio Maracaibo del Estado Zulia, configurándose en este caso uno de los supuestos de procedencia de la falta de jurisdicción del Poder Judicial frente a la Administración Pública. Así se decide.

Ahora bien, sólo cuando el Concejo Municipal emita el pronunciamiento formal correspondiente, dicha decisión podrá ser impugnada por la parte interesada ante los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo Regionales los cuales son los competen-

tes para conocer situaciones “*relacionadas con la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de contratos administrativos celebrados por autoridades municipales sobre terrenos ejidos*”, según lo ha determinado esta Sala, entre otras, en sentencia N° 392 de fecha 05 de marzo de 2002, aunque pueden encontrarse excepciones en determinadas situaciones especiales, vinculadas primordialmente al interés público, en cuyo caso la competencia la mantiene esta Sala en única instancia.

Aunado a lo expuesto, debe indicar esta Sala -tal como lo hizo en el anteriormente mencionado fallo N° 00920 del 02 de julio de 2002, Exp. N° 2002-0399- que **si en la verificación que el Concejo haga de los aspectos a los que alude la ley, se presentaren dudas acerca de quién es el propietario de las mejoras construidas en el terreno ejido ello debe ser resuelto, previamente, a instancia de parte interesada por la vía judicial ordinaria.**

De allí que, resulta necesario señalarse que **no es atribución de los Concejos Municipales remitir de oficio a los tribunales ordinarios este tipo de situaciones, ya que ello es un problema entre particulares, quienes en todo caso son los que deben acudir a los órganos de administración de justicia para dilucidarlo.**

No obstante lo anterior, tratándose de una actuación de naturaleza administrativa, lo que si le corresponde a la Administración Municipal -a cargo de los Concejos Municipales- es notificar a esos particulares de todo proveimiento que tomen en materia de enajenación de los ejidos del Municipio, incluso en los casos en los que exista una dualidad documental sobre el mismo terreno ejidal, lo cual impide a la Administración pronunciarse hasta que tal situación sea resuelta por vía judicial.

Asimismo, deben los Concejos Municipales poner en conocimiento a los administrados acerca de los recursos administrativos y judiciales que corresponda ejercer ante esos proveimientos, así como de los lapsos que disponen para interponerlos, en caso de que los particulares consideren que se han vulnerado sus derechos.

En los términos expuestos, se impone confirmar la decisión dictada el 09 de julio de 2003, por el Juzgado Undécimo de los Municipios *Maracaibo, Jesús Enrique Lossada y San Francisco* de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia. Así se decide.

#### IV. EL ORDENAMIENTO ECONÓMICO DEL ESTADO

##### 1. Régimen cambiario y monetario

Véase: Página 141 de esta *Revista*

**TSJ-SPA (6420)**

**1-12-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: MACK DE VENEZUELA C.A. vs. Decisión del Tribunal Superior Noveno de lo Contencioso Tributario de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas.

**El cambio de valor de una moneda, dependiendo de si éste aumenta o disminuye en comparación con otras monedas extranjeras, se denomina revaluación o devaluación respectivamente. La revaluación ocurre cuando una moneda de un país aumenta su valor en comparación con otras monedas extranjeras, mientras que la devaluación ocurre cuando la moneda de un país reduce su valor en comparación con otras monedas extranjeras, razón por la cual el concepto de devaluación es completamente opuesto al de revaluación.**

2. *Propiedad y Expropiación*A. *Expropiación*a. *El Procedimiento Judicial Expropiatorio*a'. *Admisión de la solicitud***CPCA (1395)****17-11-2005**

Juez Ponente: Javier Sánchez Rodríguez

En este sentido, se observa que la parte accionante consignó anexo a su acción de expropiación, los Avisos que fueron publicados en la prensa nacional y regional, con la finalidad de notificar a aquellas personas que tengan algún derecho sobre los bienes objeto de la expropiación solicitada -folios 169 y 171-, ello a los fines de cumplir con el requisito previo previsto en el último aparte del citado artículo 22, que constituye la vía del arreglo amigable.

En efecto, cumplidos como han sido los requisitos antes señalados y visto que la representación de la República acompañó a dicha solicitud los datos concernientes a la propiedad y gravámenes del inmueble de cuya expropiación se trata, dando así cumplimiento igualmente con las exigencias establecidas en el artículo 340 del Código de Procedimiento Civil, esta Corte ADMITE la presente solicitud de expropiación. Así se declara.

b'. *Medidas cautelares***CPCA (1395)****17-11-2005**

Juez Ponente: Javier Sánchez Rodríguez

Los representantes de la República solicitaron se ordene la posesión sobre los bienes objeto de la expropiación sub-exámene, para la ejecución de la obra "*Soberanía e Independencia Técnica para el desarrollo Endógeno del Sector Energético, que llevará a cabo la producción de válvulas industriales, bridas de todo tipo y el mecanizado de todo tipo de piezas que son esenciales para la industria pesada y energética nacional y son estratégicas para la independencia, seguridad y soberanía del sector energético del país, así como para la promoción del desarrollo endógeno, la protección y generación de fuentes de ocupación productiva y para el bien común...*", de conformidad con el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

En este sentido, observa esta Corte que el párrafo primero del artículo 588 *eiusdem* prevé:

"Artículo 588. (...) PARÁGRAFO PRIMERO: el Tribunal podrá otorgar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra. En estos casos para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión".

Del artículo citado *ut supra* se desprenden tres requisitos concurrentes que debe probar el solicitante para pretender la protección de una medida cautelar innominada, a saber: i) Riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo *-periculum in mora-*; ii) presunción grave del derecho que se reclama *-fumus boni iuris-*; y, iii) temor fundado de que una de las partes pueda causar lesiones graves a la otra *-periculum in damni-*.

Sin embargo, aprecia esta Corte que siendo la accionante la Procuraduría General de la República, es menester aplicar lo previsto en el artículo 90 del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, en concordancia con el artículo 8 *eiusdem*, los cuales disponen:

“Artículo 8. Las normas de este Decreto Ley son de orden público y se aplican con preferencia a otras leyes”. (Resaltado y subrayado de esta Corte).

“Artículo 90. Cuando la Procuraduría General de la República solicite medidas preventivas o ejecutivas, el Juez para decretarlas, deberá examinar si existe un peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución del fallo, o si del examen del caso emerge una presunción de buen derecho a favor de la pretensión, bastando para que sea procedente la medida, la existencia de cualquiera de los dos requisitos mencionados”. (Resaltado y subrayado de esta Corte).

Del análisis de los artículos transcritos se observa que para el otorgamiento de la medida solicitada es suficiente con verificar la existencia del *fumus boni iuris*, o del *periculum in mora*. Al respecto, esta Corte pasa examinar, en el caso de autos, la existencia de los mismos y al efecto observa:

Tal y como se señaló anteriormente, la República soporta su solicitud cautelar en tres argumentos: el primero de ellos, relativo a la presunción de buen derecho, referido al Acuerdo de la Asamblea Nacional para declarar de utilidad pública e interés social la puesta en operatividad, uso y aprovechamiento de los bienes muebles e inmueble pertenecientes a la empresa CONSTRUCTORA NACIONAL DE VÁLVULAS C.A., publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.173 de fecha 26 de abril de 2005 y así mismo el Decreto Ejecutivo N° 3.627, publicado en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 38.174, de fecha 27 de abril de 2005, que acordó la expropiación y, por consiguiente, la adquisición forzosa de los bienes que se indican en la solicitud de expropiación, pertenecientes a referida sociedad mercantil, para la ejecución de la obra “Soberanía e Independencia Técnica para el Desarrollo Endógeno del Sector Energético”. A juicio de esta Corte, el supuesto probatorio de la presunción de buen derecho está más que comprobado al haber sido acompañados tanto el Acuerdo de la Asamblea Nacional como el Decreto de Expropiación, antes mencionados, de cuyo contenido, atendiendo al concepto y naturaleza de la expropiación se desprende la pretensión del buen derecho a favor de la pretensión.

El segundo supuesto está fundamentado en el temor fundado de que el tiempo transcurrido y el que está por pasar, hasta el momento en que se autorice la ocupación previa, cause perjuicios irreparables o sumamente onerosos a los equipos y maquinarias por la excesiva paralización del funcionamiento de la empresa, ya que el uso y aprovechamiento de los bienes muebles e inmueble pertenecientes a la CONSTRUCTORA NACIONAL DE VÁLVULAS C.A. (C.N.V.) son necesarios para la puesta en funcionamiento de la ejecución de la obra que contempla el Decreto de Expropiación. Aunado a lo anterior, considera este Juzgador que la obra que se pretende realizar constituye un proyecto de evidente interés general, por cuanto involucra la elaboración de productos esenciales destinados a la actividad petrolera, actividad esta que se constituye, sin duda alguna, en la fuente principal de la economía venezolana, lo cual a su vez promoverá la protección y generación de fuentes de ocupación productiva, con lo que, se resguardaría a un número significativo de trabajadores y trabajadoras, cuyo amparo se extendería a sus núcleos familiares.

En consecuencia, estima esta Corte que los supuestos contemplados por el referido artículo 90 del Decreto con fuerza de Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, se encuentran suficientemente satisfechos, razón por la cual ACUERDA la medida cautelar innominada de posesión sobre los bienes muebles y el inmueble, pertenecientes a la CONSTRUCTORA NACIONAL DE VÁLVULAS C.A. (C.N.V.) que fueron necesarios para ejecutar el cometido de la obra “Soberanía e Independencia Técnica para el desarrollo endógeno del Sector Energético”, identificados en la Inspección Judicial extralitem que se acompañó a la solicitud de expropiación.

b. *Ocupación previa*

TSJ-SPA (6127)

9-11-2005

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

**La ocupación previa es un derecho del ente expropiante a ocupar anticipadamente el inmueble objeto de expropiación, el cual se encuentra subordinado al cumplimiento de los presupuestos exigidos por la Ley.**

La ocupación previa, que estaba contemplada en los artículos 51 y 52 de la derogada Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, vigente para el momento en el cual se presentó la solicitud de expropiación, actualmente, se encuentra regulada en los artículos 56 y 57 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.475 del 01 de julio de 2002, es un derecho del ente expropiante a ocupar anticipadamente el inmueble objeto de expropiación, el cual se encuentra subordinado al cumplimiento de los presupuestos exigidos por la Ley, tales como el avalúo previo, la inspección judicial y la consignación del monto reflejado en el avalúo, con el fin de dar inicio a la obra de utilidad pública o social, que bajo la premisa de “urgencia” debe realizarse.

Así, el Decreto de la Ocupación Previa no sólo causa un efecto positivo para el ente expropiante, adelantando uno de los efectos de la expropiación como lo es la posesión por parte del expropiante del inmueble a expropiar; sino que, además, por su naturaleza cautelar tiende a garantizar los resultados de la sentencia definitiva. En efecto, si bien se limita al propietario del inmueble en su derecho de propiedad, la observancia por parte del ente expropiante de algunos presupuestos previstos en la ley para la procedencia de la ocupación previa, tiene por objeto dejar indemnes otros bienes del inmueble a expropiar que, por motivo de la referida ocupación, pudieran desaparecer; o salvaguardar económicamente al propietario de posibles daños que se le puedan causar en caso de no llevarse a cabo en definitiva la expropiación (*vid.* sentencia N° 0898 del 10 de mayo de 2001).

c. *Avalúo previo*

TSJ-SPA (6127)

9-11-2005

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

**La pretensión dirigida a obtener la homologación de un convenio sobre el monto determinado por el Informe del Avalúo Previo para darle fin al juicio de expropiación, resulta inaceptable si existe una inconformidad expresada por una de las partes con respecto al avalúo, si éste se realiza una vez comenzado el juicio a los fines de la ocupación previa, por cuanto existe para ambas partes una igualdad de posibilidad referente al monto resultante de ese avalúo.**

Debe indicarse que el convenio sobre la expropiación y respecto al monto del avalúo practicado a los fines de la ocupación previa, puede traer como consecuencia la homologación y conclusión del proceso, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 de la derogada Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social (artículo 56 de la Ley de Expropiación vigente), siempre y cuando una de las partes no haya manifestado su inconformidad con el avalúo previo.

Lo anterior responde a que la inimpugnabilidad del referido avalúo y la consecuencia de su firmeza, es sólo a los fines de que esa tasación sirva y se considere legalmente apta para obtener la ocupación previa requerida, cuya ejecución dependerá solamente de que el expro-

piante consigne el monto establecido en el Informe del Avalúo. Pero si el expropiante se opusiera al monto resultante del avalúo, y además, no lo ofreciese ni lo consignase, ningún efecto podría tener la aceptación del expropiado sobre el precio, ni mucho menos la pretensión del expropiado respecto a que tal aceptación pueda poner fin al proceso (v. Sentencia N° 61 del 14 de abril de 1983, Exp. N° 3470, de esta Sala).

Así las cosas, la pretensión dirigida a obtener la homologación de un convenio sobre el monto determinado por el Informe del Avalúo Previo para darle fin al juicio de expropiación, resulta inaceptable si existe una inconformidad expresada por una de las partes con respecto al avalúo, si éste se realiza una vez comenzado el juicio a los fines de la ocupación previa, por cuanto existe para ambas partes una igualdad de expectativa referente al monto resultante de ese avalúo.

En este sentido, si hay una inconformidad por parte del expropiante -tan válida como la que podría presentar el expropiado- la aceptación por parte de este último sobre ese monto sería contrario a cualquier situación equitativa y, además, inconstitucional, ya que se atendería contra el derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

**TSJ-SPA (6127)**

**9-11-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

**La Sala establece la diferencia existente entre el avalúo que se efectúa a propósito de la ocupación previa y el avalúo definitivo.**

...Va a ser, precisamente, el avalúo previo uno de los requisitos que debe verificarse para la procedencia de la ocupación previa, tal como se indicó anteriormente, a los efectos de prestar garantía a los posibles perjuicios que el expropiante pudiese ocasionar al expropiado debido a la ocupación, siendo "...de carácter inimpugnable, no contencioso en su formulación y con intrascendencia en el resto del procedimiento expropiatorio...", de acuerdo a la jurisprudencia de esta Sala (*vid.* sentencia N° 19 del 11 de febrero de 1992, caso: *Corporación Venezolana de Guayana*), pues dentro del juicio se han diseñado etapas para advertir y corregir posibles deficiencias en su establecimiento.

Ahora bien, cabe resaltar que el avalúo que se efectúa a propósito de la ocupación previa (artículos 16 y 51 de la derogada Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social), es distinto al avalúo definitivo; el primero, es de evidente carácter previo, cautelar y producto del proceso incidental relativo a la ocupación previa; en tanto que, el segundo, se realiza con el fin de determinar la justa indemnización que le corresponde al expropiado, teniendo como consecuencia la terminación del procedimiento de expropiación con carácter definitivo.

El fin preservativo del avalúo previo, es únicamente a los efectos de que si en el transcurso del proceso expropiatorio se modifican características del bien a expropiar, "...se tenga acreditado un precedente que sirva de parámetro comparativo con el avalúo definitivo que dispone el Título IV de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social y, en tal sentido, para que el justiprecio definitivo se ajuste a la realidad integral del bien expropiado, es decir, para que la indemnización sea verdaderamente justa..." (Sentencia N° 0898 del 10 de mayo de 2001 de esta Sala), además de servir de garantía para los daños que pueda sufrir el propietario en caso de no llevarse a cabo la expropiación.

Ahora bien, si una vez firme la declaratoria de necesidad de adquirir la propiedad del bien a expropiar, las partes no logran un avenimiento con respecto al precio de la cosa objeto de expropiación, determinado previo avalúo (artículo 32 de la derogada Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública o Social, actualmente artículo 19), deberá calcularse el justiprecio a través de un nuevo avalúo, es decir, el avalúo definitivo, según el procedimiento

establecido en el Título IV de la derogada Ley por Causa de Utilidad Pública o Social, que era para entonces la normativa aplicable (Título V de la vigente Ley de Expropiación).

Sobre este mismo particular, debe señalarse que el avalúo definitivo ha sido equiparado por la jurisprudencia de la Sala a la experticia complementaria del fallo, "...en razón de que (...) se practica después de la sentencia definitivamente firme que declara la expropiación de determinado bien, aplicándose, en consecuencia, lo previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, pues a propósito de la fase final del juicio expropiatorio, su objeto es fijar el monto de la indemnización que el expropiante debe pagar al expropiado..." (Sentencia N° 0980 del 17 de julio de 2002).

## V. EL ORDENAMIENTO TRIBUTARIO DEL ESTADO

### 1. Principios del sistema tributario

#### A. Generalidad del tributo

**TSJ-SC (3571)**

**6-12-2005**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 34 y 35, encabezamiento, de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado.

**El principio de la generalidad del tributo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución, representa unos de los pilares principales del sistema tributario, según el cual todos deben contribuir a los gastos públicos mediante el pago de tributos.**

En cuanto al principio de la igualdad o de la generalidad del tributo, la Sala Constitucional en sentencia N° 1397 del 21 de noviembre de 2000. Caso: *Heberto Contreras Cuenca*, señaló que: "(...) involucra la noción de que cuando una persona física o jurídica se encuentra en las condiciones que establecen el deber de contribuir según la ley, éste debe ser cumplido cualquiera sea el carácter del sujeto, su categoría social, nacionalidad, edad o estructura (...)".

En tal sentido, observa esta Sala Constitucional, que el referido principio de la generalidad del tributo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, representa unos de los pilares principales del sistema tributario, según el cual todos deben coadyuvar a los gastos públicos mediante el pago de tributos.

Aprueba esta Sala, que los artículos denunciados no produjeron la violación del principio constitucional de igualdad, previsto en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela; por cuanto lo que establecen los referidos artículos 34 y 35 en su encabezamiento, de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado, es una distinción fundada en los distintos supuestos que prevén la forma de cumplir con el deber de contribuir según la ley, que tiene todo sujeto domiciliado en Venezuela según su carácter, categoría social, nacionalidad, edad o estructura.

#### B. Capacidad contributiva

**TSJ-SC (3571)**

**6-12-2005**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 34 y 35, encabezamiento, de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado.

**La capacidad contributiva constituye un principio constitucional que sirve a un doble propósito, como presupuesto legitimador de la distribución del gasto público; y como límite material al ejercicio de la potestad tributaria.**

C. *Prohibición de tributación confiscatoria*

**TSJ-SC (3571)**

**6-12-2005**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación de los artículos 34 y 35, encabezamiento, de la Ley que establece el Impuesto al Valor Agregado.

**La confiscatoriedad se configura cuando la tributación impuesta es desproporcionada, excesiva y fuera del contexto de la capacidad de contribuir del contribuyente, cuya consecuencia es la absorción por parte del Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado**

En cuanto al principio de no confiscación, esta Sala en sentencia N° 1886 del 2 de septiembre de 2004, Caso: *JBS Publicidad*, señaló: “(...) Ahora bien, respecto a la no confiscatoriedad del tributo previsto en el Texto Constitucional, considera la Sala que tal confiscatoriedad se configura cuando la tributación impuesta es desproporcionada, excesiva y fuera del contexto de la capacidad de contribuir del contribuyente, cuya consecuencia es la absorción por parte del Estado de una parte sustancial de la renta o del capital gravado, si así sucede, entonces el patrimonio es la fuente de donde se sustraen los recursos y el impuesto resulta confiscatorio, por cuanto por medio de él es que el Estado toma por vía coactiva una parte del patrimonio del administrado sin compensación alguna. Este principio ha sido previsto en la Constitución a fin de limitar e impedir esta imposición exagerada así como para garantizar el derecho a la propiedad de los particulares. Por su parte, este derecho a la propiedad si bien es un derecho individual, el mismo queda sujeto a ciertas limitaciones impuestas por el propio texto constitucional en atención a fines relativos a la función social, la utilidad pública y el interés general, restricciones estas que deben entenderse respetando el propio derecho constitucional, sin vaciarlo de contenido(...)”.

Por su parte, el doctor José Andrés Octavio, *La realidad económica en el derecho tributario*, Colección Estudios Jurídicos N° 73, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2000, pp. 100 y 101) establece que la vinculación del principio de no confiscación con el de capacidad contributiva es evidente “...ya que un tributo o el sistema tributario es confiscatorio, cuando los aportes exceden de la razonable posibilidad de colaborar al gasto público que permite la capacidad contributiva del obligado. Ahora bien, la interpretación según la realidad económica constituye una garantía de los sujetos incididos en el control administrativo o jurisdiccional de la obligación tributaria, por cuanto su instrumentación representa la búsqueda de la verdadera capacidad contributiva contenida en los hechos impositivos para la justa aplicación del gravamen...”.

Así mismo aprecia esta Sala que, en el ejercicio de las potestades que el ordenamiento jurídico le fija a la Administración Tributaria, ésta se encuentra frecuentemente obligada a incidir legalmente sobre alguno de los atributos que conforman la propiedad, pero no cabe dudas acerca del interés general que tal actividad administrativa persigue, como lo es la atención de las necesidades colectivas, la prestación de servicios públicos y el cumplimiento de fines de tipo social.

En tal sentido, al subsumir lo anteriormente expuesto al caso de autos aprecia esta Sala que no hubo violación del derecho de propiedad ni estamos en presencia de un tributo con

efecto confiscatorio, ya que el derecho de propiedad no siendo un derecho absoluto está sometido a las disposiciones de ley en consecuencia, al establecimiento de un tributo, como el previsto en las normas impugnadas.

2. *Obligación tributaria: Transacciones fiscales*

**TSJ-SPA (6265)**

**16-11-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: ENERGÍA ELÉCTRICA DE VENEZUELA (ENELVEN) vs. Alcaldía del Municipio Páez del Estado Zulia.

En virtud de la declaratoria contenida en el fallo apelado y de las objeciones formuladas en su contra por el apoderado judicial de la contribuyente C.A. Energía Eléctrica de Venezuela (ENELVEN), observa esta Sala que la controversia queda circunscrita a resolver respecto de las presuntas infracciones al ordenamiento jurídico cometidas por el sentenciador a quo en su fallo, al aplicar retroactivamente las previsiones sobre transacción contenidas en el Código Orgánico Tributario, ignorando la vigencia y aplicabilidad al presente caso de lo dispuesto en los artículos 7 y 46 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, así como la llamada “cosa juzgada administrativa” que adquirieron los contratos celebrados entre la contribuyente y el Municipio Páez del Estado Zulia.

Derivado de lo anterior, pasa la Sala a dilucidar el alegato formulado por el apelante acerca de la supuesta violación del artículo 44 de la Constitución de 1961, cometida por el a quo al aplicar retroactivamente al caso de autos las disposiciones normativas contenidas en los artículos 58 y 59 del Código Orgánico Tributario 1992, cuyos textos señalaban:

**“Artículo 58: La transacción judicial es admisible en cuanto a la determinación de los hechos y no en cuanto al significado de la norma aplicable.**

*Artículo 59:* El Ejecutivo Nacional, por intermedio del Ministerio de Hacienda, podrá autorizar la transacción, previo pronunciamiento favorable del Consejo de Ministros y oída la opinión del Contralor General de la República. (...)” (Destacados de la Sala).

Ahora bien, del análisis del fallo dictado por el juzgador de instancia en fecha 23 de octubre de 1998, pudo advertir este Supremo Tribunal que si bien el mismo invoca y transcribe los aludidos artículos 58 y 59, no hace mención a cuál de los Códigos Orgánicos Tributarios promulgados por nuestro legislador tributario se refiere, vale decir, si al primero de ellos, sancionado por el entonces Congreso de la República el 1° de julio de 1982 (*Gaceta Oficial* N° 2.992 Extraordinario del 03-08-82, vigente a partir del 1° de enero de 1983); a la reforma parcial del 04 de agosto de 1992 (*Gaceta Oficial* N° 4.466 Extraordinario del 11-09-92), o a la reforma realizada el 25 de mayo de 1994 (*Gaceta Oficial* N° 4.727 Extraordinario del 27-05-94), cuya vigencia se mantuvo hasta el 17 de octubre de 2001 (fecha en la cual se publicó en la *Gaceta Oficial* N° 37.305, el actualmente vigente); sin embargo, se observa que aun cuando los referidos artículos 58 y 59 mantuvieron idéntico contenido y redacción en los instrumentos reguladores de 1982 y de 1992, si se toma en cuenta que los ejercicios reparados por el Municipio corresponden a los años 1991 y 1992, resulta en principio, que el Código Orgánico Tributario al cual alude dicho juzgador en su decisión, y cuya presunta aplicación retroactiva debe resolver esta Sala, es el que data de 1982; razón por la cual, debe disentirse de lo dicho por la apelante acerca de la aplicación del Código de 1992. Así se establece.

Señalado lo anterior, observa esta alzada que el Tribunal de la causa consideró, con fundamento en los artículos 58 y 59 del Código Orgánico Tributario, en concordancia con artículo 1° del Código Civil, que la transacción suscrita entre las partes operaba respecto de la prestación del servicio de energía eléctrica, mas no así en cuanto al gravamen que se causa por el ejercicio de dicha actividad en la jurisdicción del Municipio Páez; ello aunado al hecho

conforme al cual no les está dado a los Municipios la posibilidad de crear sistemas impositivos especiales para determinados contribuyentes, pues ello supondría una violación de los principios de legalidad tributaria y de generalidad del tributo.

De tal pronunciamiento apeló la contribuyente, al estimar que el mismo violó el artículo 44 de la Carta Magna de 1961, ya que, para la fecha en que fueron pactadas por las partes las estipulaciones contractuales que dieron lugar a la presente controversia, no se encontraban aún vigentes el Código Orgánico Tributario (1982), la Ley Orgánica de Régimen Municipal (*Gaceta Oficial* N° 4.109 Extraordinario del 15 de junio de 1989), ni la Ordenanza sobre Patente de Industria, Comercio y Servicios Conexos sancionada por el Municipio el 05 de abril de 1991 (*Gaceta Municipal* N° Extraordinario del 25/04/91), siendo aplicables en consecuencia los artículos 7 y 46 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional (*Gaceta Oficial* N° 1.660 Extraordinario del 21 de junio de 1974), que permitían la transacción en materia tributaria.

Al respecto, este Alto Tribunal estima pertinente destacar que a tenor de lo previsto en el artículo 1° del Código Civil, “La ley es obligatoria desde su publicación en la *Gaceta Oficial* o desde la fecha posterior que ella misma indique”, vale decir, en caso de contener una “*vacatio legis*”; tal postulado en consecuencia, se encuentra indisolublemente vinculado por una parte, con la regla general de derecho intertemporal del “*tempus regit actum*”, según la cual, la ley que resulte vigente en un momento determinado habrá de regular los actos y relaciones jurídicas que se verifiquen bajo su imperio, y por otra, con el principio de la no retroactividad de las leyes, que en nuestro ordenamiento jurídico positivo ostenta rango constitucional y legal (artículo 44 de la derogada Constitución de 1961, actual artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y artículo 3 del Código Civil), toda vez que conforme al mismo las leyes no rigen las relaciones jurídicas verificadas en tiempos anteriores a su vigencia, ni afectan los derechos adquiridos antes de su entrada en vigor.

Así, se observa que tales previsiones han sido establecidas en respeto de los efectos jurídicos derivados de situaciones acaecidas bajo la vigencia de normas derogadas; motivo por el cual, no puede admitirse que a situaciones perfeccionadas bajo el imperio de una determinada normativa pretenda aplicarse una regulación posterior inexistente para la fecha de materialización de los hechos (salvo cuando dicha normativa resulte más favorable).

Ahora bien, del análisis del expediente pudo constatar este Supremo Tribunal que el contrato de concesión de energía eléctrica fue suscrito por las partes el día 28 de diciembre de 1963; de igual forma, la transacción celebrada entre dichas partes tiene fecha del 1° de junio de 1973 y su modificación mediante *modus vivendi* es del 11 de julio de 1977, resultando tales instrumentos ciertamente anteriores al Código Orgánico Tributario de 1982, vigente a partir del 1° de enero de 1983, a la Ley Orgánica de Régimen Municipal de 1989, así como a la Ordenanza sobre Patente de Industria, Comercio y Servicios Conexos del Municipio Páez del Estado Zulia de 1991; motivo éste por el cual, pudiera pensarse en principio, que la aplicación a la presente controversia de normas temporalmente posteriores a la fecha en que fueron suscritos los mencionados instrumentos contractuales constituye una transgresión de la aludida irretroactividad de la ley.

En tal sentido, observa esta Sala que en el caso de autos el problema planteado exige no sólo el examen de la aplicación de una norma posterior a situaciones jurídicas acaecidas antes de su entrada en vigencia, sino también el análisis del contenido de la nueva normativa con relación a los derechos que pudieran haberse adquirido bajo el imperio de una determinada ley; ello así, abstracción hecha de la legalidad o no de las estipulaciones contractuales pactadas entre el Municipio y la contribuyente inherentes a la potestad tributaria que ostenta dicho ente político-territorial para exigir los montos por concepto del citado tributo municipal sobre patente de industria y comercio, causados con ocasión a la actividad industrial ejercida por la contribuyente en su jurisdicción, debe esta alzada dilucidar lo relativo a los efectos que

se derivan de la promulgación y entrada en vigencia de las disposiciones normativas contenidas en los aludidos artículos 58 y 59 del Código Orgánico Tributario de 1982, en contraposición a tales estipulaciones contractuales.

En este orden de ideas, advierte este Alto Tribunal que una vez cesada la *vacatio legis* ordenada en el artículo 224 del mencionado Código Orgánico Tributario de 1982 (ciento ochenta (180) días después de su promulgación), éste entró en vigencia el 1° de enero de 1983, siendo aplicable como precepto normativo abstracto, general y de obligatorio cumplimiento, a todas aquellas situaciones y relaciones jurídicas verificadas a partir de dicha fecha, lo que en el caso de autos se traduce en la plena vigencia de los aludidos artículos 58 y 59, que expresamente negaban la posibilidad de celebrar transacciones judiciales y -en interpretación de esta Sala-, también extrajudiciales a tenor de lo previsto en el artículo 59, respecto de la interpretación de las normas jurídicas tributarias. De tal forma que, a partir de su entrada en vigencia se entendía no sólo negada tal posibilidad de transigir en estas materias de derecho, sino que las que hubieren sido celebradas de esta manera, dejaban de surtir efectos en el mundo jurídico, pues una vez prohibidas expresamente por el señalado texto legal, carecían de juricidad.

Lo anterior, no significa que las transacciones cumplidas con anterioridad a dicha fecha resultaran ilegales, pues a tenor de lo dispuesto en los artículos 7 y 46 de la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional, cabía en principio, la posibilidad, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos en dicha normativa, de transigir en causas fiscales; reconociendo de esta manera su legalidad y efectos verificados pero circunscribiéndolos sin embargo a su ámbito temporal.

Ahora bien, en cuanto a los presuntos derechos adquiridos por la contribuyente como límite de vigencia y aplicabilidad de las normas contenidas en el Código Orgánico Tributario de 1982, encuentra esta alzada que los mismos no podían materializarse en el caso de autos, pues es de suyo conocido que la obligación tributaria surge en cabeza del sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria una vez que ha acaecido la hipótesis legal condicionante o presupuesto de hecho establecido por el legislador para hacer surgir el tributo; resultando en consecuencia, que dicha contribuyente no podría hacer valer derechos adquiridos en virtud de las referidas estipulaciones contractuales pactadas por ésta y el Municipio antes de la entrada en vigencia de los artículos 58 y 59 del citado Código Orgánico Tributario de 1982, sobre obligaciones futuras aún no causadas, visto que los ejercicios fiscales reparados datan de los años 1991 y 1992. Por tales motivos, juzga este Supremo Tribunal que en el presente caso, la decisión dictada por el juzgador a quo lejos de constituir una aplicación retroactiva de la ley, obedeció a una simple aplicación de la ley en razón de su temporalidad. Así se declara.

3. *Impuestos Nacionales. Impuesto Sobre La Renta: Pérdidas en cambio*

TSJ-SPA (6420)

1-12-2005

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: MACK DE VENEZUELA, C.A. vs. la Dirección General Sectorial de Rentas del entonces Ministerio de Hacienda.

**El diferencial o la pérdida en cambio se deberá considerar disponible e imputable a los efectos de la determinación de la fuente impositiva gravable, desde el momento en que se cause la operación que origine el gasto, aun cuando no se haya adquirido efectivamente una moneda a un tipo de cambio mayor al existente para el momento en que se contrajo la deuda, y en este caso lo que se requiere es la conversión de una moneda nacional a una extranjera con el correspondiente ingreso al país.**

El representante judicial del Fisco Nacional denunció el vicio de falso supuesto, toda vez que el Juez de la causa no tomó en cuenta que la Administración Tributaria en la resolución impugnada procedió a ratificar en el rubro de "Pérdidas en Cambio" el reparo formulado, en virtud de que la contribuyente no presentó ningún documento o comprobante que evidenciara el pago total de las deudas que originaron los gastos por este concepto, requisito éste exigido por el Legislador para la procedencia de la deducción de dicho gasto en el impuesto sobre la renta.

Con respecto a la deuda contraída con C. ITOH & Co. L.T.D., señaló que tal deuda "no puede ser considerada como una pérdida realizada, por cuanto para tal calificación es necesario la realización efectiva de la conversión de una moneda a otra. Para que pueda calificarse efectivamente como una pérdida realizada procedente a los efectos de su admisibilidad como deducción para la determinación de la Renta Neta, es necesario que se realice la referida conversión monetaria".

En definitiva, afirmó que si bien es cierto que "*en el informe financiero contenido en el Estado de Ganancias y Pérdidas de la empresa se registró contablemente los gastos por pérdida cambiaria (...) también lo es, el hecho de que tales gastos no son siempre deducibles en su totalidad, por cuanto se requiere el cumplimiento de ciertas condiciones establecidas por el legislador en respectivas leyes fiscales para su procedencia. Es así como podemos señalar acertadamente que para que proceda la deducción fiscal de dicho gasto a los efectos del pago del impuesto sobre la renta, es necesario no sólo su causación contable sino su efectivo pago*". (Destacado del escrito de fundamentación del Fisco Nacional).

Con respecto a las deudas contraídas con las empresas Isuzu Motors Limited y Mack Truck Inc., acotó que la contribuyente no presentó los comprobantes y facturas originales que respaldaran las operaciones realizadas, ni los soportes correspondientes que demostraran la cancelación para que las pérdidas en cambio pudieran ser calificadas como realizadas.

Atendiendo a lo expuesto, esta Alzada advierte que la cuestión a dilucidar se limita a determinar si es o no deducible la cantidad del reparo correspondiente a la "pérdida en cambio" sufrida por la contribuyente, por las deudas contraídas con las empresas C. ITOH & Co. L.T.D., Isuzu Motors Limited y Mack Truck Inc., que como tal fue objetada por el Fisco Nacional, al considerar que la misma no constituía un egreso causado, por no reunir los requisitos contemplados en la Ley, concretamente por no constar el pago de tales deudas, para lo cual resulta oportuno hacer las siguientes consideraciones:

La pérdida en cambio obedece a un fenómeno económico que tiene lugar por una variación del tipo de cambio, es decir, por fluctuaciones en el valor de la moneda, como resultado de la actuación de la ley de la oferta y de la demanda sobre el tráfico internacional de las monedas. Este fenómeno puede presentar un beneficio o una pérdida para el deudor, según el caso, pero tal beneficio se considerará disponible a efectos fiscales (para su gravabilidad) en el momento en que efectivamente se ha hecho el pago y efectuado la liberación de la obligación a un tipo mayor que el existente para la fecha en que la deuda fue contraída.

Para ahondar más en el tema, resulta necesario delimitar los conceptos de devaluación y de revaluación de la moneda, cuestiones que según alegan las partes en juicio afectaron el movimiento económico de la contribuyente; en tal sentido se observa que así como las cosas tienen un valor, las monedas de los países (bolívares, pesos, dólares, reales, libras esterlinas, etc.) también tienen un valor determinado. El cambio de valor de una moneda, dependiendo de si éste aumenta o disminuye en comparación con otras monedas extranjeras, se denomina revaluación o devaluación respectivamente. La revaluación ocurre cuando una moneda de un país aumenta su valor en comparación con otras monedas extranjeras, mientras que la devaluación ocurre cuando la moneda de un país reduce su valor en comparación con otras monedas extranjeras, razón por la cual el concepto de devaluación es completamente opuesto al de

revaluación. La devaluación de una moneda puede tener muchas causas, y generalmente sucede porque no hay demanda de la moneda local o hay mayor demanda que oferta de la moneda extranjera.

En países que tienen un mercado de cambio controlado, la devaluación es una decisión que es tomada por el gobierno para enfrentar una situación económica determinada. Sin embargo, la moneda de un país cuyo tipo de cambio es totalmente libre se devalúa cuando en dicho mercado hay una demanda superior a la oferta de divisas extranjeras. Bajo este régimen cambiario, a la devaluación se le conoce como depreciación.

Para garantizar que los cambios de valor en las monedas no sean muy fuertes, los gobiernos de los países establecen políticas económicas que les permiten controlar el valor de la moneda local según como tengan proyectada la economía del país. Algunas de las políticas pueden involucrar sistemas como bandas cambiarias, emisiones de dinero, restricciones a la circulación de moneda extranjera, entre otros.

Ahora bien, sobre el particular debe resaltar la Sala lo que regula la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1986, vigente *rationae temporis* al presente asunto, en sus artículos 3, 39 numeral 23 y 46, normas las cuales disponen lo siguiente:

“*Artículo 3.* Los enriquecimientos provenientes de la cesión del uso o goce de bienes muebles o inmuebles, incluidos los derivados de regalías y demás participaciones análogas y los dividendos de acciones; los producidos por el trabajo bajo relación de dependencia o por el libre ejercicio de profesiones no comerciales, la enajenación de bienes inmuebles y las ganancias fortuitas, se considerarán disponibles en el momento en que son pagados. Los enriquecimientos que no estén comprendidos en la enumeración anterior se considerarán disponibles desde que se realizan las operaciones que los producen, salvo en las cesiones de crédito y operaciones de descuento, cuyo producto sea recuperable en varias anualidades, casos en los cuales se considerarán disponibles para el cesionario el beneficio que proporcionalmente corresponda a cada ejercicio.

En todos los casos a que se refiere este artículo, los abonos en cuenta se considerarán como pagos, salvo prueba en contrario”.

“*Artículo 39.* Para obtener el enriquecimiento neto, se harán a la renta bruta las deducciones que se expresan a continuación, las cuales, salvo disposición en contrario, deberán corresponder a egresos causados no imputables al costo, normales y necesarios, hechos en el país con el objeto de producir el enriquecimiento:

(...)

23. Todos los demás gastos causados o pagados, según el caso, normales y necesarios hechos en el país con el objeto de producir la renta. (...).”

“*Artículo 46.* Sin perjuicio de lo dispuesto en los ordinales 3, 11, 19, 20 y 22 del artículo 39, las deducciones autorizadas en este capítulo deberán corresponder a egresos causados durante el año gravable, cuando correspondan a ingresos disponibles para la oportunidad en que la operación se realice.

Cuando se trate de ingresos que se consideren disponibles en la oportunidad de su pago, conforme a lo dispuesto en el artículo 3° de esta Ley, las respectivas deducciones deberán corresponder a egresos efectivamente pagados en el año gravable, sin perjuicio de que se rebajen las partidas previstas y aplicables autorizadas en los ordinales 5 y 6 del artículo 39.

Parágrafo Único: **Los egresos causados y no pagados deducidos por el contribuyente, deberán ser declarados como ingresos del año siguiente si durante éste no se ha efectuado el pago y siempre que se trate de las deducciones previstas en los ordinales 1, 2, 7, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21 y 23 del artículo 39 de la presente Ley.** Las cantidades deducidas conforme a lo dispuesto en el ordinal 4° del artículo 3, no pagadas dentro del año siguiente a aquél en que el trabajador deje de prestar sus servicios al contribuyente por diso-

lución del vínculo laboral, se considerarán como ingresos del ejercicio en el cual cese dicho lapso anual. En los casos previstos en este párrafo la deducción correspondiente se aplicará al ejercicio en que efectivamente se realice el pago". (Destacados de la Sala).

De los artículos antes transcritos, se desprende que las pérdidas económicas producto de las fluctuaciones o variaciones del valor de cambio se encuentran contempladas como deducción del pago del impuesto sobre la renta en el numeral 23 del artículo 39 de la Ley de la materia, norma residual que prevé la posibilidad de deducir de la renta bruta anual, todos aquellos gastos normales y necesarios hechos en el país con el objeto de producir la renta, se encuentren éstos causados o pagados, según el caso.

De lo cual resulta lógico pensar que el diferencial o la pérdida en cambio se deberá considerar disponible e imputable a los efectos de la determinación de la fuente impositiva gravable, desde el momento en que se cause la operación que origine el gasto, aun cuando no se haya adquirido efectivamente una moneda a un tipo de cambio mayor al existente para el momento en que se contrajo la deuda, y en este caso lo que se requiere es la conversión de una moneda nacional a una extranjera con el correspondiente ingreso al país.

No obstante ello, el artículo 46 de la Ley de Impuesto sobre la Renta de 1986, advierte en su párrafo único que en caso de que los gastos causados se hubieren deducido antes de ser pagados, deberán ser declarados como ingresos del año siguiente, "*si durante éste no se ha efectuado el pago y siempre que se trate de las deducciones previstas en los ordinales 1, 2, 7, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 21 y 23 del artículo 39 de la presente Ley*".

Atendiendo a lo expuesto, resulta importante advertir que cuando las variaciones del tipo de cambio son producto de decisiones gubernamentales, concretamente de la devaluación de la moneda por un acto emanado del Ejecutivo Nacional, tal como ocurrió en el presente caso, en el que este último celebró con el Banco Central de Venezuela los Convenios N° 1 y 2, según los cuales se les fijó a las empresas que tuvieran una deuda externa privada la paridad del bolívar frente al dólar, estableciendo para el último convenio, el cambio de Bs. 4,30 a Bs. 7,50 por dólar; se impone la obligación de registrar los respectivos ajustes contables a fin de determinar el incremento o disminución del patrimonio al cierre del ejercicio, lo que determina si realmente se causó una pérdida con todas las consecuencias que dicha devaluación implica.

En otras palabras, desde el mismo momento en que se produjo la variación cambiaria negativa para la moneda nacional ante la moneda extranjera, se produce un gasto no previsto y, en consecuencia, una pérdida causada por dicha devaluación, lo que quiere decir que no se trata de simples ajustes contables, sino que se produjo un efecto económico que se registró en la contabilidad de la empresa, aun cuando no se hubiere efectuado el pago. Tanto es así, que el *supra* citado artículo 3 de la Ley de Impuesto sobre la Renta, establece que los "enriquecimientos que no estén comprendidos en la enumeración anterior se considerarán disponibles desde que se realizan las operaciones que los producen".

## VI. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

### 1. *El Procedimiento Administrativo*

#### A. *Notificación*

**TSJ-SPA (6207)**

**16-11-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Policlínica Metropolitana C.A. vs. Ministerio de la Producción y el Comercio.

**En el Procedimiento Administrativo a los fines de conocer con certeza que la notificación del acto administrativo de que se trate fue efectivamente practicada, el legislador estableció el domicilio como factor de conexión. Por lo tanto, se presume que un acto administrativo es conocido por el interesado cuando la notificación es recibida en su domicilio (Art. 75 Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos).**

...Alegan los apoderados judiciales de la sociedad mercantil recurrente que la notificación del acto administrativo contenido en la decisión de fecha 19 de noviembre de 2001, emanada del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU) está viciada de nulidad por cuanto se efectuó en la sede de la sociedad mercantil Policlínica Metropolitana, C.A., dirigida en atención al ciudadano Carlos Urbina F., a pesar de que en el escrito del recurso jerárquico, habían solicitado que las notificaciones a realizarse durante el procedimiento administrativo se efectuaran en las oficinas de sus apoderados.

Por tal razón, denuncian que el acto administrativo contenido en la Resolución N° DM/N° 086 de fecha 29 de abril de 2003, dictada por el ciudadano Ramón Rosales Linares, en su condición de Ministro de la Producción y el Comercio, parte de un falso supuesto de hecho al considerar que la notificación practicada a su representada de manera defectuosa resultó convalidada, motivado a que logró que la sociedad mercantil sancionada tuviera conocimiento del acto administrativo dictado, toda vez que ésta procedió al ejercicio del recurso jerárquico.

En este sentido, arguyen que la mencionada convalidación no se produjo en el caso de autos, dado que el recurso jerárquico no fue interpuesto en el lapso legal correspondiente motivo por el cual no puede argumentarse que la notificación “irregular y defectuosa” logró el fin perseguido.

En igual orden de ideas, los apoderados actores denuncian que el acto administrativo impugnado se encuentra viciado de falso supuesto de derecho, debido a que la Administración se abstuvo de aplicar el efecto jurídico que la Ley y la jurisprudencia han atribuido a las notificaciones defectuosas de los actos administrativos.

Al respecto la Sala observa:

El artículo 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos establece lo siguiente:

*“Artículo 75. La notificación se entregará en el domicilio o residencia del interesado o de su apoderado y se exigirá recibo firmado en el cual se dejará constancia de la fecha en que se realiza el acto y del contenido de la notificación, así como del nombre y cédula de identidad de la persona que la reciba”.* (Negrillas de la Sala).

De la norma antes transcrita, se desprende de manera clara que el legislador estableció el domicilio (como factor de conexión) a los fines de conocer con certeza que la notificación del acto administrativo de que se trate fue efectivamente practicada. Por lo tanto, se presume que un acto administrativo es conocido por el interesado cuando la notificación es recibida en su domicilio.

Así, en el caso de autos se observa que consta a los folios 115 y 116 del expediente administrativo, la notificación del acto administrativo emanado del Consejo Directivo del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), dirigida a: *Servicios Médicos Metropolitanos. Urbanización Caurimare, Calle A-1, Edif. Policlínica Metropolitana, C.A.* En atención al Ciudadano: *Carlos Urbina F.*

A los efectos de determinar si la sede de la sociedad mercantil Policlínica Metropolitana, C.A., ubicada en la dirección antes indicada, en la cual fue entregada la referida notificación, constituye o no el domicilio de la mencionada empresa, resulta necesario señalar lo dispuesto en el artículo 203 del Código de Comercio, el cual es del tenor siguiente:

*“Artículo 203. El domicilio de la compañía está en el lugar que determina el contrato constitutivo de la sociedad; y a falta de esta designación, en el lugar de su establecimiento principal.”*

El referido artículo establece que a falta de indicación o designación expresa y específica del lugar de domicilio de una compañía anónima en su contrato constitutivo, éste (su domicilio) se encontrará en el lugar de su establecimiento principal.

En orden a lo anterior, se observa que cursa a los folios 40 al 42 del expediente administrativo, copia simple del acta constitutiva y estatutos de la sociedad mercantil Policlínica Metropolitana, C.A., en la cual no se indica o designa en forma expresa el lugar de su domicilio, limitándose a señalar que dicha empresa *“tendrá su domicilio en el Área Metropolitana de Caracas”*.

De forma tal que, con el objeto de conocer con certeza el lugar en el que deben entregarse las notificaciones a la empresa Policlínica Metropolitana, C.A., conforme a lo establecido en el artículo 75 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, deberá atenderse a lo dispuesto en el mencionado artículo 203 del Código de Comercio, el cual establece que en los casos en los que no se haya indicado o designado en forma expresa el lugar del domicilio de una sociedad mercantil, se tendrá como éste el lugar de su establecimiento principal.

Así, se aprecia que la mencionada notificación se practicó en fecha 02 de enero de 2002, con acuse de recibo en sello húmedo, en la sede de la sociedad mercantil Policlínica Metropolitana, C.A., ubicada en la *Urbanización Caurimare, Calle A-1, Edif. Policlínica Metropolitana, C. A.*, la cual a juicio de esta Sala, constituye el establecimiento principal de la empresa sancionada, toda vez que allí se lleva a cabo la actividad que comporta su objeto o razón social, cual es la prestación de servicios de hospitalización, quirófanos y otros servicios especializados en clínicas médicas, aunado a que en la referida sede, también se encuentra la administración de dicha empresa.

En sintonía con lo expuesto, resulta claro que la sociedad mercantil recurrente tuvo conocimiento en fecha 02 de enero de 2002 del acto administrativo sancionatorio dictado en su contra.

B. *Medidas cautelares (Medidas anticipadas)*

TSJ-SC (4223)

9-12-2005

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación del artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas.

**La medida a que se refiere el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas ha de entenderse como una medida de colaboración administrativa, que ejecuta la autoridad aduanera, en acatamiento de la orden del órgano judicial competente que la acuerde, de carácter anticipada y dependiente del proceso posterior que ha de iniciarse perentoriamente, bajo pena de que decaiga tal medida, proceso posterior que será, bien la acción por infracción respecto de derechos de propiedad industrial, bien la acción por violación al derecho de explotación de una obra a que se refiere la Ley sobre el Derecho de Autor y en el cual, una vez se dilucide el conflicto in-**

**tersubjetivo relativo a la violación a derechos de propiedad intelectual, se concluirá con el levantamiento de la prohibición de desaduanamiento de la mercancía retenida o bien con la reexportación de la misma.**

1. En el caso de autos se planteó demanda de nulidad, por razones de inconstitucionalidad, contra el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas, ante la supuesta violación a los derechos fundamentales de propiedad, garantía de no confiscatoriedad, igualdad y debido proceso, que preceptuaba la Constitución de 1961 en sus artículos 99, 102, 61 y 68, respectivamente, y que actualmente también recogió la Constitución de 1999, en sus artículos 115, 116, 21 y 49, respectivamente.

El texto de la norma que se impugnó es el siguiente:

“*Artículo 87:* Las autoridades aduaneras deberán a solicitud del órgano competente en materia de propiedad intelectual, impedir el “desaduanamiento” de bienes que presuntamente violen derechos de propiedad intelectual obtenidos en el país o derivados de acuerdos internacionales de los que la República sea parte.

El órgano competente en materia de propiedad intelectual podrá solicitar a la autoridad aduanera, mediante acto motivado, el “desaduanamiento” de la mercancía en cualquier momento, previa presentación de garantía suficiente para proteger al titular del derecho en cualquier caso de infracción, la cual deberá ser fijada por el órgano competente.

Las autoridades aduaneras notificarán al propietario, importador o consignatario de la mercancía cuestionada, la retención de la misma”.....

....Al respecto, la Sala observa:

De los términos de la redacción de la norma que se impugnó se desprende que la misma regula una medida de carácter administrativo que consiste en la orden de prohibición de “desaduanamiento” de mercancías que ingresen al país, si así lo solicita “el órgano con competencia en materia de propiedad intelectual”, cuando tal mercancía supuestamente viole derechos de propiedad intelectual y que, en caso de que también la misma autoridad lo solicite, se podrá levantar esa prohibición de “desaduanamiento”, previa constitución de garantía suficiente por parte del importador o propietario de los bienes.

Se trata, así, de una medida de colaboración, pues lo que se busca es que la autoridad aduanera colabore con “el órgano competente en materia de propiedad intelectual” para que se evite el ingreso, al territorio nacional, de mercancías que puedan lesionar derechos de propiedad intelectual de terceros, colaboración que se logra a través de la prohibición de “desaduanamiento”, esto es, a través de la suspensión de nacionalización de dichas mercancías importadas.

Asimismo, la naturaleza jurídica de esta medida administrativa es la de una medida de gravamen, pues limita -ha de analizarse si legalmente o no- ciertos derechos fundamentales de los particulares, especialmente el derecho de propiedad, en tanto se prohíbe interinamente el “desaduanamiento” de mercancías y, en consecuencia, la libre disposición de los bienes que su nacionalización comporta.

3. Ahora bien, aparte de los tres aspectos señalados, esto es, que se trata de una medida administrativa -pues la acuerda la autoridad aduanera-, de colaboración y de gravamen, ningún otro aspecto determinante de la naturaleza jurídica de la medida de prohibición de desaduanamiento se desprende del texto del precepto que se impugnó. Así, se trata de una norma jurídica sumamente elástica y si se quiere abstracta, característica propia de las normas que regulan, en el ámbito nacional, comunitario andino e internacional, la protección a derechos de propiedad intelectual.

En efecto, la lectura aislada del artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas no resuelve *a priori* tres dudas concretas de fundamental importancia para la resolución de ese debate de constitucionalidad: (i) si se trata de una medida administrativa preventiva o si tiene carácter definitivo; (ii) si se trata de una medida administrativa autónoma o si, por el contrario, la misma se inserta en un procedimiento administrativo o en un proceso judicial principal en el que tal medida sea acordada; y (iii) no determina tampoco quién es ese “órgano competente en materia de propiedad intelectual” que solicita la medida de prohibición de desaduanamiento, de modo que podría tratarse de una autoridad administrativa o de un juez con competencia en esa materia. De allí que es la interpretación de esta Sala, en tanto juez constitucional, la que ha de determinar bajo cuál de esas ópticas ha de entenderse la norma que se impugnó para que la misma se ajuste al Texto Constitucional.

4. La principal denuncia de inconstitucionalidad que se alegó en este caso es la supuesta violación al derecho a la defensa y al debido proceso, porque la norma que se impugnó dispone, según la parte demandante, una medida de gravamen que se acuerda sin audiencia previa de la parte que se vea afectada por la misma, sin que esté sujeta a un procedimiento posterior y, además, porque es una medida temporalmente ilimitada. De la procedencia de esa denuncia de violación al derecho al debido proceso derivaría, entonces y como consecuencia, la violación al derecho fundamental de propiedad, al derecho de no confiscatoriedad y a los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la actuación administrativa.

4.1 En relación con esta primera denuncia de violación al derecho a la defensa y al debido proceso, la Sala observa:

La medida de prohibición de “desaduanamiento” que establece el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas puede plantearse desde dos perspectivas: (i) o bien constituye una medida administrativa preventiva, mientras se determina si la mercancía que se importó es o no contraria a derechos de propiedad intelectual; o (ii) se trata de una medida de carácter definitivo y de naturaleza sancionatoria ante la violación a derechos de tal naturaleza.

Ya esta Sala dispuso, en su sentencia de 9 de agosto de 2000, mediante la cual se decidió la solicitud de amparo cautelar que se requirió en el caso de autos, que la norma que se impugnó lo que preceptúa es una medida preventiva y no definitiva ni de contenido sancionador. Y es que, en efecto, de su análisis detenido se concluye que se trata de una medida cautelar, pues no tiene como finalidad la imposición de una sanción al particular ni la represión de un ilícito administrativo, sino, por el contrario, busca evitar posibles daños irreparables a terceros y a la colectividad, en materia de propiedad intelectual, cuando los bienes que ingresen en la aduana supuestamente violen derechos de esa naturaleza.

En este sentido, se observa que, en materia procedimental, la norma jurídica puede establecer la existencia de ciertas “medidas autónomas” o “autosatisfactivas”, que son aquellas que, de manera breve, urgente y a través de un procedimiento de cognición o contradictorio limitado, acuerdan una determinada pretensión para evitar un daño irreparable o de difícil reparación a una de las partes. Más que medidas cautelares, se ha entendido que se trata de verdaderos procesos, aunque breves, sumarios y urgentes, pues no cumplen con los requisitos de dependencia e instrumentalidad propios de toda medida cautelar.

Distinto es el caso de las medidas cautelares anticipadas, que son aquéllas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible la espera hasta el comienzo del procedimiento, sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción (*Vid. Calamandrei, Piero, Providencias Cautelares*, Buenos Aires, 1984, pp. 53 y ss.). No obstante, siguen siendo accesorias e instrumentales en relación con ese procedimiento que ha de iniciarse con posterioridad, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese procedimiento

principal. Además, la ausencia del inicio oportuno de dicho procedimiento o de la posterior ratificación de la medida en el curso del mismo, según disponga el ordenamiento jurídico de que se trate, implicará el decaimiento de la medida, pues, se insiste, debe ser aneja y dependiente del mismo, aunque se acuerde de manera adelantada. En el ámbito del procedimiento administrativo son éstas, las medidas anticipadas, las que pueden ser expedidas, de lo que se concluye que no hay medidas plenamente autónomas en vía administrativa, menos aún si son de gravamen, pues se trataría de una limitación indefinida en el tiempo, lo cual la haría inconstitucional.

En aplicación de tales consideraciones al caso de autos, y sobre la base de la afirmación de que no es una medida definitiva sino preventiva, se observa que la constitucionalidad de la medida que admite el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas derivará, fundamentalmente, de que no se trate de una medida preventiva de carácter autónomo, sino que, por el contrario, se enmarque (i) dentro de un procedimiento en el que se otorgue oportunidad de defensa a las partes que estén involucradas y en el que la autoridad competente determine, con carácter definitivo, la existencia o no de violación a derechos de propiedad intelectual; o bien (ii) se trate de una medida cautelar anticipada respecto de un procedimiento administrativo o bien respecto de un proceso judicial que se sustancie con posterioridad, en un tiempo determinado y razonable, con la misma finalidad que antes se expuso; procedimiento administrativo o proceso judicial según que ese “órgano competente en materia de propiedad intelectual” a que se refiere la norma que se impugnó sea una autoridad administrativa o bien un juez. En todo caso, de la existencia de ese debate formalizado y posterior a la medida dependerá, se insiste, que la norma cuya nulidad se demandó viole o no el derecho al debido proceso y, en consecuencia, el derecho de propiedad y a la no confiscatoriedad, pues, en caso de tratarse de una medida “preventiva” autónoma, se produciría, además de una clara indefensión, un gravamen que, desproporcionada e irrazonablemente, limitaría el uso, goce y disfrute del importador o propietario respecto de la mercancía que fuere retenida.

5. Ahora bien, tal análisis lleva a la Sala a señalar que ha de partirse de la premisa de que la competencia para la determinación de infracciones de propiedad intelectual corresponde por principio general, en el ordenamiento jurídico venezolano, a los órganos del Poder Judicial, en concreto, a los jueces con competencia en lo Civil. Así, las dos grandes especies en las que la doctrina suele distinguir el género de los derechos de propiedad intelectual - entendidos como los derechos de las personas sobre las creaciones de su mente- son: de una parte, el derecho de autor y sus derechos con él relacionados (derechos conexos) y de otra, la propiedad industrial, que se caracteriza por proteger los signos distintivos (marcas, lemas y denominaciones comerciales), así como las innovaciones e invenciones, sean de producto o de procedimiento. La resolución de los conflictos intersubjetivos entre particulares que se originen en infracciones a unos y otros derechos de propiedad intelectual, corresponde al órgano judicial; no podría ser de otra manera, por cuanto se trata de debates cuyo objeto se refiere a titularidad de derechos de propiedad, los cuales corresponden al juez y no a la Administración.

En el caso de infracciones marcarias y lesiones a derechos amparados por las normas de propiedad industrial, son los órganos del Poder Judicial los que conocen y deciden la llamada “acción por infracción” que regula el Derecho Comunitario Andino, en especial en la Decisión 486 que dictó la Comisión de la Comunidad Andina el 14 de septiembre de 2000, mediante la cual se aprobó el Régimen Común de Propiedad Industrial para los países signatarios del Acuerdo de Cartagena de 1969, que sustituyó a la Decisión 344 de la Comisión de ese Acuerdo de Cartagena de 21 octubre de 1993 y a cuya aplicabilidad directa al Derecho Interno da total cobertura el artículo 153 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (*Cfr.*, al respecto, s.S.C. N° 2167 de 14.09.04, caso: *Cámara de Laboratorios Venezolanos y otros.*)

Así, la norma comunitaria, por principio general, se refiere genéricamente a la “autoridad nacional competente”, lo que implica que no otorga competencia a los órganos administrativos o jurisdiccionales de los Estados miembros, lo cual se deja a la determinación del Derecho interno, según sus especificidades; no obstante, ya la Sala de Casación Civil, mediante sentencia no. 1153 de 30 de septiembre de 2004, analizó la naturaleza jurídica y alcance de estas medidas anticipadas que contiene la Decisión 486 y, asimismo, analizó cuál es la “autoridad nacional competente” en el Derecho interno venezolano para la tramitación de la acción por infracción y para la tramitación de las medidas cautelares que le son ajenas, y concluyó que ello corresponde al juez nacional. En esa oportunidad, dicha Sala señaló:

“Dispone el artículo 248 *eiusdem* [de la Decisión 486] que en caso de que las medidas se ejecuten sin la intervención de la parte a quien van dirigidas, a ésta le deberá ser notificada de manera inmediata, a fin de que pueda ‘...recurrir ante la autoridad nacional competente para que revise la medida ejecutada...’. Asimismo, el beneficiario de las medidas deberá iniciar la acción por infracción de derechos dentro de los diez días siguientes contados desde la ejecución de la providencia, bajo pena de que queden sin efecto de pleno derecho, salvo norma interna en contrario.

Como puede observarse, en el ámbito de la propiedad industrial este tipo de diligencia anticipada de naturaleza precautelativa, si bien garantiza la protección de los derechos a quien ostenta su legítima titularidad, la sujeta al cumplimiento de rigurosos extremos para su procedencia, desde luego que exige del peticionario de las medidas que ‘...acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia...’, al tiempo que establece una cortapisa o limitación de su vigencia, al requerir la interposición de la acción por infracción de derechos dentro de los diez días siguientes contados desde la ejecución de la providencia, bajo pena de que las mismas queden sin efecto, de pleno derecho.

No obstante, el legislador comunitario dejó a cargo de la legislación interna de cada país la regulación de todos los asuntos sobre propiedad industrial no comprendidos en la Decisión 486 (artículo 276) y ello abarca, como es evidente, tanto lo relativo al juez competente para tramitar y resolver sobre la ejecución, notificación y revisión de las medidas de esta especie, así como el procedimiento que ha de seguirse a tal fin, puesto que sobre tales aspectos nada dispuso el referido ordenamiento jurídico andino.

Al respecto, es preciso observar que el artículo 273 en su segundo párrafo establece que por Autoridad Nacional Competente debe entenderse ‘...al órgano designado al efecto por la legislación nacional sobre la materia...’.

Sin embargo, como en nuestro sistema jurídico tales asuntos no se encuentran regulados por normativa alguna, pues la Ley de Propiedad Industrial de 1956 nada establece sobre el particular, es necesario acudir a los métodos de integración del Derecho para subsanar el vacío legislativo existente en la materia, en concreto, al procedimiento analógico, el cual obliga al intérprete a tomar en consideración los supuestos semejantes a la materia tratada que ya estén normados por ley, a fin de ensanchar el supuesto de la norma y aplicarla al caso no regulado expresamente” (Destacado añadido).

Por su parte, el análisis de la legislación interna en materia de propiedad industrial refuerza la postura de que las autoridades administrativas no tienen competencia para el conocimiento y solución de infracciones marcarias y violaciones a derechos de propiedad industrial.

Así, la Ley de Propiedad Industrial vigente, que se publicó en la *Gaceta Oficial* N° 25.227, de 10 de diciembre de 1956, no otorga competencia alguna a las autoridades administrativas para la resolución de conflictos relativos a infracciones marcarias, así como tampoco ordena un procedimiento especial que la autoridad administrativa haya de seguir para la determinación de si, efectivamente, hubo violación a derechos de propiedad industrial por parte de las mercancías que sean importadas y que estén sometidas a prohibición de “desaduanamiento” ni, en general, establece la posibilidad de que dicte medidas cautelares ni procedimiento alguno en caso de que existan infracciones administrativas contrarias a derechos de propiedad industrial. Las únicas normas procedimentales que contiene dicha ley son las

que tienen por finalidad la obtención de patente de invención, el registro de marcas o bien la cesión de una patente o marca o el cambio de nombre respectivo; en definitiva, se trata de procedimientos que serán iniciados a solicitud de parte y que están dirigidos a la obtención o modificación de derechos de propiedad industrial, no así a la determinación ni sanción de infracciones administrativas en contra de los mismos.

De manera que, de conformidad con dicha Ley, los órganos administrativos de propiedad industrial lo que tienen es competencia en materia de registro de marcas y patentes, no así competencia para la determinación de infracciones contra derechos de propiedad industrial ni la resolución de conflictos intersubjetivos cuya causa sean tales infracciones.

Por su parte, la Ley sobre el Derecho de Autor (*Gaceta Oficial* N° 4.638, de 1° de octubre de 1993) es clara cuando otorga a los órganos del Poder Judicial, y no a la Administración Pública, la competencia para que dilucide los conflictos que surgieren en razón del ejercicio y goce de los derechos de autor y, en general, para la protección de los titulares de tales derechos “*que tuvieren razón para temer el desconocimiento de sus derechos o que se continúe o reincida en una violación ya realizada*”. Así, los artículos 109 y 110 de dicha Ley disponen:

“*Artículo 109:* El titular de cualquiera de los derechos de explotación previstos en esta Ley, que tuvieren razón para temer el desconocimiento de sus derechos o que se continúe o se reincida en una violación ya realizada, podrá pedir al Juez que declare su derecho y prohíba a la otra persona su violación, sin perjuicio de la acción por resarcimiento de daños morales y materiales que pueda intentar contra el infractor.

(...).

*Artículo 110:* El titular de uno de los derechos de explotación previstos en esta Ley y que resulte lesionado en su ejercicio, podrá pedir al Juez que ordene la destrucción o retiro de los ejemplares o copias ilícitamente reproducidos y de los aparatos utilizados para la reproducción, siempre que éstos últimos, por su naturaleza, no puedan ser utilizados para una reproducción o comunicación diferente. Queda a salvo, en su caso, la acción por la indemnización de los daños y perjuicios causados al titular de uno de los derechos de explotación indicados”.

Por su parte, los artículos 130 y siguientes de la Ley sobre el Derecho de Autor establecen las competencias de la Dirección Nacional del Derecho de Autor conforme a los textos que siguen:

“*Artículo 130:* Para ejercer las funciones de registro, vigilancia e inspección, en el ámbito administrativo y las demás contempladas en esta Ley, se crea la Dirección Nacional del Derecho de Autor, adscrita al Ministerio que la Ley Orgánica de la Administración Central le establezca competencia en la materia. Esta Dirección tendrá las atribuciones siguientes:

- 1° Cumplir y hacer cumplir las disposiciones de esta Ley y sus Reglamentos.
- 2° Llevar el Registro de la Producción Intelectual, en los términos previstos en el Título V de esta Ley.
- 3° Decidir sobre los requisitos que deben llevar la inscripción y el depósito de las obras, productos y producciones, salvo en aquellos casos resueltos expresamente por el Reglamento.
- 4° Autorizar el funcionamiento de las entidades de gestión de derechos patrimoniales, conforme lo disponga el Reglamento y ejercer su fiscalización.
- 5° Supervisar a las personas naturales o jurídicas que utilicen las obras, productos y producciones protegidas, en cuanto den lugar al goce y ejercicio de los derechos establecidos en esta Ley.

6° Servir de árbitro, cuando lo soliciten los interesados, en los conflictos que se susciten entre titulares de derechos; entre las entidades de gestión colectiva; entre éstas y sus miembros; y entre las entidades de gestión o titulares de derecho y los usuarios de las obras, productos o producciones protegidos en esta Ley.

7° Aplicar las sanciones previstas en este Título.

8° Llevar el Centro de Información relativo a las obras, productos y producciones, nacionales y extranjeras, que se utilicen en el territorio de la República.

9° Las demás que le señalen esta Ley y su Reglamento.

*Artículo 132:* La Dirección Nacional del Derecho de Autor podrá imponer sanciones a las entidades de gestión colectiva que infrinjan sus propios estatutos o reglamentos, o que incurran en hechos que afecten los intereses de sus representados, sin perjuicio de las sanciones penales o de las acciones civiles que correspondan.

*Artículo 134:* Las infracciones a esta Ley o a su Reglamento que no constituyan delito, serán sancionadas por la Dirección Nacional del Derecho de Autor, previa audiencia del infractor, con multa calculada de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo precedente. A tal efecto, se notificará al presunto responsable, emplazándolo para que dentro de un plazo de quince (15) días ofrezca las pruebas para su defensa. En caso de reincidencia, que se considerará como tal la repetición de un acto de la misma naturaleza en un lapso de un año, se podrá imponer el doble de la multa”.

Tales competencias administrativas relativas a la propiedad industrial y a los derechos de autor corresponden, en la actualidad, al Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual (SAPI), órgano sin personalidad jurídica, jerárquicamente dependiente del Ministerio de Producción y Comercio, que se creó mediante Decreto Presidencial N° 1.768, de 25 de marzo de 1997, publicado en *Gaceta Oficial* N° 36.192, de 24 de abril del mismo año, y que comprende, según el artículo 1 de dicho Decreto, el Registro de la Propiedad Industrial y la Dirección Nacional de Derecho de Autor, en ejercicio de las respectivas competencias que antes se señalaron.

En consecuencia, en el ordenamiento venezolano la competencia respecto de la solución de conflictos que se funden en infracciones a la propiedad intelectual corresponde, por antonomasia, a los órganos del Poder Judicial y no a las autoridades administrativas, a las que, en principio, corresponden las competencias de registro y supervisión en los términos en que lo establezcan las respectivas leyes.

6. Con fundamento en los anteriores señalamientos, considera la Sala que la constitucionalidad de la norma que se impugnó -artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas- depende de la consideración de que ese “órgano competente en materia de propiedad intelectual” sea un juez nacional con competencia para la resolución de los procesos cuyo debate se refiera a conflictos de propiedad intelectual.

*Por tanto, la medida a la que se refiere el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas ha de entenderse como una medida de colaboración administrativa, que ejecuta la autoridad aduanera, en acatamiento de la orden del órgano judicial competente que la acuerde, de carácter anticipada y dependiente del proceso posterior que ha de iniciarse perentoriamente, bajo pena de que decaiga tal medida, proceso posterior que será, bien la acción por infracción respecto de derechos de propiedad industrial, bien la acción por violación al derecho de explotación de una obra a que se refiere la Ley sobre el Derecho de Autor y en el cual, una vez se dilucide el conflicto intersubjetivo relativo a la violación a derechos de propiedad intelectual, se concluirá con el levantamiento de la prohibición de desaduanamiento de la mercancía retenida o bien con la reexportación de la misma.*

6.1 La procedencia de dichas medidas anticipadas encuentra perfecta cabida dentro de nuestro marco jurídico de protección de derechos de propiedad intelectual. Así, la legislación Comunitaria Andina que rige la materia de propiedad industrial, si bien no dispone un proce-

dimiento especial, pues deja su concreción a la legislación interna, contiene ciertos preceptos generales de carácter vinculante para los Estados miembros que sí exigen la tramitación de un procedimiento judicial conocido como “acción por infracción”.

En concreto, la Decisión 486 que antes se citó, preceptúa en su artículo 238 que: “*El titular de un derecho protegido en virtud de esta Decisión podrá entablar acción ante la autoridad nacional competente contra cualquier persona que infrinja su derecho. También podrá actuar contra quien ejecute actos que manifiesten la inminencia de una infracción. Si la legislación interna del País Miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá iniciar de oficio, las acciones por infracción previstas en dicha legislación...*”.

De tal norma se desprende que la legislación comunitaria reconoció la facultad de los titulares de derechos de propiedad industrial para que actúen, en sede administrativa o judicial, según sea la regulación que en este sentido acoja la legislación interna de los Estados miembros, frente a las supuestas infracciones de tales derechos, a través de la que se denomina “acción por infracción”. En el marco de este derecho de acción, la Decisión 486 regula la posibilidad de que se soliciten medidas cautelares de la siguiente manera:

“*Artículo 245: Quien inicie o vaya a iniciar una acción por infracción podrá pedir a la autoridad nacional competente que ordene medidas cautelares inmediatas con el objeto de impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios.*”

Las medidas cautelares podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio.

*Artículo 246:* Podrán ordenarse, entre otras, las siguientes medidas cautelares:

- a) el cese inmediato de los actos que constituyan la presunta infracción;
- b) el retiro de los circuitos comerciales de los productos resultantes de la presunta infracción, incluyendo los envases, embalajes, etiquetas, material impreso o de publicidad u otros materiales, así como los materiales y medios que sirvieran predominantemente para cometer la infracción;
- c) la suspensión de la importación o de la exportación de los productos, materiales o medios referidos en el literal anterior;
- d) la constitución por el presunto infractor de una garantía suficiente; y,
- e) el cierre temporal del establecimiento del demandado o denunciado cuando fuese necesario para evitar la continuación o repetición de la presunta infracción.

Si la norma nacional del País Miembro lo permite, la autoridad nacional competente podrá ordenar de oficio, la aplicación de medidas cautelares”.

En efecto, de conformidad con los artículos que se transcribieron, entre los medios que se reconocen para la protección de derechos de propiedad industrial, se incluyen las medidas cautelares o preventivas con el fin de que se evite la consumación de daños y se logre el aseguramiento de la eficacia de la acción *-lato sensu-* respectiva. En este sentido, dentro de tales medidas se encuentra, precisamente, la suspensión de importaciones de productos y mercancías supuestamente violatorias, medidas que, además, pueden acordarse, de oficio, por la autoridad competente.

Asimismo, las normas de la Decisión 486 regulan los requisitos mínimos de procedencia de dichas medidas de suspensión de importaciones, y proscriben su procedencia de manera autónoma, las cuales deberán acompañarse siempre de la posterior acción por infracción, en el lapso que allí está establecido, bajo pena de decaimiento de la medida:

“*Artículo 248: Cuando se hubiera ejecutado una medida cautelar sin intervención de la otra parte, ella se notificará a la parte afectada inmediatamente después de la ejecución.* La parte afectada podrá recurrir ante la autoridad nacional competente para que revise la medida ejecutada.

Salvo norma interna en contrario, **toda medida cautelar ejecutada sin intervención de la otra parte quedará sin efecto de pleno derecho si la acción de infracción no se iniciara dentro de los diez días siguientes contados desde la ejecución de la medida**” (Destacado añadido).

De allí que una medida de prohibición de “desaduanamiento” es compatible y además consigue sustento en la normativa comunitaria andina que rige la materia de propiedad industrial y que, como se explicó *supra*, es parte integrante del derecho interno venezolano, de conformidad con el artículo 153 de la Constitución de 1999, que impone, además, la aplicación directa y preferente de esa normativa frente a la legislación nacional. (Cfr., al respecto, s.S.C. N° 2167 de 14-09-04, caso: *Cámara de Laboratorios Venezolanos y otros.*)

6.2 De la misma manera, la Ley sobre el Derecho de Autor preceptúa, en sus artículos 111 y 112, la posibilidad de que el juez declare medidas preventivas a favor de la protección del derecho de autor, medidas que pueden, incluso, ser anticipadas:

**“Artículo 111:** A los efectos del ejercicio de las acciones previstas en los artículos precedentes, el Juez podrá ordenar inspecciones judiciales y experticias, así como cualquier otro medio de prueba previsto en el Código de Procedimiento Civil.

El Juez podrá decretar el secuestro de todo lo que constituya violación del derecho de explotación.

El Juez podrá ordenar también el embargo de los proventos que correspondan al titular del derecho de explotación litigioso.

Las medidas de secuestro y embargo sólo se decretarán si se acompaña un medio probatorio que constituya presunción grave del derecho que se reclama, o si dicha presunción surge en la práctica de alguna de las pruebas indicadas en el encabezamiento de este artículo”.

**Artículo 112:** Si hubiere litigio entre las partes, las pruebas y medidas previstas en el artículo precedente serán decretadas por el Juez de la causa. Pero si la urgencia lo exigiere, podrán ser decretadas por el Juez Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutarse, cualquiera que sea la cuantía. En tal caso, la parte contra quien obre podrá reclamar de la misma ante el Juez de la causa, sin que ello obste a la práctica de la prueba o la ejecución de la medida.

**Si no hubiere litigio entre las partes, dichas pruebas y medidas serán decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutárselas si su urgencia lo exigiere, sin que el propietario, poseedor, responsable, administrador u ocupante del lugar donde deban efectuarse pueda oponerse a su práctica o ejecución. El mismo Juez levantará las medidas a solicitud de la parte contra quien obren, al vencimiento de treinta (30) días continuos, desde su ejecución, si no le hubiese comprobado la iniciación del juicio principal.**

Las pruebas y medidas serán practicadas por el Juez que las decretare, por su comisionado o por la autoridad policial a quien el Juez requiera para ello, con la intervención, si fuere necesario de uno o más peritos designados en el decreto respectivo o por decreto del Juez comisionado”. (Destacado de la Sala).

En consecuencia, la medida que establece el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas se encuadra dentro del conjunto de medidas cautelares -específicamente medidas anticipadas- que recoge el marco legal de protección judicial derechos de propiedad intelectual, dependiente, según se dijo ya, bien de la acción por infracción respecto de derechos de propiedad industrial, bien de la acción por violación al derecho de explotación de una obra a que se refiere la Ley sobre el Derecho de Autor. De allí que a esa medida de la Ley Orgánica de Aduanas han de aplicársele los mismos principios y preceptos que al resto de las medidas que están reguladas en las normativas de propiedad intelectual, específicamente las normas comprendidas en los artículos 111 y 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor y los artículos 245 y siguientes de la Decisión 486, que anteriormente se transcribieron y analizaron; fundamentalmente, el principio relativo al decaimiento de la medida si la acción judicial no se propone oportunamente, según los lapsos que establecen una y otra ley.

7. Ahora bien, aspecto fundamental que ha de dejarse en claro es cuál es el juez con competencia para que acuerde esa medida de prohibición de desaduanamiento y solicite a la autoridad aduanera que la ejecute. En ausencia de disposición expresa de la Ley Orgánica de Aduanas, considera la Sala que resultan aplicables las normas generales que rigen la protección a derechos de propiedad intelectual.

Así, se trata de un aspecto que ya fue objeto de consideración y decisión por parte de la Sala de Casación Civil, cuyo razonamiento comparte y reitera esta Sala en esta oportunidad.

Así, en la referida sentencia de 30 de septiembre de 2004, dicha Sala determinó que *es el Juez de municipio del lugar donde deban ejecutarse las medidas anticipadas el que ha de acordarlas*, determinación a la que se llegó en atención a la aplicación extensiva del artículo 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor -antes transcrito- al régimen de la propiedad industrial, el cual es regido por la Decisión 486 de la Comisión Andina, lo cual no especificaba, evidentemente, el juez competente en cada Estado miembro. En esa oportunidad la Sala de Casación Civil estableció:

“2. La doctrina suele dividir los derechos de propiedad intelectual, entendidos como los derechos conferidos a las personas sobre las creaciones de su mente, en dos sectores principales: el derecho de autor y los derechos con el relacionados (derechos conexos), y la propiedad industrial. Esta última se caracteriza por proteger los signos distintivos (marcas, lemas y denominaciones comerciales), así como las innovaciones e invenciones, sean de producto o de procedimiento.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela incluyó dentro de los derechos culturales y educativos la libertad en la creación cultural, tanto en su inversión como en su producción y divulgación. De modo conjunto, garantizó la protección del derecho del autor sobre sus obras, como sobre la propiedad industrial respecto de las científicas, literarias y artísticas, invenciones, innovaciones, denominaciones, patentes, marcas y lemas, de acuerdo con las condiciones y excepciones que establezcan la ley y los tratados internacionales suscritos y ratificados por la República en esta materia (artículo 98).

Al incluir ambos derechos en una misma norma, el constituyente de 1999 no hizo más que reconocer como especies de un mismo género el derecho de autor y la propiedad industrial sobre obras, en un todo conforme con la doctrina especializada en la materia; **de allí que resulte posible acudir a la legislación sobre el derecho de autor para llenar el vacío existente en asuntos como el que hoy toca resolver a esta Sala.**

3. En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de autor se encuentra regulado por la Ley sobre el Derecho de Autor de 1° de octubre de 1993. En el Título VI de dicha ley, denominado ‘Acciones Civiles y Administrativas’, se confiere al juez que conoce de la acción por violación del derecho de explotación de una obra, poderes generales para decretar el secuestro de todo lo que constituya violación del derecho de explotación y el embargo de los proventos que correspondan al titular del derecho, siempre que se aporten pruebas que constituyan presunción grave del derecho que se reclama, a menos que dicha presunción surja en la práctica de alguna de las pruebas indicadas en el encabezamiento de la norma, esto es, la inspección judicial, la experticia y cualesquiera otras de las previstas en el Código de Procedimiento Civil (artículo 111).

El artículo 112 de dicho cuerpo normativo establece lo siguiente:

‘(...)

**Si no hubiere litigio entre las partes, dichas pruebas y medidas serán decretadas por el Juez de Parroquia o Municipio del lugar donde deba ejecutárselas si su urgencia lo exigiere, sin que el propietario poseedor, responsable, administrador u ocupante del lugar donde deban efectuarse pueda oponerse a su práctica o ejecución. El mismo Juez levantará las medidas a solicitud de la parte contra quien obren, al vencimiento de treinta (30) días continuos desde su ejecución, si no se le hubiese comprobado la iniciación del juicio...’.** (Negritas de la Sala).

Según la norma transcrita, cuando se trate de litigios ya iniciados por violación de los derechos de explotación sobre obras, el competente para decretar las medidas es el juez que conoce de la causa, salvo que se trate de un asunto cuya urgencia requiriese de la intervención de un juez de Municipio del lugar donde deban ejecutarse las cautelas, sin importar la cuantía del asunto. En este caso, la parte tiene el derecho de reclamar de la misma ante el juez de la causa, sin que ello obste la ejecución de la medida.

El artículo citado también regula el supuesto contrario, es decir, aquel en el cual no haya litigio pendiente entre las partes. En este caso, las medidas serán decretadas por el juez de Municipio del lugar donde deba ejecutárselas si su urgencia lo exigiere, pero el mismo Juez deberá levantarlas a solicitud de la parte contra quien obren, si el beneficiario de las medidas no comprobare la iniciación del juicio vencidos que sean treinta (30) días continuos desde su ejecución.

Es claro que la competencia atribuida al juez de Municipio en esta materia constituye una excepción al principio general, pues esta sólo es posible cuando existan razones de urgencia en que se acuerden y practiquen las medidas cautelares solicitadas, cuestión que en criterio de la Sala, cuando se trate de asuntos relacionados con la violación de los derechos de propiedad industrial, deberá ser alegado y acreditado por el solicitante de modo concurrente con lo exigido por el artículo 247 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina.

Expresado de forma más clara, en materia de propiedad industrial las medidas de protección cautelar anticipadas podrán ser decretadas y ejecutadas por el juez de Municipio correspondiente, siempre que se alegue y acrediten razones de urgencia y el solicitante ostente legitimación para actuar, demuestre la existencia del derecho infringido y aporte pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia, sin perjuicio de que el Juez pueda exigir caución o garantía suficiente antes de ordenarlas, como lo prevé la mencionada Decisión 486. En tal caso, la revisión de las medidas siempre corresponderá al juez de la causa principal, en la hipótesis de que se hubiese iniciado el juicio dentro de los diez días siguientes a la ejecución de las cautelas, pues de no procederse a ello, quedarán sin efecto de pleno derecho como lo ordena el segundo párrafo del artículo 248 de la Decisión 486". (Subrayado añadido).

En consecuencia, la misma aplicación extensiva que de la Ley sobre Derecho de Autor procede respecto de las medidas anticipadas que se acuerden de conformidad con la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, también procede respecto de la medida anticipada que establece el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas, pues, se insiste, esta no es sino una más del cúmulo de medidas cautelares que nuestro ordenamiento jurídico comprende como modo de protección a derechos de propiedad intelectual. En consecuencia, la medida de prohibición de desaduanamiento que preceptúa el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas será decretada por el Juez de Municipio del lugar donde deban ejecutarse, quien solicitará a la autoridad aduanera correspondiente su ejecución, en los términos y condiciones que dispone esa norma jurídica.

Asimismo, y como se expuso en el fallo citado, una vez que sea decretada la medida, *su revisión siempre corresponderá al juez de la causa principal, en la hipótesis de que se hubiese iniciado el juicio correspondiente*, bien sea la acción por infracción, de conformidad con el artículo 248 de la Decisión 486, bien sea la acción de protección de derechos de autor, de acuerdo con el artículo 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor, revisión que procede según el procedimiento de oposición a las medidas cautelares que disponen los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

En abundancia, y al igual que se exige respecto de las medidas anticipadas que recogen la Decisión 486 y la Ley sobre el Derecho de Autor, ha de entenderse que la medida cautelar que establece la Ley Orgánica de Aduanas procede, como indicó la Sala de Casación Civil, *"siempre que se alegue y acrediten razones de urgencia y el solicitante ostente legitimación para actuar, demuestre la existencia del derecho infringido y aporte pruebas que*

*permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia*”, y su mantenimiento dependerá de la oportuna interposición de la demanda en los lapsos que, para ello, establecen la Decisión 486 o bien la Ley sobre Derecho de Autor, según sea el caso, so pena de decaimiento de la medida. Así se decide.

Evidentemente, la anterior interpretación de la norma que se impugnó, en el sentido de que se trata de una medida anticipada, no impide entender que la medida de prohibición de desaduanamiento que recoge el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas puede acordarse también *pendente litis*, esto es, en el curso de ese proceso judicial cuyo objeto sea la protección a derechos de propiedad intelectual. En tal supuesto, será el juez de la causa el competente para que la acuerde, y se seguirán, si fuera el caso, las reglas procesales generales y el procedimiento de oposición a las medidas cautelares. Así se decide.

En síntesis, esta Sala puntualiza lo siguiente:

a) La medida de prohibición de desaduanamiento que establece el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas es una medida cautelar, que puede tener naturaleza anticipada, mediante la cual la autoridad aduanera colabora con el órgano judicial para evitar la nacionalización de bienes que supuestamente violen derechos de propiedad intelectual, sean éstos de propiedad industrial o derivados de derechos de autor.

b) Se trata de una más de las medidas anticipadas que comprende el marco jurídico regulador de los derechos de propiedad intelectual, que está constituido por la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y la Ley sobre el Derecho de Autor, a las que se le añade el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas.

c) El mantenimiento de la medida anticipada dependerá de que, posterior y oportunamente, se dé inicio a la acción por infracción que reconocen los artículos 238 y siguientes de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina, o bien la acción por violación al derecho de explotación de una obra que preceptúan los artículos 109 y siguientes de la Ley sobre el Derecho de Autor.

d) El órgano con competencia para que acuerde la medida anticipada es el Juez de Municipio del lugar donde haya de ejecutarse, quien solicitará su efectiva ejecución a la autoridad aduanera. En caso de que, posteriormente, no se dé oportuno inicio al proceso principal, de conformidad con los artículos 248 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina y 112 de la Ley sobre el Derecho de Autor, el mismo juez que hubiere dictado la medida ordenará su levantamiento a solicitud de la parte contra quien obre, lo que ejecutará la autoridad aduanera.

e) El juez de la causa principal que se iniciare con ocasión a la violación a derechos de autor o a propiedad industrial -en la hipótesis de que se hubiere iniciado ésta oportunamente- revisará la medida cautelar anticipada que se hubiere dictado, lo cual se realizará de conformidad con el procedimiento que ordenan los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

d) Como toda medida anticipada, la prohibición de desaduanamiento tendrá, en este supuesto, carácter excepcional, y por tanto su procedencia dependerá de que se acrediten razones de urgencia y se alegue y pruebe suficientemente la presunción del derecho reclamado.

e) La medida de prohibición de desaduanamiento que establece el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas puede acordarse también luego del inicio del proceso judicial de protección de derechos de propiedad intelectual, caso en el cual será el juez de la causa el competente para ordenarla, y se seguirán, si fuera el caso, las reglas procesales generales y el procedimiento de oposición a las medidas cautelares.

f) La medida de prohibición de desaduanamiento que recoge la Ley Orgánica de Aduanas no puede entenderse como una medida cautelar que pueda ser acordada por una autoridad administrativa, ni aún siquiera la autoridad administrativa con competencia en

materia de propiedad intelectual, pues dicha autoridad no posee competencias para que dilucide problemas de titularidad de derechos, por lo que, si decretare la ejecución de una medida tal, se estaría acordando una medida cautelar autónoma, sin procedimiento posterior, que atentaría gravemente contra el derecho a la defensa, al debido proceso y a la propiedad.

En atención a las consideraciones que se expusieron, considera la Sala que la medida que recoge el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas no es inconstitucional, pues no se trata de una medida autónoma de gravamen, sino que depende de un proceso judicial que ya se haya iniciado o que ha de iniciarse con posterioridad, so pena de decaimiento, y en el cual tendrá plena oportunidad de defensa la parte contra quien obre la medida. Por esas mismas razones, no se viola el derecho al debido proceso y tampoco se violan los derechos de propiedad y no confiscatoriedad, pues dicha medida –sea anticipada o no– no es más que una limitación legalmente establecida y conforme a la Constitución, a tales derechos. Así se decide.

C. *Silencio Administrativo*

**TSJ-SPA (6064)**

**2-11-1005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: José Gregorio Romero Castellano vs. Ministerio de Justicia (Hoy Ministerio del Interior y Justicia).

**La absolución de la instancia no tiene lugar en vía administrativa, ya que, la Ley ha previsto como beneficio para el administrado, la posibilidad de considerar el silencio de la Administración, como una respuesta negativa (silencio negativo) o positiva (silencio positivo), a su pretensión, a los fines de no soslayar su derecho a la defensa y de permitirle continuar impugnando ante el superior jerárquico o de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.**

Como último alegato sostiene el recurrente, que el entonces Ministro de Justicia incurrió en absolución de la Instancia al no decidir sobre el asunto de fondo planteado al ejercer ante él, el recurso jerárquico.

Al respecto se observa:

Este Máximo Tribunal ha señalado que la absolución de la instancia es un vicio que se configura cuando sobre la materia del juicio no recae decisión precisa, dejando incierta su determinación.

Ahora bien, tal como lo señaló el Fiscal General de la República, la absolución de la instancia no tiene lugar en la vía administrativa. En tanto que, si bien es cierto que la Administración tiene el deber de decidir los asuntos sometidos a su consideración, la Ley ha previsto como beneficio para el administrado, la posibilidad de considerar el silencio de la Administración, como una respuesta negativa (silencio negativo) o positiva (silencio positivo), a su pretensión, a los fines de no soslayar su derecho a la defensa y de permitirle continuar impugnando ante superior jerárquico o de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el caso bajo análisis, ante el silencio del Ministro, el recurrente, haciendo uso del mencionado beneficio, acudió ante esta Sala ejerciendo el recurso contencioso de nulidad contra el acto administrativo contentivo de la sanción.

Es así como, el Ministro de Justicia no incurrió en el denunciado vicio de absolución de la instancia. Así se declara.

2. *Actos Administrativos*A. *Vicios*a. *Vicios de fondo: Falso supuesto de hecho*

TSJ-SPA (6065)

2-11-2005

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Edgar Alexander Zerpa Torres vs. Ministerio de la Defensa

**Para que pueda invalidarse una decisión administrativa por falso supuesto de hecho, es necesario que resulten totalmente falsos el o los supuestos de hecho que le sirvieron de fundamento a lo decidido. Cuando la falsedad es sólo parcial, pero no absoluta, es necesario verificar si los alcances de aquélla (de la falsedad) son de una entidad tal que puedan conducir a enervar el acto; esto es, en otros términos, que debe evaluarse si abstracción hecha de lo que es falso, el resto de los hechos que sí son ciertos fundamentan adecuadamente o no al acto administrativo; de tal manera que si resultan ciertas y demostradas el resto de las circunstancias de hecho, aun cuando la otra sea falsa, ello necesariamente conduce a que el acto no debe ser anulado.**

Ahora bien, la Sala ha señalado que el vicio de falso supuesto de hecho que da lugar a la anulación de los actos administrativos, es aquel que consiste en la falsedad absoluta de los supuestos o motivos en que se basó el funcionario que los dictó.

Si ciertamente los motivos son totalmente diferentes, de tal manera que la decisión debió ser otra, cabe en consecuencia hablar de falso supuesto de hecho.

Para que pueda invalidarse una decisión administrativa por falso supuesto de hecho, es necesario que resulten totalmente falsos el o los supuestos de hecho que le sirvieron de fundamento a lo decidido. Cuando la falsedad es sólo parcial, pero no absoluta, es necesario verificar si los alcances de aquélla (de la falsedad) son de una entidad tal que puedan conducir a enervar el acto; esto es, en otros términos, que debe evaluarse si abstracción hecha de lo que es falso, el resto de los hechos que sí son ciertos fundamentan adecuadamente o no al acto administrativo; de tal manera que si resultan ciertas y demostradas el resto de las circunstancias de hecho, aun cuando la otra sea falsa, ello necesariamente conduce a que el acto no debe ser anulado.

En el caso de autos, no obstante resultan inciertas tanto una de las circunstancias alegadas la Administración sobre la cual dictó la medida de destitución contra el actor (que la actividad haya estado ligada a alguna actividad política), como una de las agravantes (relativa a la comisión de la falta en forma que perjudique o hayan perjudicado la buena imagen de la Institución), son verídicas el resto de las imputaciones y circunstancias agravantes que se le imputan.

Dicho de otro modo, ciertamente no consta en el expediente sustanciado por la Administración que el actor se haya relacionado inmiscuido de alguna manera en asuntos políticos (artículo 61, ordinal 33 del Reglamento de Incentivo y Corrección para el Cadete de la Escuela de Formación de Oficiales de las Fuerzas Armadas de Cooperación), ni que la conferencia se haya dictado en lugares o circunstancias que perjudiquen la buena imagen del Instituto Militar (artículo 57, literal c, ordinal 13, *eiusdem*).

Sin embargo, sí consta en autos (folio 8 del expediente administrativo) y así lo reconoció el actor, haber dirigido una comunicación al Gobernador del estado Zulia, solicitándole los pasajes del profesor Enrique Rivas Gómez para la ciudad de Maracaibo; organizar la conferencia sobre drogas en la Iglesia ubicada en el Sector San Francisco la Popular, con la asistencia de la comunidad de la zona y de cuatro Cadetes de Segundo año del Instituto Militar; no haber solicitado la autorización correspondiente ante algún Oficial de Planta de la Escuela; conocer de antemano que las solicitudes de esta naturaleza deben procesarse por el órgano regular a lo cual hizo caso omiso y reconoció que con ello incurrió en faltas de carácter grave.

Es la veracidad de estas infracciones, que también llevaron al órgano administrativo a adoptar la decisión contra el impugnante, las que ponen en evidencia que los fundamentos de hecho del acto que se revelaron como falsos, constituyan un vicio no invalidante del acto administrativo; lo cual impide en consecuencia su nulidad. Así se declara.

b. *Vicios de forma: Inmotivación*

**TSJ-SPA (6065)**

**2-11-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Edgar Alexander Zerpa Torres vs. Ministerio de la Defensa

**Es doctrina y jurisprudencia reiterada de este Supremo Tribunal, que 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 los 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.**

Finalmente, y respecto al vicio de inmotivación alegado, ya ha precisado la Sala en diferentes oportunidades, que toda resolución administrativa resulta motivada cuando contiene, aunque no todos, los principales elementos de hecho y de derecho en que se funda, 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 de 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 los 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 sobre la base de hechos, datos o cifras concretas.

En el caso *sub júdice*, consta en el expediente administrativo toda la investigación llevada contra el recurrente, de la cual, así mismo se constata que tuvo pleno conocimiento. Es sobre la base de esta investigación y con fundamento en sus propias declaraciones, rendidas ante el Comandante del Cuerpo de Cadetes, que se dictó el acto hoy recurrido.

En cuanto a los fundamentos de hecho y de derecho, se observa que la Resolución impugnada, contentiva de la sanción, señala que se le da de baja por medida disciplinaria “según Acta N° 258 del Consejo Disciplinario de fecha 15 de septiembre de 1997...”, y tal motivación está contenida en las causas que originaron su sometimiento al Consejo Disciplinario (suficientemente conocidas por el actor) y en las normas citadas en el texto del acto administrativo, cuyo contenido es unívoco y simple, es decir, que no puede llegar a producir dudas en el interesado, ya que de la simple lectura del texto de cada artículo se desprende su contenido. Se concluye así, que la Resolución impugnada no adolece del vicio de inmotivación. Así se declara.

**TSJ-SPA (6497)**

**13-12-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: Hernán Jesús Martínez Pimentel vs. DISIP (Ministerio de Interior y de Justicia).

**La denuncia simultánea de los vicios de inmotivación y falso supuesto, supone una contradicción, por ser ambos conceptos excluyentes entre sí, dado que la inmotivación admite la omisión de los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar al acto, y el falso supuesto alude a la inexistencia de los hechos, a la apreciación errada de las circunstancias presentes, o bien a la fundamentación en una norma que no resulta aplicable al caso concreto. No pudiendo afirmarse, en consecuencia, que un mismo acto carezca de motivación, y, a su vez, adolezca de una motivación errada en cuanto a los hechos o el derecho.**

Respecto a los alegados vicios de inmotivación del acto y falso supuesto de hecho por falta de adecuación con los supuestos de hecho, cabe precisar que esta Sala ha sido constante en afirmar la contradicción que supone la denuncia simultánea de los vicios de inmotivación y falso supuesto, por ser ambos conceptos excluyentes entre sí, dado que la inmotivación supone la omisión de los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar al acto, y el falso supuesto alude a la inexistencia de los hechos, a la apreciación errada de las circunstancias presentes, o bien a la fundamentación en una norma que no resulta aplicable al caso concreto. No puede afirmarse, en consecuencia, que un mismo acto carezca de motivación, y, a su vez, adolezca de una motivación errada en cuanto a los hechos o el derecho.

No obstante lo anterior, en el caso bajo análisis se evidencia que si bien en el Memorando N° 0793 del 31 de julio de 2003, suscrito por la Directora de Personal de Organismo de seguridad, mediante el cual se le notificó de la declaratoria sin lugar del recurso jerárquico pronunciada por el Ministro del Interior y Justicia, no constan las razones de hecho y de derecho de tal declaratoria, ni se acompaña el acto en cuestión, el actor conoció suficientemente los motivos de su destitución, pues el acto primigenio mediante el cual se le notifica de la destitución, es decir, el Memorando-Oficio N° 111 del 15 de enero de 1998, suscrito por el Director de Personal de la Dirección General de los Servicios de Inteligencia y Prevención, DISIP, contiene expresión clara de aquéllos; resultando que, por lo demás, constan fehacientemente en el expediente administrativo los hechos y circunstancias que motivaron la averiguación administrativa.

En efecto, el identificado Memorando le notifica al funcionario investigado que “...ha sido *DESTITUIDO* a partir de la presente fecha, por incurrir en irregularidades administrativas durante su gestión como Jefe de la Brigada Territorial. Además se detectaron facturas en blanco con sello de cancelación y firmas, evidenciándose manejos fraudulentos del presupuesto asignado para el funcionamiento de la mencionada Dependencia; (fundamento de

*hecho) incurriendo de esta manera en la comisión de las faltas previstas y sancionadas por nuestro Reglamento Interno en sus artículos 52, 53 Ordinal 2°; 54 ordinales 1°, 5°; 56 Ordinal 9°; 60 y 62 Ordinales 2°, 3°, 4°, 5°, y 6°, 7°, 8°, y 9°.*" (fundamento de derecho).

En razón de ello, la denunciada falta de motivación resulta improcedente. Así se declara.

*c. Ejecución*

**Véase:** Página 231 y ss. de esta *Revista*

**TSJ-SC (3569) 6-12-2005**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Procurador del Estado Yaracuy vs. Decisión Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

**CSCA (3262) 21-12-2005**

Juez Ponente: Ana Cecilia Zulueta Rodríguez

Caso: Ana Luisa Mora y Marcela Yaline Kristen vs. Restaurant el Pez-cado Frito C.A.

## VII. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

### 1. *Órganos: Tribunales Agrarios*

**TSJ-SC (3309) 1-11-2005**

Magistrado Ponente: Luis Velázquez Alvaray

Caso: AGRÍCOLA PECUARIA SANTA ISABEL, S.A. vs. Gobernador del Estado Yaracuy.

Previo a cualquier otra consideración debe esta Sala determinar su competencia para decidir el presente caso y, a tal efecto, observa que, resulta necesario analizar la fundamentación jurídica del acto administrativo que se impugna, atendiendo al contenido del mismo, para así conocer su rango desde el punto de vista formal, es decir, si se trata de un acto de ejecución directa de la Constitución o de normas de rango legal.

A tal efecto se observa:

La normativa invocada en el Decreto emitido por el Gobernador del Estado Yaracuy -objeto del presente recurso- está enmarcada en el contexto de los principios que orientan el Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

En efecto, el acto cuestionado se fundamenta, además de las normas constitucionales invocadas, en los artículos 2, 7, 8, 9, 10, 21, 71, 72, 86, 87, 99, 121, 132 del Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, dirigida a la aplicación del procedimiento del rescate de tierras.

En consecuencia, la Sala estima que la vinculación del contenido del acto administrativo impugnado se encuentra relacionado en forma directa e inmediata con el Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario y de forma mediata con los preceptos constitucionales invocados, lo cual resulta lógico, ya que toda norma legal sin duda alguna debe estar sujeta dentro del contexto de nuestra Carta Magna, y de allí su relación con ésta. Es por ello, que la Sala aprecia, a diferencia de otros casos (*vid. Municipio Libertador del Estado*

*Carabobo*. sentencia del 16 de marzo de 2005), que el acto cuestionado resulta un acto de ejecución directa del referido Decreto con Fuerza de Ley.

En virtud de lo expuesto, esta Sala se declara incompetente para conocer del recurso propuesto, e indica que la competencia corresponde a los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa y, especialmente a los tribunales de la jurisdicción especial agraria, por disposición del referido Decreto con Fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario; por tanto, esta Sala declina la competencia en el Tribunal Superior Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, que corresponda conforme al turno de distribución y, así se decide.

## 2. *El Contencioso Administrativo de Anulación*

### A. *Admisibilidad: Legitimación*

**TSJ-SPA (6474)**

**7-12-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Guillermo Morena Alcalá vs. (Acuerdos de expropiación) Asamblea Nacional.

**Cuando se pretenda impugnar un acto administrativo de efectos particulares se debe ostentar como mínimo un interés legítimo.**

...Determinada como ha sido la competencia, pasa la Sala a decidir provisoriamente sobre la admisibilidad de la acción principal de nulidad, a los solos fines de revisar la petición cautelar de amparo constitucional; a tal efecto deben examinarse las causales de inadmisibilidad de los recursos de nulidad, previstas en el artículo 19, aparte 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sin proferir pronunciamiento alguno con relación a la caducidad de la acción, de conformidad con lo previsto en el párrafo único del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, cuestión que será verificada al momento de la admisión definitiva que realice el Juzgado de Sustanciación.

En tal sentido, se observa que el recurso bajo análisis fue incoado por el abogado Guillermo Morena Alcalá, “*actuando en (su) condición de miembro del Sistema de Justicia como abogado autorizado para el ejercicio*”, por lo que siendo la legitimidad una de las causales de inadmisibilidad previstas en el numeral 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, pasa la Sala a revisar si la condición invocada por el recurrente es suficiente a los fines de satisfacer tal requisito.

Siguiendo este orden de ideas, se observa que la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia regulaba lo atinente a la legitimación para recurrir los actos administrativos de efectos particulares en su artículo 121, en el que establecía que “*La nulidad de actos administrativos de efectos particulares podrá ser solicitada sólo por quienes tienen interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto que se trate.(...)*”, disposición que fue interpretada en reiteradas oportunidades por esta Sala, siendo una de las últimas, la sentencia N° 1.084 del 11 de mayo de 2000, Caso: *Colegio de Nutricionistas*, en la cual se estableció:

“En criterio de esta Sala, cuando el objeto del recurso de nulidad se refiere a un acto administrativo de efectos particulares la legitimación activa exigida es, de acuerdo a los términos de los artículos 121 y 124, ordinal 1°, la de un interés legítimo, personal y directo, esto es, que el interés en la legalidad de la actividad administrativa está calificado por el legislador, por ello se requiere que el recurrente, por ejemplo, sea el destinatario del acto, o cualquier otro sujeto que, sin ser titular de derechos subjetivos administrativos, se encuentre en una especial situación de hecho frente a la infracción del ordenamiento jurídico, la cual, por eso mismo, le hace más sensible que el resto de los administrados al desconocimiento del interés general o colectivo por parte de la Administración al violar la ley. Estos últimos han sido llamados por la doctrina interesados legítimos.

Distinto a lo antes dicho resulta la noción de simple interés, es decir, el interés no calificado por el legislador y que se refiere a la facultad que tiene cualquier ciudadano de impugnar la actuación administrativa, siempre que éste le afecte en su esfera jurídica. Este interés simple, pero particularizado, condicionado a que afecte derechos o intereses de quien recurre, es el que se exige para solicitar la nulidad de actos de la Administración de efectos generales.”

Ahora bien, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, reguló en términos similares la legitimación para los recursos contra actos administrativos de efectos particulares en el aparte 8 del artículo 21, el cual es del tenor siguiente:

“8. Toda persona natural o jurídica, que sea afectada en sus derechos o intereses por una ley, reglamento, ordenanza u otro acto administrativo de efectos generales emanado de alguno de los órganos del Poder Público Nacional, Estadal o Municipal, o que tengan interés personal, legítimo y directo en impugnar un acto administrativo de efectos particulares, puede demandar la nulidad del mismo ante el Tribunal Supremo de Justicia, por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad. El Fiscal General de la República y demás funcionarios a quienes las leyes les atribuyen tal facultad, podrán también solicitar la nulidad del acto, cuando afecte un interés general.”

Del texto de la norma transcrita, se observa que la nueva ley mantuvo incólume la exigencia de un interés personal, legítimo y directo para la impugnación de los actos de efectos particulares, de lo cual se colige la vigencia del criterio sostenido anteriormente por esta Sala, conforme al cual pueden recurrir de este tipo de actos los destinatarios del mismo y también aquellas personas que se encuentran en una especial situación de hecho respecto al acto administrativo que se trate, y que, por ende, sean más sensibles que el resto de los administrados a los vicios e ilegalidades que posiblemente existan en el mismo.

Así, de conformidad con lo dispuesto tanto en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, como en la nueva Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, cuando se pretende impugnar un acto administrativo de efectos particulares, como ocurre en el presente caso, en que el abogado Guillermo Morena Alcalá solicita la nulidad de dos (2) Acuerdos de expropiación dictados por la Asamblea Nacional en fecha 26 de septiembre de 2005 y publicados ambos en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 38.281 de fecha 27 de septiembre de 2005, el recurrente debe ostentar como mínimo un interés legítimo, es decir, estar en una situación de hecho tal frente a la actuación administrativa que resulte afectado en sus derechos o intereses.

Ahora bien, en el caso de autos, el recurrente arriba identificado no es el destinatario de ninguno de los actos administrativos cuestionados, no se evidencia del libelo del recurso que se vea afectado de manera alguna en su esfera de derechos por las actuaciones que señala como ilegales e inconstitucionales, así como tampoco que podría resultar beneficiado de alguna forma de ver satisfechas sus pretensiones, por lo tanto, de conformidad con el aparte 8 del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y, siguiendo el criterio jurisprudencial arriba señalado, el cual se reitera una vez más, por resultar perfectamente aplicable a la normativa vigente, resulta forzoso para la Sala declarar que el accionante carece de legitimación activa para intentar el recurso de nulidad contra los dos (2) acuerdos de expropiación dictados por la Asamblea Nacional el 26 de septiembre de 2005 y publicados en la *Gaceta Oficial Extraordinaria* N° 38.281 del 27 de septiembre de 2005, el primero de ellos referido a la declaración de utilidad pública e interés social del Central Azucarero de Cumanacoa, C.A., y el segundo, relacionado con la declaratoria de utilidad pública e interés social del Complejo Industrial Sideroca, siendo, por ende, inadmisibles el recurso interpuesto de conformidad con lo previsto en el párrafo 5 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así se declara.

B. *Las Partes en el Procedimiento: Cartel de Emplazamiento: Notificación personal*

**TSJ-SPA (6046)**

**2-11-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Aldo Ferro García vs. Ministerio de Fomento (hoy Ministerio de la Producción y el Comercio).

**La publicación de un cartel contentivo de la información relativa a la interposición de un recurso contencioso contra un acto administrativo en un diario de gran circulación, no es garantía suficiente del efectivo conocimiento de la existencia del proceso, por parte de aquellos particulares cuya esfera de derechos se ven directa e inmediatamente comprometida con la decisión que se dicte, por lo que su derecho a la defensa pueda verse lesionado por la utilización del mencionado medio de emplazamiento.**

Admitido el recurso por el Juzgado de Sustanciación de esta Sala, se ordenó oficiar a la Procuradora General de la República, al Fiscal General de la República y al entonces Ministro de Fomento. En el mismo auto se ordenó también expedir el cartel de emplazamiento a los interesados conforme al artículo 125 de la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, vigente para ese momento.

No obstante, transcurrió el lapso de emplazamiento sin que concurriera ningún interesado a hacerse parte en el mismo, verificándose luego las fases probatoria y de informes del juicio, sin que tampoco compareciera ningún particular a manifestar su interés, en virtud de lo cual únicamente participaron en dichas fases, los representantes judiciales de la parte actora, del Ministerio Público y de la Procuraduría General de la República.

Ahora bien, el acto administrativo cuya legalidad ha sido cuestionada, tiene por destinatario directo al ciudadano Carlos Rodríguez, en virtud de lo cual, la estimación que este Tribunal realice de las pretensiones de la parte recurrente, incide en los derechos del mencionado ciudadano. Por tanto, el prenombrado ciudadano al ser el destinatario directo del acto cuya nulidad se pretende, no es un simple interesado en el juicio sino que debe ser considerado como parte principal en el presente proceso, pues ostenta un interés personal legítimo y directo en el mantenimiento del acto impugnado, al ser el titular de una serie de derechos que se verían afectados por una eventual declaratoria de nulidad de dicho acto.

Siendo ello así, y toda vez que el mencionado ciudadano no ha participado en el presente juicio, es pertinente determinar si en virtud de su carácter de verdadera parte, por ser el titular de derechos susceptibles de ser afectados en el presente proceso, era suficiente para su emplazamiento, la publicación del cartel contemplado en el artículo 125 de la entonces Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, (hoy aparte once del artículo 21 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) o si por el contrario debía comunicársele por otro medio el inicio del juicio.

Al respecto, ya esta Sala, en sentencia N° 00127 del 4 de febrero de 2003, ratificada entre otros fallos por el N° 1219 de fecha 19 de agosto de 2003, en casos análogos al presente, dejó establecido lo siguiente:

*“La previsión de emplazar a los interesados cuando el tribunal lo juzgue procedente, se encuentra dirigida a la protección del derecho a la defensa de aquellos particulares que pudieren tener algún interés en el recurso que se ha interpuesto, bien porque la decisión que se adopte en el proceso pueda tener una incidencia directa sobre sus derechos o intereses, o porque la misma pueda tener una eficacia refleja sobre éstos, razón por la cual*

*dicho emplazamiento si bien fue previsto como una alternativa para los jueces en los casos que lo estimaran pertinente, se convirtió en una práctica reiterada en los tribunales que conforman la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestro país.*

*Ahora bien, no obstante la finalidad de garantía de la publicación del mencionado cartel, se corre el riesgo que algunas personas interesadas y entre éstas, aquellas que ostenten la condición de verdaderas partes en el proceso que se trate, no lleguen a tener conocimiento de la referida publicación, tornándose por ende ineficaz el emplazamiento de las mismas.*

*En este supuesto, se tramitaría todo un proceso judicial sin la comparecencia de una de las partes principales, pudiendo ello acarrear que una vez culminado el juicio el particular titular de un derecho subjetivo derivado de un acto impugnado, se viera privado del mismo en virtud de la sentencia que anulara el acto, sin que previamente hubiera tenido conocimiento del juicio del que dependía la existencia de su derecho.*

*Lo anterior conduce a concluir que la publicación de un cartel contenido de la información relativa a la interposición de un recurso contencioso contra un acto administrativo, en un diario de gran circulación, no es garantía suficiente del efectivo conocimiento de la existencia del proceso, por parte de aquellos particulares cuya esfera de derechos se ve directa e inmediatamente comprometida con la decisión que se dicte, por lo que su derecho a la defensa pueda verse lesionado por la utilización del mencionado medio de emplazamiento.*

*Siguiendo esta línea de razonamiento, debe acotar la Sala que los derechos a la defensa y al debido proceso consagrados a nivel constitucional en el artículo 49 de nuestra Carta Magna, exigen la posibilidad real para los particulares de hacer valer sus derechos en juicio mediante la utilización de los argumentos y medios probatorios que consideren pertinentes, lo cual ineludiblemente debe estar precedido del efectivo conocimiento del proceso al cual se encuentran vinculados sus derechos.*

*De esta forma, estima la Sala que el respeto al derecho a la defensa comprende, siempre que ello sea posible, el emplazamiento personal de los sujetos que deban comparecer en juicio como partes, pues sólo garantizando su conocimiento del proceso en virtud del cual se pueden ver afectados sus derechos, puede resguardarse cabalmente el aludido derecho constitucional.*

*Así, en casos como el presente donde además de la Administración autora del acto cuestionado, existe un particular plenamente identificado, cuya condición de parte en el juicio es manifiesta en virtud de los derechos subjetivos que le corresponden y que se derivan del acto impugnado, no puede considerarse suficiente su emplazamiento mediante el cartel previsto en el artículo 125 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, siendo por ende necesaria la realización de una notificación personal a fin de proteger cabalmente su derecho a la defensa”.*

Siguiendo los anteriores lineamientos, se advierte que en el presente caso, no se realizó la notificación personal del ciudadano Carlos Rodríguez, pues únicamente fueron notificados de esta forma el Fiscal General de la República, la Procuradora General de la República y el entonces Ministro de Fomento, en razón de lo cual debe determinarse la trascendencia de esa omisión para la validez de los actos que se han verificado en el presente proceso.

En este sentido es importante resaltar, que la falta de notificación personal del referido ciudadano limita de manera manifiesta sus derechos, por cuanto se podrían ver afectados por la sentencia definitiva que recaiga en el presente proceso, sin que previamente hubiera tenido la oportunidad de ser oído en el juicio y de alegar y justificar procesalmente sus derechos.

Asimismo, aun cuando en el presente juicio la Procuraduría General de la República y el Ministerio Público han participado confrontando directamente los alegatos de la parte recurrente, sin embargo, al ciudadano Carlos Rodríguez, se le ha privado de tal posibilidad, siendo lo correcto que se le hubiese llamado al presente proceso.

De esta forma su falta de notificación lo colocó en una situación de indefensión y desigualdad frente a la parte accionante, privándolo de la posibilidad de replicar dialécticamente las posiciones contrarias, lo cual, como se ha dejado sentado en los razonamientos precedentemente expuestos, constituye una clara violación a sus derechos a la defensa y al debido proceso, razón por la cual es menester proveer lo necesario para el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

A tal fin, considerando además que dicho restablecimiento debe producirse, en la medida de lo posible, sin ocasionar ningún perjuicio a las otras partes intervinientes en este proceso, atendiendo a los principios de economía y celeridad procesal, así como también a la garantía de una justicia expedita, sin dilaciones indebidas ni reposiciones inútiles, consagrada en el artículo 26 de nuestro Texto Constitucional, esta Sala, por cuanto la violación del derecho a la defensa y al debido proceso del prenombrado ciudadano, constituye un quebrantamiento de leyes, estima procedente de conformidad con el primer aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y 212 del Código de Procedimiento Civil, declarar la nulidad de los actos procesales realizados a partir de la designación de ponente y del inicio de la relación de la causa prevista en el sexto y séptimo aparte del artículo 19 de la Ley que rige las funciones de este Máximo Tribunal. Así se declara.

Asimismo, como consecuencia de la nulidad declarada, se repone la causa al estado de que se inicie la relación de la causa de conformidad con el séptimo aparte del artículo 19 *eiusdem*, una vez que se realice la notificación personal del ciudadano Carlos Rodríguez, permitiéndosele así ejercer cabalmente su derecho a la defensa mediante la exposición de los argumentos que estime pertinentes para justificar el reconocimiento de sus derechos en el acto de informes, oportunidad en la cual podrá igualmente promover las pruebas que tenga a bien producir en su defensa. Así se decide.

### C. Medidas Cautelares

- a. *Suspensión de efectos del acto administrativo: (Multas) carácter automático. Desaplicación*

**TSJ-SPA (6161)**

**9-11-2005**

Magistrado Ponente: Hadel Mostafá Paolini

Caso: TELCEL, C.A. vs. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL)

**Para la procedencia de las medidas cautelares de suspensión de efectos que se dicten contra multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones la Sala desaplicó de oficio el carácter automático de la medida cautelar de suspensión de efectos (art. 205 de la Ley de Telecomunicaciones). Considerando que para el análisis de dicha medida se deben cumplir los extremos examinados normalmente para acordar la suspensión de los actos administrativos de efectos particulares (*periculum in mora y fumus boni iuris*).**

En el escrito contentivo del recurso contencioso administrativo de nulidad, el representante de la recurrente luego de requerir la nulidad parcial por ilegalidad e inconstitucionalidad del acto impugnado, solicitó la suspensión de los efectos de acuerdo a lo establecido en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, de la Providencia Administrativa N° PADS-453, dictada por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), en fecha 2 de junio de 2004, en lo que respecta a la multa de veinticinco mil unidades tributarias (25.000 UT).

Para resolver sobre la solicitud de suspensión de efectos del acto impugnado, esta Sala considera necesario analizar la naturaleza de la referida solicitud, y en tal sentido observa:

De acuerdo con jurisprudencia reiterada de este Alto Tribunal, la suspensión de efectos de los actos administrativos, como medida preventiva, sólo procede cuando se verifiquen concurrentemente los requisitos legalmente previstos para el otorgamiento de toda medida cautelar, esto es, el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*) y la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*).

No obstante, del análisis efectuado sobre el contenido del expediente y los alegatos de la parte actora, esta Sala observa que en el presente caso la solicitud de suspensión de los efectos de la Providencia Administrativa N° PADS-453 de fecha 2 de junio de 2004, dictada por el Director General de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), se ha formulado de conformidad con el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, cuyo texto dispone lo siguiente:

***“La interposición de acciones contencioso administrativas contra las multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones suspenderán su ejecución, cuando así lo solicite expresamente el actor en su recurso.***

*Sin perjuicio de lo anterior la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá hacer uso de las medidas cautelares a que se refiere el Código de Procedimiento Civil en materia de créditos fiscales.”* (Destacado de la Sala).

Del análisis de la norma transcrita, se desprende que los requisitos para la procedencia de la suspensión de los efectos de los actos contentivos de penas pecuniarias (multas) impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, difieren de los examinados normalmente para acordar la suspensión de los actos administrativos de efectos particulares (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*), principalmente porque la norma expresamente consagra un supuesto de suspensión automática y, en segundo lugar, porque la misma precisa que a los fines de la suspensión de la ejecución de tales actos deben concurrir los siguientes extremos:

1. Que se trate de acciones contencioso administrativas.
2. Que se interpongan contra actos contentivos de multas impuestas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones.
3. Que sea solicitado expresamente por la parte actora.

Ahora bien, con respecto a la interpretación de la referida norma debe esta Sala realizar algunas consideraciones en cuanto a la “suspensión automática” que ella consagra, y en tal sentido se observa:

Como se señaló anteriormente, la jurisprudencia reiterada de esta Sala en materia de medidas cautelares ha exigido la necesaria presencia de dos condiciones fundamentales para su procedencia, a saber, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.

La exigencia de dichos requisitos previstos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, se ha extendido a todas las medidas cautelares en el contencioso administrativo, y están referidos en primer lugar, a la apariencia de buen derecho que reclama en el fondo del proceso el solicitante de la medida cautelar y, en segundo lugar, a la existencia del riesgo manifiesto de que la ejecución del fallo quede ilusoria.

Tales condiciones necesariamente deben desprenderse de los elementos constantes en autos, a efectos de que el juez de la causa pueda apreciarlos, valorarlos y convencerse de la satisfacción de tales extremos, y en consecuencia, acceder al otorgamiento de la protección cautelar.

De igual forma, ha señalado esta Sala que para la procedencia de una medida cautelar en el contencioso-administrativo, debe cumplirse además con otros requisitos, a saber: por un lado, la ponderación de intereses tomando en cuenta el efecto que la concesión de la medida cautelar pueda tener sobre el interés público o de terceros, relacionando muchas veces esta ponderación de intereses con el *periculum in mora*. Por otro lado, el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, contiene una exigencia para el otorgamiento de las medidas cautelares innominadas, y es que debe existir un fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in mora* específico).

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se hace imperativo para el juzgador verificar la coexistencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, a los fines de que sea acordada una medida preventiva, sea ésta nominada o innominada, recordando que en el caso de las innominadas debe existir un fundado temor de que una de las partes pueda causar un daño de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in mora* específico); todo ello aunado al hecho de que, como ya se dijo anteriormente, en materia contencioso-administrativa debe hacerse una ponderación de intereses entre el bien jurídico tutelado con la providencia cautelar y los intereses públicos o colectivos, de tal forma que estos últimos no resulten afectados de manera relevante.

Finalmente, es de hacer notar que la jurisprudencia constante y reiterada de esta Sala ha señalado que en la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede obviarse la **labor inquisitiva** que debe desarrollar el juez, lo cual le impone, principalmente, preservar la legalidad de la actuación de la Administración Pública y la búsqueda permanente de la verdad, en virtud de lo cual, debe revisar siempre el acto administrativo originalmente impugnado, con la finalidad de establecer, no sólo su conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, sino además para calificar o valorar si dichas actuaciones inciden de alguna manera en derechos, valores y principios de tal trascendencia e importancia que ameriten, dentro de los poderes que la Ley le ha conferido, algún pronunciamiento que responda a la necesaria protección y defensa de los mismos.

Efectuadas las anteriores consideraciones, en el caso particular del artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, debe precisarse que permitir la suspensión automática de las Providencias Administrativas que se dicten en materia de Telecomunicaciones, cuando dicha actividad es considerada como de interés general (tal y como lo establece el artículo 5 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones), podría contravenir principios constitucionales fundamentales, tales como, el derecho a la defensa de los interesados que, en principio, pudieran haberse favorecido con la decisión administrativa, y además la tutela judicial efectiva, que obliga a los jueces a administrar justicia de la forma más justa y respetando los principios de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, cuya excepción sólo debe aplicarse cuando estén presentes los requisitos para que se otorgue una medida cautelar y, en consecuencia, se puedan suspender sus efectos .

Así las cosas y analizando la norma contenida en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, considera esta Sala que la suspensión automática constituye una violación al derecho a la defensa de los interesados que puedan verse afectados por dicha medida, consagrado en el artículo 49 de la Constitución, toda vez que la naturaleza de las medidas cautelares es que se dicten con la convicción de que existe una presunción de buen derecho a favor del recurrente y que la no suspensión de los efectos del acto puede ciertamente causar un gravamen irreparable al actor.

En ese orden de ideas y atendiendo al marco de Estado de Derecho y de Justicia que abarca nuestro ordenamiento constitucional vigente, considera esta Sala que el legislador debió contemplar -al igual que en el resto del sistema cautelar- que para la procedencia de la medida prevista en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones debían cumplirse con los dos extremos exigidos en esta materia.

Advertida como ha sido la limitación al derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva derivada del referido artículo 205, debe destacar esta Sala que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra consagrado el sistema del control difuso de la constitucionalidad de normas, el cual permite desaplicar en el caso concreto una norma legal o sub-legal que colida con alguna disposición o principio Constitucional en la forma siguiente:

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, así:

*“Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.*

*En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.*

*Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, 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 de ley, cuando colidan con aquella”.*

En el Código de Procedimiento Civil, en estos términos:

*“Artículo 20. Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los jueces aplicarán ésta con preferencia”.*

De los presupuestos normativos anteriormente transcritos se observa, que tal mecanismo de control se basa en el carácter supremo de nuestra Carta Magna respecto de todas las otras normas de rango distinto que conforman el ordenamiento jurídico venezolano, y opera cuando el juez frente a un caso concreto sometido a su conocimiento advierte que la norma de rango legal o sub-legal, relacionada con la resolución del asunto, contraría directamente una norma constitucional; en cuyo caso debe proceder a la desaplicación de la primera.

Así, tal mecanismo de control constitucional puede y debe ser ejercido por todos los tribunales de la República cuando se encuentren frente a una norma incompatible con otra de la Constitución, y que sea de aplicación directa.

Al respecto, esta Sala en reiteradas decisiones (entre ellas: sentencia N° 1064 de fecha 13 de agosto de 2002, caso: *Almacenadora Mercantil, C.A.*), se ha pronunciado respecto a la potestad que ostentan los jueces de la República para desaplicar disposiciones legales que violen el sistema de la constitucionalidad en casos concretos, en los siguientes términos:

*“Por otra parte y respecto a la jurisdicción y competencia de los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario, a los cuales toca decidir sobre la legalidad o no de los actos de naturaleza tributaria que sean sometidos a su consideración, esta Sala no comparte la opinión hecha valer por la representación fiscal respecto a que no podía el Tribunal de la causa pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de la Resolución N° 32, a la luz de lo previsto en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; ello por cuanto tal como se indicó, todos los jueces de la República son sujetos del deber-potestad de velar por la integridad y estricto cumplimiento de la Carta Magna, a través del denominado control difuso de la constitucional, según el cual pueden estos desaplicar, una vez advertida la colisión entre la normativa denunciada y las disposiciones constitucionales, la primera de éstas y hacer valer las últimas con preferencia. Negar la posibilidad a los jueces venezolanos de ejercer el control difuso consagrado en el artículo 334 constitucionalidad (sic) y en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, sería hacer nugatoria la prevalencia de la Constitución sobre cualquier otra norma que atente contra la misma; en este sentido debe recordarse que conforme al artículo 7 del propio texto constitucional, ésta resulta: ‘... la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución’.*

*En consecuencia debe concluir esta alzada que el alegato esgrimido por la representación fiscal según el cual sólo podrían los jueces tributarios desaplicar normas cuyo contenido sea tributario, resulta totalmente improcedente. Así se decide.” (Resaltado de la Sala)*

Ahora bien, en este contexto resulta forzoso para esta Sala desaplicar de oficio y para el caso en concreto lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones. Por lo tanto, para el análisis de dicha medida se deben cumplir los extremos examinados normalmente para acordar la suspensión de los actos administrativos de efectos particulares (*periculum in mora* y *fumus boni iuris*). Así se declara.

b. *Medidas innominadas*

**TSJ-SPA (6082)**

**3-11-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortiz

Caso: Eduy Nicomedes Alfonso Mota y otros vs. Ministerio del Interior y Justicia.

...Por otra parte, respecto a la medida cautelar innominada solicitada en forma subsidiaria por los recurrentes de conformidad con lo establecido en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, la Sala observa:

Es criterio de este Alto Tribunal que el poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren, por lo que la providencia cautelar sólo se concede cuando existan en autos medios de prueba que constituyan presunción grave de la existencia del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo, así como del derecho que se reclama; y, en el caso de las medidas innominadas, se requiere que exista el temor fundado de que una de las partes pudiera causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra.

Por tal razón, es imperativo examinar los requisitos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, esto es, la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y el peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución de la decisión definitiva (*periculum in mora*); y referente a la medida innominada el artículo 588 *eiusdem*, se impone como condición adicional, el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a la otra (*periculum in damni*).

Respecto al primero de los requisitos, esto es, *fumus boni iuris* o la presunción grave del derecho que se reclama, como antes se señaló, su verificación consiste en apreciar de las actas que conforman el expediente que haya una apariencia de buen derecho, pues cuando se acuerda la tutela cautelar no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado. En efecto, se trata de un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante correspondiéndole al Juez analizar los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama.

En cuanto al segundo de los requisitos mencionados, el *periculum in mora*, ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que su constatación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

En relación al *periculum in damni*, éste se constituye en el fundamento de la medida cautelar innominada para que el tribunal pueda actuar, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos y adoptando las providencias necesarias para evitar las lesiones que una de las partes pueda ocasionar a la otra.

Ahora bien, haciendo uso del análisis precedentemente efectuado para el otorgamiento de la medida cautelar de suspensión de efectos, esta Sala considera que en el caso bajo estudio tampoco puede concluirse sobre la irreparabilidad del daño en la definitiva, al no haber quedado comprobado o demostrado ni el *fumus boni iuris* ni el *periculum in mora*, siendo entonces inoficioso el análisis y pronunciamiento respecto al último de los supuestos o requisitos de procedencia de la medida cautelar innominada, pues su cumplimiento debe ser concurrente, razón por la cual se declara improcedente dicha medida. Así se decide.

D. *Sentencia*

a. *Condena: Corrección Monetaria*

**TSJ-SPA (6045)**

**2-11-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: PROMOCIONES TERRA CARDÓN C.A. vs. República Bolivariana de Venezuela.

**En modo alguno puede sostenerse que la corrección monetaria a la que se refiere el artículo 87 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, contempla una condena automática de lo que corresponda por tal concepto.**

Resuelto el aspecto referido a la cesión de derechos litigiosos, aprecia la Sala que en el escrito consignado el 14 de diciembre de 2004, por Camilo Arcaya Arcaya en su condición de Director Gerente de Promociones Terra Cardón C.A. y por Gregorio Roberto Natale, antes identificados, solicitan:

*“...Ahora bien, del Crédito (sic) en referencia, mediante documento de fecha 7 de octubre de 1998...PROMOCIONES TERRA CARDÓN C.A. cedió a GREGORIO ROBERTO NATALE el TREINTA POR CIENTO (30%) de dicho crédito, equivalente a NOVECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTISIETE BOLÍVARES CON SETENTA CÉNTIMOS (Bs. 972.727,70) conforme a documento autenticado que anexamos...Estas cantidades se han incrementado por la inflación y los intereses hasta alcanzar un monto global de...(Bs. 20.330.336.847,90)...de conformidad con el artículo 87 del Decreto con Fuerza de Ley Orgánica de la PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA...por lo cual, como hasta la fecha no han sido pagadas las cantidades adeudadas por la República...se hace procedente el pago con la corrección monetaria y sus intereses, conforme al mencionado artículo 87 de dicho Decreto...Muy respetuosamente solicitamos, una vez más, por ser de elemental justicia, se ordene el pago de las cantidades adeudadas con la correspondiente corrección monetaria e intereses calculados al día de efectuarse el pago, para evitar que se nos siga ocasionado (sic) daños y perjuicios...”* (Destacado de la Sala)

Según la parte actora y el ciudadano Gregorio Roberto Natale, la condena determinada por la experticia complementaria del fallo en la cantidad de TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MIL MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE BOLÍVARES (Bs. 3.241.555.759,00), se ha incrementado considerablemente por causa de la inflación y por ello a la misma debe serle efectuada una corrección monetaria. En relación a dicho pedimento, estima la Sala que resulta necesario hacer las siguientes consideraciones:

En el libelo de demanda se lee:

*“...demandar como formalmente demandamos...a la Nación Venezolana para que convenga o en su defecto sea condenada por lo siguiente PRIMERO: Que se demarquen sobre el terreno los linderos del Parque Nacional “MEDANOS DE CORO” de conformidad con el Artículo Segundo del decreto de creación de dicho parque...y se proceda a la expropiación*

de los terrenos afectados propiedad de mi representada...lo que hace un total de SESENTA MILLONES DE BOLÍVARES (Bs. 60.000.000,00) por toda la extensión afectada, o a justa regulación de expertos. SEGUNDO: así mismo demandamos el pago de los intereses de esta suma a la rata del doce por ciento (12%) anual desde que el terreno a expropiarse fue afectado por el Decreto 1.592...hasta la sentencia definitiva por concepto de intereses de la suma montante de la expropiación o por lucro cesante por haber sido mi representada desposeída del terreno sobre el que se dictó el decreto anterior...”.

Como se observa, la demandante no exigió en su demanda que la suma cuya condena pretende, sea ajustada con base a la corrección monetaria ahora exigida. Se limitó a pedir que la demandada sea condenada igualmente al pago de los intereses causados por la indemnización pretendida, que estimó en sesenta millones de bolívares (Bs. 60.000.000,00). Siendo así, resulta improcedente que en fase de ejecución, se persiga ver satisfecha una pretensión que no se hizo valer en la demanda. Por otra parte, resulta pertinente destacar, que la sentencia definitiva dictada por esta Sala el 27 de enero de 1994, estableció:

“...Por las razones precedentemente expuestas...administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, DECLARA: PRIMERO: SIN LUGAR la acción de condena intentada por la firma “PROMOCIONES TERRA CARDÓN, C.A.”, contra la REPÚBLICA para que proceda a la demarcación del “Parque Nacional Médanos de Coro”, por carecer la demandada de cualidad para ello, en virtud de ser competencia privativa del Instituto Nacional de Parques...SEGUNDO: SIN LUGAR las acciones de condena por expropiación, de pago del valor de los terrenos de la accionante, y de los intereses reclamados. TERCERO. PARCIALMENTE CON LUGAR la acción indemnizatoria intentada por “PROMOCIONES TERRA CARDÓN C.A.” contra LA REPÚBLICA DE VENEZUELA, y en consecuencia CONDENA a la REPÚBLICA al pago de una justa indemnización a la empresa accionante,...a cuyo efecto y por cuanto de las pruebas que obran en autos no es posible inferir su monto, se dispone...la realización de una experticia complementaria del fallo...”.

De lo anotado se aprecia, que aún en el supuesto negado que el demandante hubiere formulado la petición referida a la corrección monetaria, no habría lugar a la condena de cantidad alguna por dicho concepto, desde que las peticiones formuladas por la parte actora en su libelo de demanda, fueron declaradas improcedentes y la condena finalmente acordada se derivó de la materialización del principio doctrinalmente reconocido que permite que los jueces deduzcan la verdadera y apropiada calificación que corresponde a la acción planteada, con independencia de la denominación que a esta le hubiere atribuido el demandante.

En cuanto a la aplicación del artículo 87 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, invocado como sustento de la petición referida a la corrección monetaria, aprecia la Sala que en el mismo está dispuesto lo siguiente:

“En los juicios en que sea parte la República, la corrección monetaria debe ser fijada sobre la base del promedio de la tasa pasiva anual de los seis (6) primeros bancos comerciales del país.”

La citada norma lo que establece es la forma del cálculo para efectuar la corrección monetaria a que hubiere lugar, de haber sido solicitada por el demandante en su libelo y haberse acordado por el Tribunal en la sentencia. En modo alguno puede sostenerse que la corrección monetaria a la que se refiere el citado dispositivo legal, contempla una condena automática de lo que corresponda por tal concepto.

En conclusión y con base las consideraciones precedentes resulta forzoso declarar improcedente la pretensión de la parte actora, referida al incremento de la suma a que fue condenada la demandada, por concepto de corrección monetaria. Así se decide.

b. *Corrección*

TSJ-SPA (6467)

7-12-2005

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: Alexander Luzardo y José Moya vs. Decreto N° 1850 del Plan de Ordenamiento y Reglamento de la Reserva Forestal Imataca, de los Estados Bolívar y Delta Amacuro.

**La Sala señala la distinción existente entre las figuras procesales de aclaratoria, rectificación, salvatura y ampliación de sentencias, con la revocatoria por contrario imperio de los actos o providencias de mera sustanciación o de mero trámite.**

Determinado lo anterior, pasa esta Sala a pronunciarse acerca de la solicitud de corrección; sin embargo, antes es necesario referirse a un aspecto relacionado con dicho requerimiento, en el sentido de que “*por contrario imperio se sirvan corregir la omisión involuntaria en relación a los actos procesales que ciertamente se verificaron en la causa in comento (sic)*”; ello por cuanto la representación de la República ha confundido en el escrito contentivo de su solicitud, las figuras procesales de aclaratoria, rectificación, salvatura y ampliación **de sentencias**, con la revocatoria por contrario imperio de los **actos o providencias de mera sustanciación o de mero trámite**. Al respecto, debe precisarse lo siguiente:

Las figuras consagradas en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil **-aclaratoria, salvatura, ampliación y rectificación de las sentencias-**, aluden a la posibilidad jurídica de hacer correcciones a las sentencias por medios específicos, teniendo cada uno de ellos finalidades distintas conforme a las deficiencias que presenten los fallos, persiguiéndose, en definitiva, que queden determinados los puntos del dispositivo como esencia del efecto inmediato; en tanto que la **revocatoria por contrario imperio**, prevista en el artículo 310 *eiusdem*, consagra la facultad que tienen los Jueces de la República para revocar o reformar -de oficio o a petición de parte-, aquellos actos y providencias de mera sustanciación o de mero trámite que hayan dictado y contenga algún error u omisión que afecte la continuación del proceso. Este medio recursivo previsto en el Capítulo II del Título VII “De los Recursos”, recae entonces en autos o providencias caracterizados por no contener decisión de algún punto, ni de procedimiento ni de fondo, y puede declararse, como se indicó, de oficio en ejecución de facultades otorgadas por la ley al juez para la dirección y sustanciación del proceso.

Por tanto, resulta evidente que el empleo de estos mecanismos tiene supuestos de procedencia distintos, en razón al tipo de pronunciamiento que haya sido dictado, es decir, si se trata de un acto o providencia que pertenezca al impulso procesal (mera sustanciación o mero trámite), lo procedente es solicitar la revocatoria por contrario imperio, toda vez que contra dichas providencias no es posible interponer otro tipo de recurso; por el contrario, si existen puntos dudosos acerca del alcance de una sentencia, lo que corresponde es solicitar la aclaratoria, la ampliación, la salvatura de omisiones o la rectificación de errores de copia, de referencias o de cálculos numéricos, según el caso.

Lo anterior permite aclarar lo indicado por la representación de la República, al solicitar “*la corrección por contrario imperio de la sentencia N° 1.217 de fecha 2 de septiembre de 2004*”, siendo que lo correcto era que ésta requiriera simplemente la corrección del fallo, especificando cuál o cuáles eran los defectos que contenía la decisión cuestionada.

Advertido lo anterior, pasa esta Sala a pronunciarse respecto a lo alegado por las sustitutas de la ciudadana Procuradora General de la República, y en tal sentido, se observa que la solicitud objeto de análisis tiene por finalidad la “*corrección de la sentencia N° 1.217 del*

2 de septiembre de 2004”, no indicándose con precisión cuál de las formas de corrección resultaba la idónea, es decir, si resultaba procedente la rectificación, la ampliación, la aclaratoria o la salvatura de la sentencia.

Sin embargo, del contenido del escrito de solicitud de corrección presentado el 4 de noviembre de 2004, se constata que lo pretendido es la corrección de unos errores materiales, motivo por el cual debe entenderse que el requerimiento persigue una **rectificación de sentencia**, supuesto dirigido, se reitera, a que se corrija algún error cometido en el fallo; ello así, a los fines de examinar si la decisión cuestionada incurrió en expresiones que pudiesen ser calificadas de inexactas, se observa que las abogadas Nora Josefina Mijares Domech, María Eugenia Peña Valera y Zoraya Cedillo Valero, alegaron que en la decisión N° 1.217 del 2 de septiembre de 2004, se incurrió en una omisión involuntaria al no señalar que *“el último acto de procedimiento lo constituye las Conclusiones consignadas en fecha 18 de noviembre de 1999, por el representante de la Cámara Minera de Venezuela (CAMIVEN) y anterior a éste, los INFORMES ORALES presentados por las partes, el día 2 de noviembre de 1999, y las Conclusiones de la parte actora en fecha 2 de noviembre de 1999 representada por Alexander Luzardo y Tulio Alberto Álvarez, y en representación de la República presentamos las Conclusiones a los Informes Orales en fecha 9 de noviembre de 1999, tal como consta en los folios 94 al 160 de la pieza N° 6 del expediente judicial”*.

Al respecto, debe esta Sala indicar que en el referido fallo se expresó una inexactitud, al señalar que el último acto del proceso llevado por la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia, fue el efectuado el 26 de octubre de 1999, oportunidad en la que se difirió el acto de informes orales; toda vez que se constata, tal como señaló la representación de la República, que dicho diferimiento no fue la última actuación que cursó en el expediente antes de la remisión de éste a la Sala Constitucional del Supremo Tribunal, ello por cuanto de las actas procesales se verifica que el acto de informes se llevó a cabo el 2 de noviembre de 1999, folio 1 (vto) de la pieza N° 6, al final de la cual los ciudadanos Alexander Luzardo y Tulio Alberto Álvarez, titulares de las cédulas de identidad números 4.019.028 y 5.534.241, respectivamente, actuando en nombre propio y como parte recurrente, consignaron su escrito respectivo (folios 2 al 8 de la pieza N° 6).

Asimismo, el 9 de noviembre de 1999, la representación de la República consignó escrito de “Conclusiones Escritas” (folios 94 al 160 de la misma pieza), y posteriormente, en escrito presentado el 18 de noviembre de 1999, los abogados Jorge Andrés Neher Álvarez, Guido Puche Faría y Rafael Ortega Brandt, inscritos en el INPREABOGADO bajo los números 34.378, 19.643 y 64.518, respectivamente, actuando en su condición de Director de Asuntos Legales de la sociedad civil Cámara Minera de Venezuela “CAMIVEN” el primero, y como apoderados judiciales de la mencionada sociedad civil los segundos, como tercero opositor, presentaron escrito de informes (folios 206 al 234 de la pieza N° 6).

En consecuencia, efectivamente, en la presente decisión se acuerda corregir la sentencia N° 1.217 de fecha 2 de septiembre de 2004, sólo en lo que se refiere a la indicación del último acto de proceso; en tal virtud, en el referido fallo (página N° 11) deberá leerse lo siguiente:

*“Sin embargo, tal como se indicó supra, como quiera que el último acto de procedimiento antes de la remisión del presente expediente a la Sala Constitucional, fue el escrito de informes presentado en fecha 18 de noviembre de 1999, por la representación de la sociedad civil Cámara Minera de Venezuela “CAMIVEN”; esta Sala a los fines de garantizar el derecho a la defensa de las partes, así como el derecho al debido proceso en virtud de la incertidumbre que se podría originar al reanudar la causa, considera necesario reponer la causa al estado en que tenga lugar la primera etapa de la relación de la causa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, ordenándose la designación de ponente. Así se decide”*.

c. *Impugnación: Recurso de Casación. Improcedencia*

Véase: Página 181 de esta *Revista*

**TSJ-SC (5087)**

**15-12-2005**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Mario Freitas Sosa e Inversiones Recreativas Invereca, C.A. (IN-VERECA) vs. Decisión Sala de Casación Civil.

**La Sala Constitucional reitera la jurisprudencia existente y niega de manera absoluta la posibilidad de la existencia del recurso de casación dentro de los juicios contencioso administrativos, salvo que alguna ley posterior, como podría ser la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa lo contemple.**

F. *Otras formas de terminación: Perención*

**TSJ-SC (3889)**

**7-12-2005**

Magistrado Ponente: Luis Velázquez Alvaray

Caso: Revisión de decisión de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia (Lotería Internacional de Margarita).

**La Sala Constitucional reitera que el lapso para que ocurra la perención ha de transcurrir mientras las partes estén legalmente facultadas para impulsar el curso del juicio y para realizar actos de procedimiento, aún en aquellos casos en los que el proceso se encuentre paralizado en espera de una actuación que corresponde únicamente al juez, salvo en los casos en que el tribunal haya dicho “Vistos” y el juicio entre en etapa de sentencia.**

La presente solicitud de revisión tiene por objeto la decisión dictada el 20 de septiembre de 2001, por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo Justicia, que declaró consumada la perención y, por ende extinguida la instancia en el recurso contencioso administrativo de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesto contra el Decreto N° 311, del 27 de septiembre de 1994, publicado en esa misma fecha en la *Gaceta Oficial Extraordinaria del Estado Nueva Esparta*, mediante el cual se creó el Servicio Autónomo Junta de Beneficencia Pública y Protección Social del Estado Nueva Esparta (Lotería Internacional de Margarita), sin personalidad jurídica y dependiente jerárquicamente de la Gobernación de esa entidad.

En el presente caso, el solicitante alegó como fundamento de la solicitud de revisión la violación de los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a una tutela judicial efectiva y además, a los principios sentados por esta Sala Constitucional en materia de perención de la instancia.

Al respecto, debe esta Sala señalar que el criterio interpretativo asumido por esta Sala con respecto a la institución de la perención de la instancia fue fijado por primera vez en su sentencia N° 956 del 1 de junio de 2001, caso: *Frank Valero González*, en la cual se expresó que no puede haber perención en estado de sentencia.

Posteriormente en sentencia del 14 de diciembre de 2001 (caso: *DHL Fletes Aéreos, C.A. y otros*), se dejó claramente establecido que la doctrina jurisprudencial mencionada debía ser cumplida por todos los tribunales de la República, a partir del 1 de junio de 2001, al respecto el mencionado fallo estableció que:

*“... estima esta Sala que en el proceso administrativo, al igual que ocurre en el proceso ordinario, mientras las partes estén legalmente facultadas para impulsar el curso del juicio, mediante actuaciones tendientes a lograr el desarrollo o la continuidad de la relación procesal, la perención de la instancia ha de transcurrir, aun en aquellos casos en que el proceso se hallase detenido a la espera de una actuación que corresponde exclusivamente al juez.*

*Sin embargo, considera esta Sala que distinta es la situación cuando no pueden las partes realizar actuación alguna encaminada a impulsar el proceso, puesto que su intervención en el mismo ha cesado, no teniendo en lo adelante la obligación legal de realizar actos de procedimiento. Tal situación ocurre en el proceso administrativo con la presentación de informes que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 96 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, constituye la última actuación de las partes en relación con la controversia, puesto que, cuando estos han sido presentados y el tribunal dice ‘vistos’, el juicio entra en etapa de sentencia y ningún otro sujeto procesal distinto del juez, tiene la posibilidad de actuar. En otras palabras, cuando en el proceso administrativo es vista la causa, las partes ya no pueden realizar actos de procedimiento, por lo que resultaría un desacierto sancionarlas con la perención de la instancia, por una inacción no imputable a las mismas, resultando elemental que si el legislador confina la última actuación de las partes al acto de informes, no podría al mismo tiempo requerirles actuaciones posteriores a este.*

*En tal sentido, advierte la Sala que el lapso de la perención prevista en el artículo 86 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se inicia el día siguiente de aquél en el que se realizó el último acto de procedimiento de las partes, entendido éste como aquel en el cual la parte interesada puede tener intervención o que, en todo caso, tenga la posibilidad cierta de realizar alguna actuación, oportunidad esta que en el proceso administrativo culmina con la presentación de los informes y antes de ser vista la causa. Por ello, no puede haber perención en estado de sentencia, toda vez que, atendiendo a una interpretación armónica y concatenada de las disposiciones contenidas en los artículos 86 y 96 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en concordancia con el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil –norma que resulta aplicable supletoriamente en el proceso administrativo–, debe concluir esta Sala que dicho estado de causa no existen actos de las partes, quines no pueden verse perjudicadas por su inactividad durante la misma, pues, tal como lo ha sostenido esta Sala, el incumplimiento del deber de administrar justicia oportuna es sólo de la responsabilidad de los sentenciadores, a menos que la falta de oportuno fallo dependa de hechos imputables a las partes...”.*

***De lo expuesto, se colige que el lapso para que ocurra la perención ha de transcurrir, mientras las partes estén legalmente facultadas para impulsar el curso del juicio y para realizar actos de procedimiento, aun en aquellos casos en los que el proceso se encuentre paralizado en espera de una actuación que corresponde únicamente al juez, salvo en los casos en que el tribunal haya dicho “Vistos” y el juicio entre en etapa de sentencia.***

Ahora bien, es el caso, que el acto judicial objeto de la presente solicitud de revisión, lo constituye la decisión dictada por la Sala Político Administrativa el 20 de septiembre de 2001, en el procedimiento correspondiente al recurso de nulidad por razones de inconstitucionalidad interpuesto por el Fiscal General de la República contra el Decreto N° 311, del 27 de septiembre de 1994, mediante el cual se creó el Servicio Autónomo Junta de Beneficencia Pública y Protección Social del Estado Nueva Esparta (Lotería Internacional de Margarita), en el cual una vez concluida toda la etapa de sustanciación con la presentación de informes, la Sala el 10 de julio de 1996, declaró terminada la relación de la causa y dijo “Vistos”, quedando pendiente así la decisión por parte de ese órgano jurisdiccional.

Por lo tanto, ante la incuestionable obligación de la Sala Político Administrativa de emitir un pronunciamiento de fondo en la referida causa, -sin que al efecto fuese necesaria ninguna otra actuación de las partes-, esta Sala Constitucional a los fines de garantizar la uniformidad de la interpretación de las normas y principios constitucionales, en ejercicio de las potestades que tiene atribuidas en materia de revisión, declara la procedencia de la revi-

sión de la decisión No. 1995 dictada por la Sala Político Administrativa, el 20 de septiembre de 2001, por violar el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y, como consecuencia de ello, revoca la sentencia cuya revisión se solicita y repone la causa al estado de dictar sentencia. Así se declara.

3. *El Contencioso Administrativo de Interpretación*

A. *Competencia*

**TSJ-SPA (6306)**

**23-11-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Contralores del Municipio Simón Bolívar y otros del Estado Zulia.

Corresponde a esta Sala pronunciarse previamente acerca de la competencia para conocer del recurso de interpretación interpuesto, para lo cual observa:

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 262 prevé la creación del Tribunal Supremo de Justicia y de las Salas que lo integran. Asimismo, otorga en forma expresa, ciertas competencias a sus distintas Salas, las cuales están obligadas a conocer y decidir todos aquellos casos que cursaban por ante la extinta Corte Suprema de Justicia, así como aquellos que posteriormente ingresen, atendiendo a la afinidad existente entre la materia debatida en el caso concreto y la especialidad de cada una de las Salas ...

...En este sentido, el numeral 6 del artículo 266 de la Constitución dispone la atribución del Tribunal Supremo de Justicia para "Conocer de los recursos de interpretación sobre el contenido y alcance de los textos legales, en los términos contemplados en la ley". Igualmente, señala, que dicha atribución será ejercida por las diversas Salas conforme a lo previsto en la Constitución y la Ley.

Así, del citado precepto constitucional puede inferirse, que al no indicarse específicamente a cuál de las Salas corresponde conocer sobre el recurso de interpretación de textos legales, la intención del constituyente fue ampliar el criterio atributivo que había adoptado el legislador en la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (ordinal 24 artículo 42, en concordancia con el artículo 43), que reservaba la decisión en esta materia a la Sala Político-Administrativa.

En orden a lo anterior, este Tribunal Supremo de Justicia, particularmente en Sala Constitucional y en Sala Político-Administrativa, en atención a los aludidos numeral 6 y aparte único del artículo 266 de nuestra Constitución, en concordancia con el artículo 262 *eiusdem*, a través de su jurisprudencia venía precisando que "*como quiera que la creación de nuevas Salas es reveladora del ánimo de especializar sus funciones con respecto a las áreas que constituyen su ámbito de competencia, debe entenderse que la intención del constituyente es que dicho mecanismo, dirigido a resolver las consultas que se formulen acerca del alcance e inteligencia de los textos legales, lo conozca y resuelva la Sala cuya competencia sea afín con la materia del caso concreto*".

Ahora bien, en fecha 20 de mayo de 2004, entró en vigencia la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en *Gaceta Oficial* N° 37.942 de la misma fecha, la cual estableció en su artículo 5, un nuevo régimen de competencias que inciden en el funcionamiento de las Salas que conforman este Máximo Tribunal, en el ejercicio de su labor jurisdiccional.

El artículo 5 del mencionado texto legal, específicamente el numeral 52, señala la competencia de este Tribunal Supremo de Justicia para "*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*". En tal sentido, el primer aparte del mismo artículo 5 en su parte *in fine* dispone: "En los casos previstos en los numerales 47 al 52 su conocimiento corresponderá a la Sala afín con la materia debatida".

De lo antes expuesto se desprende, en cuanto al recurso de interpretación, que la Ley que regula las funciones de este Tribunal Supremo de Justicia, atiende escrupulosamente a lo dispuesto en el numeral 6 y aparte único del artículo 266 de nuestra Carta Fundamental y acoge absolutamente la mencionada interpretación que de dicho artículo venía haciendo este Tribunal Supremo de Justicia a través de su jurisprudencia, es decir, que el recurso de interpretación debe ser conocido por la *Sala afín con la materia debatida*.

En el presente caso, la interpretación solicitada se refiere al contenido del artículo 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, así como acerca de la interpretación que debe darse a los artículos 103, 295, 296 de la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y por cuanto las mencionadas leyes regulan todo los aspectos relativos a la autonomía, organización, gobierno y administración de los Municipios, y al Sistema Nacional de Control Fiscal, materias éstas que revisten carácter afín con las competencias atribuidas a esta Sala Político-Administrativa, razón por la cual ésta se declara competente para conocer el recurso interpuesto. Así se declara.

#### B. Requisitos de admisibilidad

**TSJ-SPA (6306)**

**23-11-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Contralores del Municipio Simón Bolívar y otros del Estado Zulia

**Para la admisión del recurso de interpretación de la Ley deben examinarse no sólo los requisitos establecidos en el artículo 5 aparte 52, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sino también todos los requisitos establecidos por vía jurisprudencial.**

...Tal y como se indicó anteriormente, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 5, numeral 52, establece que es competencia de este Máximo Tribunal conocer de los recursos de interpretación de leyes, observándose adicionalmente que en el mismo numeral están dispuestos expresamente algunos supuestos de admisibilidad de tales recursos, los cuales son:

- a) Que la interpretación solicitada verse sobre un texto legal; y
- b) Que dicho conocimiento no signifique una sustitución del mecanismo, medio o recurso previsto en la ley para dirimir la situación si la hubiere.

En este orden de ideas, se aprecia, que tales exigencias para la admisión y tramitación de los recursos de interpretación de la Ley, ya habían sido desarrolladas por la jurisprudencia de esta Sala, estableciéndose incluso otras que resultan igualmente necesarias para su admisión.

Así, esta Sala, en sentencia N° 708 de fecha 22 de mayo de 2002, refiriéndose a los requisitos exigidos para la admisión del recurso de interpretación, y con el fin de preservar la uniformidad de la interpretación de las leyes y la jurisprudencia, estableció como requisitos concurrentes para la admisibilidad del referido recurso 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 interpretación de sus normas.

- 3.- Que se precise el motivo de la interpretación.
- 4.- Que la Sala no se haya pronunciado con anterioridad sobre el punto requerido y de haberlo hecho, 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 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.

De tal manera que, deberían examinarse para la admisión del recurso de interpretación de la Ley, no sólo los requisitos establecidos en el artículo 5 aparte 52, de la Ley del Tribunal Supremo de Justicia, sino también todos los requisitos establecidos por vía jurisprudencial, antes señalados, toda vez que además de contener supuestos generales de admisión para el ejercicio de cualquier acción que se presente ante este Tribunal Supremo de Justicia, regula de una forma idónea los requisitos esenciales para la posterior interpretación de la ley.

4. *El Contencioso Administrativo de las Demandas contra los Entes Públicos*

A. *Pruebas*

Véase: p. 183 y ss. *Revista de Derecho Público* N° 101.

**TSJ-SPA (6194)**

**10-11-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Sarmiento Nuñez y Asociados vs. Instituto Autónomo Aeropuerto Internacional de Maiquetía (IAAIM).

**Ante la falta de regulación expresa por parte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del lapso del cual disponen las partes en los procedimientos de demandas contra los entes públicos para promover y evacuar pruebas, se aplicará el lapso establecido para el juicio ordinario en aplicación de la regla de supletoriedad de las normas del Código de Procedimiento Civil.**

B. *Sentencia*

a. *Ejecución Forzosa*

**TSJ-SPA (6045)**

**2-11-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Promociones Terra Cardón C.A.

**A los fines de proceder a la ejecución forzosa de la sentencia, el contenido del artículo 524 del Código de Procedimiento Civil es un presupuesto procesal de indispensable cumplimiento, tan es así que el artículo 526 *eiusdem*, dispone: “Transcurrido el lapso establecido en el artículo 524, sin que se hubiese cumplido voluntariamente la sentencia, se procederá a la ejecución forzada”.**

El artículo 524 del Código de Procedimiento Civil, dispone:

“Cuando la sentencia haya quedado definitivamente firme, el Tribunal, a petición de la parte interesada, pondrá un decreto ordenando su ejecución. En dicho decreto el Tribunal fijará un lapso que no será menor de tres días ni mayor de diez, para que el deudor efectúe el cumplimiento voluntario, y no podrá comenzarse la ejecución forzada hasta que haya transcurrido íntegramente dicho lapso sin que se hubiese cumplido voluntariamente la sentencia.”

El referido artículo es identificado como un presupuesto procesal de indispensable cumplimiento a los fines de proceder a la ejecución forzosa de la sentencia, tan es así que el artículo 526 *eiusdem*, dispone: “*Transcurrido el lapso establecido en el artículo 524, sin que se hubiese cumplido voluntariamente la sentencia, se procederá a la ejecución forzada*”.

Ahora bien, el cumplimiento voluntario de lo que hubiere sido acordado en la sentencia definitiva, implica que la parte condenada conozca con precisión no sólo el monto de lo que debe cancelar, sino muy especialmente el o los acreedores de dicho monto, lo cual debió quedar establecido por el fallo objeto de ejecución. Sin embargo puede ocurrir, que con posterioridad al decreto de ejecución voluntaria, se verifique que la parte actora hubiere efectuado cesiones de los derechos que se deducen de la controversia a terceros que no formaron parte de ella, como de hecho ocurrió en el presente juicio. Tal circunstancia implica, que las condiciones existentes para el momento en que se decretó la ejecución voluntaria en fecha 6 de noviembre de 1997, quedaron modificadas y en consecuencia, resulta indispensable dictar un nuevo decreto a los mismos fines, lo cual se hace de la forma que sigue:

Definitivamente firme como se encuentra la sentencia dictada en fecha 27 de enero de 1994 y con base las consideraciones que preceden, se decreta su ejecución voluntaria en atención a lo previsto en el artículo 524 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia se fijan diez (10) días de despacho contados partir de la debida notificación que de esta decisión se efectúe a todas y cada una de las partes del presente proceso, incluyendo los cesionarios antes identificados, para que la parte demandada proceda al pago de la cantidad determinada en la experticia complementaria ordenada en la sentencia cuya ejecución se ordena, la cual fue calculada por los expertos en la suma de TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE BOLÍVARES CON CERO CÉNTIMOS (Bs. 3.241.555.759,00) y que distribuida en los porcentajes determinados por las cesiones, debe ser cancelada así: DECRETA LA EJECUCIÓN VOLUNTARIA de la sentencia dictada en fecha 27 de enero de 1994. En consecuencia, se fija un plazo de diez días de despacho computados a partir de la notificación de todas las partes del presente proceso incluyendo a los cesionarios, a fin de que la parte demandada proceda al pago de la cantidad determinada en la experticia complementaria ordenada en la sentencia definitiva, conforme a los porcentajes anteriormente referidos.

b. *Impugnación: Improcedencia del recurso de casación*

TSJ-SC (5087)

15-12-2005

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Mario Freitas Sosa e Inversiones Recreativas Invereca, C.A. (INVERECA) vs. Decisión Sala de Casación Civil.

**En las demandas patrimoniales contra la Administración Pública resulta inadmisibles la interposición y conocimiento del recurso extraordinario de Casación. La Sala Constitucional anula sentencia de la Sala de Casación Civil que declaró con lugar un recurso de casación ejercido contra una sentencia dictada por un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo.**

Así pues, se observa que la sentencia objeto de revisión argumentó como fundamento de la admisión del recurso de casación ejercido, lo siguiente:

*“Solicita el impugnante en su escrito de contestación a la formalización, se declare como punto previo la inadmisibilidad del recurso de casación, en razón de haberse intentado el medio impugnativo extraordinario contra una decisión emanada de un Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo. Para ello, invoca doctrina de la Sala de Casación Civil de fecha 12 de mayo de 1992, la cual estableció lo siguiente:*

*‘...El recurso de casación es el extraordinario en los juicios civiles, mercantiles y especiales del trabajo y agrario, a ser ejercido en las oportunidades señaladas en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto, esta Sala de Casación Civil reitera en el presente fallo que los Códigos y leyes nacionales no prevén la existencia, ni regulan el ejercicio del recurso de casación contra sentencias dictadas, en ninguna instancia, por órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, con motivo de recursos contenciosos administrativos, en cualquiera de sus modalidades...’ (Caso: David Epelbaum contra Beatriz Gásperi de Otaola)...*

Como se desprende de la doctrina anterior, fue el criterio imperante para la Sala, que aquellos juicios donde participen los Municipios, no tienen casación, específicamente se ha señalado que cuando la parte accionada sea un Municipio *‘...la decisión recurrida al ser dictada por un Tribunal con competencia en lo Contencioso Administrativo y ser la parte demandada un Municipio, debe aplicársele lo establecido en el ordinal 3° del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia...’.*

*Sin embargo, la Sala en reciente sentencia N° 169, de fecha 25 de abril de 2003, juicio: Marisol Cenci Entralgo, contra la Gobernación del Estado Táchira, ratificada en decisión N° 535, de fecha 17 de septiembre de 2003, en el caso: Constructora Henry Ford, C.A., contra el Municipio Autónomo Valencia del Estado Carabobo, y que hoy se reitera, estableció lo siguiente:*

*‘...En efecto, no es garantía alguna del derecho a la defensa, dar por terminado un juicio con todas las características del procedimiento civil ordinario, de mayor cuantía, sin el que por excelencia controle la decisión del Juez Superior, más aún cuando no existe prohibición alguna que justifique semejante planteamiento.*

*Sobre la base de estas consideraciones, la Sala entiende que la recurrida puede enmarcarse perfectamente dentro del elenco de sentencias recurribles en casación contenidas en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, pues el ordinal 1° señala que el recurso de casación podrá proponerse contra ‘...las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios civiles o mercantiles, cuyo interés principal exceda de doscientos cincuenta mil bolívares, salvo lo dispuesto en leyes especiales respecto de la cuantía...’.*

*‘...Por otra parte observa la Sala que de acuerdo a los postulados contenidos en el artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, los tribunales competentes de acuerdo con las previsiones del derecho común o especial, conocerán en primera instancia:*

- 1. De cualquier recurso o acción que se proponga contra los Estados o Municipios;*
- 2. De las acciones de cualquier naturaleza que intenten la República, los Estados o los Municipios, contra los particulares.*

*A renglón seguido la citada norma dispone que ‘...De las apelaciones y demás recursos que se interpongan contra las decisiones de estos tribunales, conocerán los tribunales a quienes corresponda hacerlo, en conformidad con el derecho común, si la parte demandada es un particular...’ (Subrayado de la Sala).*

*Lo anterior significa que si el demandado es un particular y el demandante es un Estado o un Municipio conocen los tribunales ordinarios y, en consecuencia, no existe limitación alguna para el ejercicio del recurso extraordinario de casación, si hubiere lugar a ello pero, por argumento en contrario, si el demandado es un Estado o Municipio, conoce un juzgado superior con competencia en lo contencioso administrativo y en principio como se ha venido sosteniendo, que le privaría de este recurso.*

*Tal situación, desde luego, significa una lesión al principio de la igualdad entre las partes, con el agravante de que quien resulta perjudicado es un Estado o un Municipio, entidades que, mas bien, por mandato de la Ley Orgánica de Descentralización y Transferencia de Competencias del Poder Público y de la Ley Orgánica de Régimen Municipal respectivamente, gozan de los privilegios procesales que la Ley Orgánica de la Hacienda Pública Nacional consagra al fisco nacional, razón por la cual esta Sala considera necesario corregir de inmediato.*

***No encontrando ninguna disposición legal que restrinja el recurso de casación para aquellas decisiones emanadas de los juicios civiles, decididos en segunda instancia por los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo, resultando esta restricción totalmente violatoria del derecho esencial de defensa e igualdad de las partes en el proceso, principios contenidos en los artículos 49 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la Sala de Casación Civil, a partir de la publicación del presente fallo, admitirá el recurso de casación para aquellos procesos donde se debata la materia civil o mercantil, que sean de mayor cuantía, aunque la parte demandada sea un Estado o un Municipio y por ende, sean decididos por un Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo, criterio que será aplicable a aquellos recursos que incluso esperen por decisión ante esta Sala de Casación Civil. Así se decide...'*** (Negrillas de la Sala)

*En el caso de autos, se discute una pretensión procesal cuya materia es netamente civil. En efecto, en el presente juicio se reclamó indemnización por daños y perjuicios materiales y morales, que intenta Inversiones Recreativas Invereca, C.A. contra la Entidad Federal del Estado Carabobo.*

*Además, el proceso se sustanció a través del juicio ordinario, de acuerdo a las normas que establece el Código de Procedimiento Civil. La cuantía fue estimada en la cantidad de dos mil ciento seis millones trescientos cincuenta y siete mil cuatrocientos quince bolívares (Bs. 2.106.357.415,00).*

*Siendo la sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado Cuarto de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, es decir, un juzgado de primera instancia en lo civil. De igual manera, la decisión del tribunal de alzada lo fue con base a su competencia funcional en materia civil.-*

*Por consiguiente, habiéndose sustanciado el juicio por las normas del derecho común, a través del procedimiento civil ordinario, en un juicio de mayor cuantía, y en aplicación de la precedente doctrina, en virtud de encontrarse el presente proceso en espera por decisión para el momento de su publicación, resulta admisible el recurso de casación anunciado, y así lo decide esta Sala”.*

Lo precitado, constituyó el argumento fundamental expuesto por la Sala de Casación Civil para admitir el recurso de casación interpuesto en el marco de una demanda patrimonial contra el Estado Carabobo, no obstante ello, debe esta Sala realizar unas previas consideraciones para determinar si en el curso de las demandas patrimoniales contra la Administración Pública resulta admisible la interposición y conocimiento del recurso extraordinario de casación.

En atención a ello, debe citarse previamente lo establecido en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual consagra el ámbito de control de la llamada jurisdicción contencioso administrativa, al efecto dispone:

*“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”.*

Con fundamento en el referido artículo, se consagra constitucionalmente la existencia de una jurisdicción especializada para el enjuiciamiento de la Administración Pública, en virtud de la especialidad de su finalidad la cual se constata en la satisfacción del interés público, tal como lo dispone el artículo 141 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando establece: “*La Administración Pública está al servicio de los ciudadanos y ciudadanas y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho*” (Negrillas de la Sala).

En este contexto, y en virtud de las altas investiduras que tiene asignada la Administración Pública, como son la prestación de servicios públicos, de manera directa o indirecta, la actividad reglamentaria o de fomento, se estableció una competencia especializada que regula la contrariedad a derecho o no de los actos u omisiones emanadas de ella que pudieren vulnerar derecho o garantía constitucional alguna.

Así pues, se observa que dentro del marco del contencioso administrativo se encuentran consagrados entre sus acciones (*Vgr.* Abstención o carencia, nulidad, interpretación, conflicto de autoridad, reclamo por prestación de servicios públicos, entre otras), las demandas patrimoniales contra los Entes Públicos, las cuales pueden tener su fuente de origen de una relación contractual o de una naturaleza extracontractual, por la comisión de hechos lícitos o ilícitos.

Ante ello, se aprecia que existe un ámbito objetivo para la determinación de la competencia, advirtiendo que siempre que el ente demandado sea la Administración Pública Nacional, Estadal o Municipal, o algún órgano desconcentrado o descentralizado, o empresa del Estado o un particular actuando por colaboración con la Administración coadyuvando en la prestación de sus funciones, independientemente que el objeto de control sea un acto, un hecho o una omisión, la jurisdicción competente para el conocimiento de dichas demandas es la contencioso administrativa.

En este primer escenario, se consagra el primer grado de especialidad de la jurisdicción contencioso administrativa, entendiéndose que el contencioso administrativo, goza de un doble grado de especialidad dentro de nuestra jurisdicción, entendiéndose por ello, la existencia de unos tribunales especializados por la materia y la existencia de unas normas especiales, las cuales son el derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto a su percepción como personas jurídicas.

En congruencia con ello, resulta relevante destacar, como se expuso previamente, que el contencioso administrativo no se agota en su primer grado de especialidad el cual es la creación de unos determinados tribunales especiales y la existencia de una autonomía normativa, entendiéndose por ello, la existencia de un bloque normativo que regula específicamente la relación de la Administración con los administrados dotando a cada uno de ellos de una serie de obligaciones y derechos como son la motivación del acto, la sustanciación de los procedimientos previamente establecidos en la ley, el respeto y aseguramiento de los derechos a la defensa y al debido proceso, sino que el mismo, goza de un segundo grado de especialidad, el cual comprende las otras especialidades existentes dentro del contencioso frente al contencioso administrativo general (*vgr.* Urbanismo, económico, funcional, entre otros), ya que estas materias tienen un primer grado de especialidad frente al contencioso general y un doble grado frente a las demás ramas del Derecho.

En este escenario, se observa que en determinadas ocasiones por razones de desconcentración judicial o de otorgar un mejor acceso de los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales, la ley que regulaba provisionalmente los designios de la jurisdicción contencioso administrativa (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), efectuaba una remisión expresa en sus disposiciones transitorias a los juzgados de primera instancia con competencia en

lo civil, para el conocimiento de determinadas causas correspondientes a la jurisdicción contenciosa (artículos 181, 182 y 183 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

No obstante ello, la remisión acordada y el posterior conocimiento de los referidos juzgados no debe entenderse como un abandono o delegación de la competencia del contencioso administrativo y que deba ser juzgado por la competencia civil, ya que si bien es cierto que en casos como el de marras, las demandas patrimoniales contra el Estado eran fundamentadas y decididas en base a principios de derecho civil, esta corriente tuvo su deceso jurisprudencial fundada en principios de derecho público, y a la autonomía de su justificado razonamiento en el principio de igualdad o equilibrio ante las cargas públicas, principios propios del derecho público (*Vid.* Entre otras, sentencias de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia N° 968/2000, 1386/2000, 2130/2001, Sala Constitucional N° 2818/2002).

En consecuencia, se advierte que los referidos juzgados civiles se encuentran ejerciendo una competencia contenciosa eventual, lo que no debe entenderse como que la competencia contenciosa administrativa haya transmutado en civil, como erróneamente lo dispuso la Sala de Casación Civil, sino que esta es extraordinariamente enjuiciada por tribunales civiles con fundamento en normas de derecho público, así pues, el contencioso eventual no es otra cosa que tribunales de derecho común que se encuentran conociendo circunstancialmente de materia contencioso administrativa.

Esta situación no es un caso extremo y único de las demandas patrimoniales contra los Estados y Municipios, ya que en nuestra jurisprudencia ya se había observado la existencia de tribunales ordinarios conociendo eventualmente la materia contencioso administrativa, ello ocurría con los Tribunales Labores conociendo los actos dictados por las Inspectorías del Trabajo a raíz del caso: *Bamundi* (Sentencia de la Sala Político Administrativa del 13 de febrero de 1992), situación posteriormente abandonada, en virtud de la sentencia dictada por esta Sala en el caso: *Nicolás Alcalá Ruiz* (Sentencia de esta Sala N° 1318/2001) y posteriormente aclarada y ratificada en el caso: *Ricardo Baroni Uzcátegui* (Sentencia de esta Sala N° 2862/2002).

Igual situación ocurría y ocurre actualmente en los juicios expropiatorios (artículo 23 de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social), en el cual se consagra que la jurisdicción competente para el conocimiento de los juicios de expropiación es la contencioso administrativa, no obstante lo anterior, se debe resaltar que cuando el ente expropiante no sea la República se establece un contencioso eventual en primera instancia, el cual recae en cabeza del Juez de Primera Instancia en lo Civil de la jurisdicción donde se encuentre el bien objeto de expropiación, sin embargo cuando se trate de la República, conocerá en primera instancia las Cortes de lo Contencioso Administrativo y la Sala Político Administrativa será la Alzada, en ambos casos (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 2247/2005, caso: “*Gustavo Alcalá*”).

Finalmente, y en concordancia con el criterio expuesto, en cuanto a que las demandas patrimoniales son propias de la jurisdicción contencioso administrativa aun cuando hayan sido tramitadas en primera instancia, eventualmente por Tribunales ordinarios, debe destacarse sentencia de esta Sala Constitucional N° 798/2002, en la cual se había advertido ello, disponiendo:

*“Ahora bien, al entrar al fondo de la acción de amparo constitucional propuesta, constata esta Sala que en materia contencioso administrativa, la competencia por la materia de los jueces llamados a conocer de las demandas por reivindicación y daños y perjuicios está caracterizada por particularidades propias, que son producto de la naturaleza de los sujetos intervinientes y de los intereses allí protegidos o tutelados.*

*La primera de esas particularidades consiste en que corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento, en primera instancia, de las demandas de reivindicación y daños y perjuicios, que como el caso de autos sean ejercidas por un particular contra un ente municipal, ello por mandato del numeral 1 del artículo 183 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.*

*De lo antes dicho, deriva que la sentencia dictada por el Juzgado Duodécimo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, fue dictada por un órgano competente.*

*Ahora bien, respecto a la apelación de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces de la jurisdicción ordinaria que conocen de demandas como la de autos, corresponde su conocimiento a la jurisdicción contencioso administrativa, ello por mandato expreso del numeral 3 del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.*

*Tal ha sido el criterio que reiteradamente ha venido sosteniendo la Sala Político Administrativa de este Tribunal de Justicia en sus sentencias N° 1232 del 30 de mayo de 2000, Caso: Alcides Escalona vs. Alcaldía Peña del Estado Yaracuy; 936 del 15 de mayo de 2001, Caso: Centro Médico Dr. José Muñoz M&M vs. Alcaldía Maracaibo del Estado Zulia y 1257 del 26 de junio de 2001, Caso: Francisco Muñoz vs. Alcaldía del Municipio Autónomo Zamora del Estado Miranda y el Instituto Autónomo de Policía del mismo Municipio, entre otras.*

*Observa esta Sala que, a pesar de que el juez competente para conocer de la apelación de la sentencia dictada en primera instancia en el caso de autos, era cualquiera de los jueces de los Juzgados Superiores en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Capital, conoció de ella el Juzgado Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el cual no integra la jurisdicción contencioso administrativa y por lo tanto no podía condenar a un ente municipal al pago de cantidades de dinero, por violar el derecho a ser juzgado por el juez natural consagrado en el artículo 49 del Texto Fundamental, particularmente por los integrantes de la jurisdicción contencioso administrativa a que hace alusión el artículo 259 del mismo texto Constitucional, motivo por el cual se declara con lugar la acción de amparo propuesta, y se anula el fallo impugnado. Así se declara”.*

En consecuencia, se observa que el argumento expuesto por la Sala de Casación Civil carece de asidero jurídico –legal y jurisprudencial- y constituye una afirmación tan baladí que admitiría la existencia del recurso de casación contra un juicio expropiatorio, lo cual, crearía una incesante e inquietante afirmación, sobre **¿quién será la Sala competente para conocer el recurso de casación interpuesto?**, ya que en este supuesto la Alzada en ambos casos es la Sala Político Administrativa, ante lo cual habría una inexistencia de recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (antiguo artículo 1 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

Asimismo, conforme a lo expuesto en la sentencia objeto de revisión, igual aserto habría que realizar en el caso de las demandas patrimoniales contra la República o algún Instituto Autónomo o una empresa en la cual el Estado tenga participación decisiva, en las cuales su cuantía no hubiere excedido de un millón de bolívares (artículo 182.2 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia), según el régimen antiguo, ya que de lo contrario se estaría violando el derecho a la igualdad de las partes en el proceso (artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 15 del Código de Procedimiento Civil), por cuanto si se admite la posibilidad del recurso de casación en las demandas patrimoniales contra los Estados y los Municipios, debería admitirse igualmente la casación de las demandas patrimoniales contra la República en cuanto a su cuantía.

Aunado a lo expuesto, habría que analizar la distribución regional de nuestros tribunales, ya que ello demuestra que la Sala de Casación Civil, no preconizó los efectos jurídicos que dicha decisión tendría en casos futuros al objeto de revisión constitucional, por cuanto la referida Sala se encontraría conociendo de una competencia eventual la cual no le ha sido asignada por vía legal, con lo cual, la misma estaría infringiendo el derecho al juez natural, establecido en el artículo 49.4 de la Carta Magna.

No obstante de esta última argumentación, habría que efectuar una contrargumentación negativa en el sentido de que existe una imposibilidad absoluta de proponer el recurso de casación contra una demanda contra la República cuando sea la Sala Político Administrativa o las Cortes de lo Contencioso Administrativo, según el régimen vigente (Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia) las competentes para conocer la demanda interpuesta según sea la cuantía deducida, en virtud del cambio de régimen competencial a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, al efecto debe destacarse la sentencia N° 1315/2004 de la Sala Político Administrativa de este Máximo Tribunal (caso: *Alejandro Ortega Ortega*), en la cual se dispuso:

*“Ahora bien, debe señalarse que en fecha 20 de mayo de 2004, fue publicada en la Gaceta Oficial N° 37.942 la novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, mediante la cual se estableció en su artículo 5 un nuevo régimen de competencias.*

*En este sentido, y atendiendo a que en el presente caso debe dilucidarse a qué tribunal (civil o contencioso-administrativo) le corresponde conocer de la estimación e intimación de honorarios propuesta, considera la Sala necesario reiterar lo establecido en la sentencia N° 1.209 publicada el 2 de septiembre de 2004, en Ponencia Conjunta, que delimitó el alcance de los numerales 24 y 25 del referido artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, estableciendo la competencia por la cuantía de los Tribunales que conforman la jurisdicción contencioso administrativa, precisando que:*

*‘1. Los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales, conocerán 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, los Estados, o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía no excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T), que actualmente equivale a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívares con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), ya que la unidad tributaria equivale para la presente fecha a la cantidad de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.*

*2. Las Cortes de lo Contencioso Administrativo con sede en Caracas, conocerán 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, los Estados, o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T), que actualmente equivale a la cantidad de doscientos cuarenta y siete millones de bolívares con cero céntimos (Bs. 247.000.000,00), hasta setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), la cual equivale a la cantidad de un mil setecientos veintinueve millones veinticuatro mil setecientos bolívares con cero céntimos (Bs. 1.729.024.700,00), por cuanto la unidad tributaria equivale para la presente fecha a la cantidad de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal.*

*3. La Sala Político-Administrativa, conocerá 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, los Estados, o los Municipios, ejerzan 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.), lo que equivale actualmente a un mil setecientos veintinueve millones veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 1.729.024.700,00), ya que la unidad tributaria equivale para la presente fecha a la cantidad de veinticuatro mil setecientos bolívares sin céntimos (Bs. 24.700,00), si su conocimiento no está atribuido a otro tribunal’.*

*Atendiendo a los principios expuestos supra, tenemos que según el régimen especial de competencias a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, los tribunales pertenecientes a ésta, conocerán de aquellas acciones, que según su cuantía, cumplan con las siguientes condiciones: 1) Que se demande a la República, los Estados, los Municipios, o*

*algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual alguna de las personas políticas territoriales (República, Estados o Municipios) ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, y 2) Que el conocimiento de la causa no esté atribuido a ninguna otra autoridad, a partir de lo cual se entiende que la norma bajo análisis constituye una derogatoria de la jurisdicción civil y mercantil, que es la jurisdicción ordinaria, pero no de las otras jurisdicciones especiales, tales como la laboral, del tránsito o agraria.*

*En tal sentido, y aunado a las consideraciones expuestas en el fallo antes citado, en atención al principio de unidad de competencia, debe establecer esta Sala que igualmente resultan aplicables las anteriores reglas para el conocimiento de todas las demandas que interpongan cualesquiera de los entes o personas públicas mencionadas anteriormente contra los particulares o entre sí (...)."*

Asimismo, debe destacarse que en atención a dicha distribución competencial en cuanto a la cuantía, desaparece toda la diatriba y análisis realizado por la Sala de Casación Civil, en virtud que con tal régimen desaparece la remisión expresa del conocimiento de las demandas patrimoniales contra los Estados y Municipios a los Juzgados Civiles conociendo en virtud de un contencioso eventual, razón por la cual, el objeto de conflicto del presente caso se va a centrar a las causas que hayan sido interpuestas con anterioridad al referido criterio jurisprudencial establecido por la Sala Político Administrativa.

En este sentido, debe advertirse que el sistema competencial a raíz de las sentencias dictadas por la Sala Político Administrativa N° 1900/2004 y 2271/2004, adicionalmente a la precitada, ha quedado establecido de la siguiente forma:

i) Demandas patrimoniales que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los Estados, o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía no excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T), correspondería la competencia a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales.

ii) Demandas patrimoniales que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los Estados, o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T) hasta setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T), correspondería la competencia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo. (*Vid.* Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 1900/2004).

iii) Demandas que se propongan contra la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los Estados, o los Municipios, ejerzan 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.), correspondería la competencia a la Sala Político Administrativa de este Supremo Tribunal (Artículo 5.24 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

Igual criterio competencial habría que afirmar incluso en cuanto a las cuantías para determinar el Tribunal competente dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, a todas las demandas que interpongan la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los Estados o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, contra los particulares o entre sí, quedando establecido de la siguiente forma:

i) Demandas que interpongan la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa, en la cual la República, los Estados o los Municipios, ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere contra los particulares o entre sí, si su cuantía no excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T) correspondería la competencia a los Juzgados Superiores de lo Contencioso Administrativo Regionales (*Vid.* Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 1900/2004).

ii) Demandas que interpongan la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa en la cual alguna de las personas políticas territoriales (República, Estados o Municipios) ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, contra los particulares o entre sí, si su cuantía excede de diez mil unidades tributarias (10.000 U.T.), hasta setenta mil unidades tributarias (70.000 U.T.), correspondería la competencia a las Cortes de lo Contencioso Administrativo (*Vid.* Sentencias N° 1.315/2004 y 2271/2004).

ii) Demandas que interpongan la República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa en la cual alguna de las personas políticas territoriales (República, Estados o Municipios) ejerzan un control decisivo y permanente, en cuanto a su dirección o administración se refiere, contra los particulares o entre sí, si su cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.), correspondería la competencia a la Sala Política Administrativa del Máximo Tribunal.

Así pues, habiendo constatado los regímenes competenciales anteriores (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia) y el actual establecido en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, se constata que la Sala de Casación Civil no apreció en su análisis competencial los principios generales del derecho procesal, en cuanto a la inderogabilidad competencial de los tribunales salvo su consagración por texto legal expreso o por vía de jurisprudencia vinculante emanada de esta Sala, siempre y cuando la misma tenga como fundamento la cobertura de una laguna legal o la desconcentración de las competencias judiciales, ya que de lo contrario podríamos recaer en una anarquía judicial, donde los órganos jurisdiccionales podrían *prima facie* deslitrarse o abrogarse nuevas competencias según situaciones coyunturales existentes en un caso concreto.

Establecido el escenario fáctico objeto del presente caso, debemos destacar que igualmente la Sala de Casación Civil fundamentó su decisión en la presunta violación del principio de igualdad procesal, no obstante, no apreció la diferenciación o discriminación jurisprudencial efectuada por ella misma, por cuanto el criterio establecido de la casación sólo le resultaba admisible a las demandas patrimoniales interpuestas contra los Estados y Municipios, creando una desigualdad recursiva a las demandas contra la República, ante lo cual habría que preguntarse en criterio de la Sala de Casación Civil si **¿resultaría admisible la existencia de un recurso extraordinario de casación contra cualquier acción contencioso administrativa?**.

A ello, habría que responder afirmativamente según el criterio y razonamiento establecido por la Sala de Casación Civil, en cuanto a la igualdad procesal, admitiendo inclusive la existencia en igual sentido del recurso de apelación cuando la demanda sea conocida en única instancia por alguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, o la posibilidad de interponer la solicitud de revisión constitucional contra una de las sentencias de esta Sala, con lo cual se quiere destacar y advertir que el objeto de desigualdad no se centra en la consagración del recurso de casación para una determinada demanda en atención al sujeto pasivo, sino en cuanto a la consagración de dicho recurso sin haberse previsto su existencia.

Por cuanto, se advierte que partiendo de dicho antecedente jurisprudencial podrían generarse un caos jurisdiccional de inconmesurables efectos, ya que las partes podrían invocar la consagración por vía jurisprudencial de diversos recursos sean estos ordinarios o extraordinarios a diversos casos, que el legislador no estimó convenientes admitirlos, por diversos razonamientos como puede ser la celeridad del recurso, su especialidad, entre otras; e incluso solicitar la desaplicación por control difuso o concentrado de normativas que impiden la posibilidad de ejercicio recursivo contra determinadas sentencias (*Vgr.* Artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y artículo 1.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia).

En atención a ello, debe destacarse lo consagrado en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece la proponibilidad del recurso de casación dentro de nuestro ordenamiento jurídico:

*“El recurso de casación puede proponerse:*

*1° Contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios civiles o mercantiles, cuyo interés principal exceda de Doscientos Cincuenta Mil Bolívares, salvo lo dispuesto en leyes especiales respecto de la cuantía.*

*2° Contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios especiales contenciosos cuyo interés principal exceda de Doscientos Cincuenta Mil Bolívares, y contra las de última instancia que se dicten en los procedimientos especiales contenciosos, sobre el estado y la capacidad de las personas.*

*3° Contra los autos dictados en ejecución de sentencia que resuelvan puntos esenciales no controvertidos en el juicio, ni decididos en él; o los que provean contra lo ejecutorio o lo modifiquen de manera sustancial, después que contra ellos se hayan agotado todos los recursos ordinarios.*

*4° Contra las sentencias de los Tribunales Superiores que conozcan en apelación de los laudos arbitrales, cuando el interés principal de la controversia exceda de Doscientos Cincuenta Mil Bolívares.*

*Al proponerse el recurso contra la sentencia que puso fin al juicio, quedan comprendidas en él las interlocutorias que hubieren producido un gravamen no reparado en ella, siempre que contra dichas decisiones se hubieren agotado oportunamente todos los recursos ordinarios.*

*Los juicios sentenciados conforme al artículo 13 de este Código, no tienen recurso de casación”.*

Con fundamento en el precitado artículo se desprende que el recurso de casación sólo resulta admisible en los juicios civiles y mercantiles, de jurisdicción especial, sobre estado y capacidad, así como contra autos en etapa de ejecución y laudos arbitrales, lo cual al igual a lo expresado por la jurisprudencia hacen de imposible conocimiento los recursos de casación contra sentencias de última instancia dictadas por los órganos integrantes de la jurisdicción contencioso administrativa.

En adición a lo expuesto, debe destacarse que el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, no contempla el recurso de casación para los juicios contencioso administrativos, no obstante si los efectúa para los juicios penales (5.39), civiles, mercantiles y marítimos (5.41), laborales, menores, familia, ambiente y agrario (5.43), lo cual nos permite afirmar junto con la jurisprudencia, la negativa absoluta de la posibilidad de la existencia del recurso de casación dentro de los juicios contencioso administrativos, salvo que alguna ley posterior, como podría ser la ley de la jurisdicción contencioso administrativa lo contemple.

Visto lo expuesto, debe destacarse sentencia N° 88/11-10-01 de la Sala de Casación Civil donde claramente ha establecido esta Sala que:

*“En aplicación de la jurisprudencia ut supra citada al caso bajo decisión, en cuanto a la naturaleza del proceso en que se dictó la sentencia recurrida, la Sala observa que la decisión cuya invalidación se pretende es una sentencia proferida en un juicio contencioso administrativo que declaró con lugar el recurso contencioso de nulidad interpuesto por el ciudadano SAMUEL GRUMBER, contra el acto administrativo antes citado, es decir, el procedimiento principal a invalidar es de eminente contenido contencioso administrativo.*

*Ahora bien, el recurso de casación es el extraordinario en los juicios civiles, mercantiles y especiales del trabajo, tránsito y agrario, a ser ejercidos en las oportunidades y requisitos señalados en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil; mientras que, para los*

*juicios contencioso administrativos, no existe Código o Leyes nacionales que contemplen tal recurso extraordinario. Por tanto, las sentencias que se dicten en los juicios contencioso administrativos, cualquiera sea su modalidad, son irrecurribles en casación, por no existir norma expresa que lo consagre” (Negrillas de esta Sala).*

En igual sentido, se observa que esta misma Sala ha dejado claro en reiteradas ocasiones la imposibilidad del ejercicio del recurso de casación contra las sentencias dictadas en la jurisdicción contencioso administrativa, al efecto, debe destacarse sentencia N° 988/10.08.00, en la cual se estableció:

*“Al respecto, aprecia esta Sala que el recurso de casación es un medio de impugnación de las sentencias definitivas, dictadas en segunda instancia, que sólo procede cuando se han agotado todos los recursos ordinarios que ofrecen las leyes procedimentales -carácter extraordinario-, cuyo fin es anular el fallo, por haber incurrido en ilegalidad o inconstitucionalidad, en la forma o en el fondo.*

*Así, teniendo el recurso de casación un carácter extraordinario y por tanto especial, para su procedencia se requiere que el mismo esté previsto en un texto legal en forma expresa, no pudiendo en consecuencia –a falta de la referida consagración legislativa- consagrarse su existencia.*

*En este orden de ideas, el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, al consagrar el recurso de casación, determina que el mismo puede proponerse contra decisiones dictadas en asuntos civiles y mercantiles, de jurisdicción especial, sobre estado y capacidad, así como contra autos en etapa de ejecución y laudos arbitrales.*

*Por su parte, en materia Penal, el Código de Enjuiciamiento Criminal -vigente para la época en que fue interpuesto el recurso de casación referido en autos- expresa con respecto a dicho recurso:*

*Artículo 327: ‘El recurso de Casación podrá interponerse en los procesos penales no exceptuados por la Ley, contra las sentencias y autos determinados por ella’.*

*Ahora bien, por lo que respecta a los juicios contencioso administrativos, se observa que los artículos anteriormente transcritos, no prevén al recurso extraordinario de casación como medio de impugnación susceptible de ser utilizado contra las sentencias que se dicten en esta materia.*

*Así lo dejó sentado la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia en su decisión de fecha 12 de marzo de 1992, reiterada el 27 de mayo de 1993, cuando estableció lo siguiente:*

*‘...El recurso de casación es el extraordinario en los juicios civiles, mercantiles y especiales del trabajo, tránsito y agrario, a ser ejercido en las oportunidades señaladas en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil. Al respecto, esta Sala de Casación Civil reitera en el presente fallo que los Códigos y las Leyes Nacionales no prevén la existencia, ni regulan el ejercicio del recurso de casación contra sentencias, en ninguna instancia, por órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cualquiera de sus modalidades...’.*

*Ahora bien, dado que en el caso de autos la pretensión del solicitante consiste en que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se pronuncie acerca de la admisibilidad del recurso de casación ejercido en contra de su sentencia de fecha 11 de febrero de 1999, y en aplicación de los criterios antes expuestos, resulta forzoso a esta Sala declarar in limine litis la improcedencia de la presente acción de amparo constitucional y así se declara”. (Vid. Entre otras, sentencias de la Sala de Casación Civil N° 15/2000 y 52/2001).*

Reiterando dicho criterio, esta misma Sala mediante sentencia N° 1850/2003, con ocasión del conocimiento en alzada de una acción de amparo constitucional interpuesta contra una sentencia dictada por el Juzgado Superior Tercero en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Capital, dispuso:

*“En ese orden de ideas, por mandato del artículo 337 del Código de Procedimiento Civil sólo cabe la impugnación de la decisión adoptada en el recurso de invalidación, mediante el recurso de casación sólo ‘si hubiere lugar a ello’, lo cual no se da en el caso de autos, pues el juicio principal es de naturaleza contencioso administrativa, materia donde ha sido reiterada y pacífica la jurisprudencia de diferentes Tribunales de la República de admitir el recurso extraordinario de casación, pues el tribunal competente dentro del orden competencial del Tribunal Supremo de Justicia para su conocimiento sería la Sala Político Administrativa y no la Sala de Casación Civil, que no tiene atribuido el conocimiento de dicho recurso por mandato del artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, que lo limita en su numeral 1° ‘contra las sentencias de última instancia que pongan fin a los juicios civiles o mercantiles’.*

En consecuencia, se observa que el criterio asumido por esta Sala no constituye un criterio aislado en un caso en específico, sino el criterio reiterado de esta Sala e incluso de las Salas Político Administrativa y de la Sala de Casación Civil, salvo los casos en referencia que establecieron un cambio en la línea jurisprudencial, todo en virtud de las razones expuestas.

Aunado a las mencionadas razones, deberían plantearse y confirmarse serias interrogantes planteadas en la presente sentencia como ¿cuál sería la Sala competente para el conocimiento de los recursos de casación contra las sentencias dictadas por la jurisdicción contenciosa?, ¿cuáles serían los casos objeto de casación?, ¿cuál sería la cuantía aplicable?, todas estas interrogantes debieron ser tomadas en cuenta en su oportunidad en el momento de cambiar la línea jurisprudencial que tenía la misma Sala de Casación Civil.

El simple cambio de una línea jurisprudencial no debe obedecer a caprichos irrazonables o a simples intereses particulares, sino debe atender a razones de mérito que justifiquen en un determinado momento el vuelco legal, mediante la elaboración por parte de la Sala protagonista o innovadora del cambio jurisprudencial de las justificaciones que incidieron en dicha variación, ya que si bien la sentencia constituye el acto por excelencia de los órganos jurisdiccionales mediante la cual se logra la resolución de una controversia suscitada entre dos partes, la misma cuando es emanada del Máximo Tribunal tiene por finalidad mitigada establecer una uniformidad jurisprudencial entre los Tribunales integrantes de la República.

Aunado a ello, debe atenderse al momento de realizar un cambio jurisprudencial al impacto social que pudiera tener dicha decisión dentro del orden social, más aun dentro de nuestra sociedad donde existe un colectivo necesitado de una justicia idónea y social que tienda a equilibrar las desigualdades imperantes entre los seres humanos.

Así pues, debe reafirmarse que si bien podríamos hablar dentro de nuestro ordenamiento jurídico del principio de continuidad jurisprudencial, atendiendo a los precedentes que pueda emitir esta Sala Constitucional, como una conducta críticamente evaluada, debe advertirse que mitificar su respeto irrestricto al cambio de criterios constituye una conducta igualmente reprochable, ya que ello conduciría a una petrificación a todas luces indeseable, de nuestras interpretaciones legales y constitucionales.

En consecuencia, ello debe hacerse –cambio de criterio jurisprudencial–, además de con la necesaria prudencia y equilibrio, siempre de manera explícita y razonada para no generar incertidumbre e inseguridad jurídica respecto del sentido y alcance de la interpretación constitucional que al Tribunal compete. Si los cambios u oscilaciones bruscos de orientación o sentencias “*overruling*”, que quiebran abruptamente una línea jurisprudencial, son siempre peligrosos porque cuestionan la idea misma de la justicia (la igualdad en la aplicación de la Ley) lo son mucho más cuando de la jurisprudencia constitucional se trata, cuya legitimidad resulta menoscabada por los frecuentes cambios de doctrina.

Así, el ejercicio de esta Sala mediante la revisión constitucional debe atender a la reflexión abstracta de los criterios jurisprudenciales que pudieran haber emitido las demás Salas de este Tribunal como los restantes Tribunales de la República, en cuanto a los criterios

que pudieran haber acordado en un caso en particular el cual pudiera ser susceptible de inferir aunque sea indirectamente menoscabos constitucionales no sólo a las partes intervinientes en el proceso, sino de manera refleja a un número, determinado o indeterminado de ciudadanos.

No es ociosa esta referencia, sino que una de las labores que debe tener este Máximo Tribunal no es establecer meros juzgamientos de legalidad en ciertas ocasiones, sino ponderar los impactos sociales y de justicia que pueden acarrear en determinada sociedad, así como los impactos económicos que pudieran tener determinados fallos, en virtud de los estudios de costo-beneficio de una singular decisión en apariencia.

Sin embargo, por encima de estos baremos que deben atender los operadores de justicia, se erige el principal y fundamental valor, el cual se encuentra constituido por la búsqueda de la equidad; y en este punto se debe subrayar, que cuando nos referimos al término equidad, debe entenderse éste como la adopción de decisiones judiciales, enmarcadas en la imposterizable consecución de la justicia social, pues, el formalismo jurídico no debe silenciar en un Estado Social de Derecho y de Justicia, los reclamos de la realidad.

Asimismo, la ciega subordinación del juez a la ley tampoco debe prescindir de los valores y derechos constitucionales; ya que la garantía judicial de los derechos es la prueba, político-jurídica de la real existencia de un régimen de libertades y de un Estado de Derecho.

En este marco reflexivo, se enmarca el caso en cuestión, ya que para admitir la casación dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, carece de competencia alguna Sala que tenga atribuida tales funciones, por cuanto la Sala cúspide de dicha jurisdicción se encuentra reflejada en la Sala Político Administrativa, la cual ni en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ni en la actual Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia gozaba de tales prerrogativas para el conocimiento y posterior resolución de tan formalista recurso extraordinario.

Adicional a ello, debe destacarse que en primer lugar, los juicios contencioso administrativos no son juicios civiles, penales, mercantiles, marítimos, laborales, menores, de familia, ambientales, ni agrarios, razón por la cual dentro del marco de la competencia por la materia, tampoco es posible considerar la casación dentro de la jurisdicción contencioso administrativa dentro de las previsiones establecidas en el Código de Procedimiento Civil ni de las leyes especiales.

En segundo lugar, se advierte que ni la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia ni la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, consagran en su normativa el recurso de casación contra las decisiones que dicten los Juzgados competentes en dicha materia.

En tercer lugar, se advierte que la competencia que tienen atribuida la Sala Político Administrativa, no establece la consagración del recurso de casación y con respecto al razonamiento efectuado por la Sala de Casación Civil, debe reiterarse que las demandas patrimoniales contra los Estados y los Municipios no son juicios civiles, sino demandas contenciosas que se encuentran conociendo en virtud de un contencioso eventual, el cual a partir de la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia quedó derogado en cuanto a las demandas patrimoniales.

En cuarto lugar, se aprecia que la no consagración del mismo no vulnera el derecho a la igualdad, ni el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes, ya que contra dichas sentencias el ordenamiento jurídico ha previsto otra serie de recursos y solicitudes, los cuales pudieran ser invocados y ejercidos en su momento, según lo estimen convenientes las partes.

En atención a ello, se advierte que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su artículo 26, que todo ciudadano tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, la cual deberá tener como características el ser "*gratuita, acce-*

sible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles”; consagrándose así, lo que la doctrina ha denominado la garantía de la tutela judicial efectiva. Al efecto, ha señalado la jurisprudencia de este Máximo Tribunal, específicamente en sentencia de esta Sala N° 100 del 28 de enero de 2003, lo siguiente:

*“El derecho a la tutela judicial efectiva constituye uno de los principios de mayor trascendencia que definen y determinan la noción contemporánea del estado de derecho. El conjunto de derechos y garantías reconocidos en favor de los ciudadanos por el ordenamiento jurídico, se hace letra muerta, si el Estado no garantiza en forma prioritaria, la existencia y el respeto a un sistema jurisdiccional que permita libremente a los administrados exigir la protección plena de todas sus libertades.*

*En esa dimensión, el derecho a la tutela judicial efectiva se transforma en el primer y principal instrumento que asegura la justa, confiable y pacífica resolución de los conflictos entre particulares inherentes a la vida en sociedad, así como, la primera línea de protección de las libertades ciudadanas ante las eventuales actuaciones arbitrarias de los órganos del Estado.*

*Dos de las más importantes implicaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, lo conforman el derecho a la defensa y al debido proceso. El primero, entendido como la libertad de formular los alegatos, aportar las pruebas y ejercer los recursos que el ciudadano estime más convenientes para la causa que sostiene en resguardo de sus derechos e intereses y, el segundo, como la garantía de que todo juicio se ventile siguiendo un procedimiento previamente establecido por la ley, sin dilaciones indebidas, de carácter público, en fin, con respeto a todas las garantías procesales.”*

En tal sentido, esta garantía a la tutela judicial efectiva debe ser entendida como una manera de proteger el derecho de todos los ciudadanos a obtener la resolución, a través de los órganos jurisdiccionales, de las controversias que pudieran surgir entre ellos y para con el aparato estatal, y no como una forma de evadir las normas procesales existentes en el ordenamiento jurídico, ya que estas últimas tienen como fundamento y razón de ser, el hacer efectivo el ejercicio real de dicha garantía constitucional.

En efecto, no basta con que las personas tengan la posibilidad de acudir a los Tribunales a resolver sus controversias, sino que además, se deben establecer de antemano, algunas reglas tendientes a canalizar ese acceso, y más aún, de garantizar igualmente el efectivo derecho a la defensa de todos aquellos llamados a participar en un eventual litigio; motivo por el cual se han establecido las normas procesales.

Como consecuencia de ello, no puede interpretarse que la tutela judicial efectiva persigue la eliminación de todos los requisitos y formas necesarios para obtener decisiones de los órganos jurisdiccionales, sino sólo de aquellos que impliquen una eventual situación de desventaja o indefensión para cualquiera de las partes en un juicio. En este sentido, resulta una manifestación de ese derecho a la tutela judicial efectiva, la exigencia por parte de la ley, que los intervinientes en el proceso, estén debidamente asesorados por profesionales del Derecho.

Ciertamente, cuando el ordenamiento jurídico no contempla la existencia del recurso de casación para los juicios contencioso administrativos, ello no puede ser interpretado como el establecimiento de una traba al acceso a la justicia, ni una vulneración al derecho a la igualdad, muy por el contrario, esa exigencia representa una garantía del efectivo ejercicio del derecho a la defensa y al debido proceso, por cuanto el ordenamiento jurídico ha previsto otros mecanismos ordinarios más expeditos para que las sentencias dictadas en última instancia sean objeto de revisión, como lo serían el amparo contra sentencia o la solicitud de revisión.

Así pues, en otro orden de ideas la Sala advierte que resulta una obligación ineludible del juez que pretende sentar un nuevo criterio jurisprudencial por medio del análisis de las normas o principios constitucionales e incluso de las interpretaciones vinculantes establecidas

por esta Sala, que el mismo se realice ponderadamente sobre la base de criterios de razonabilidad en cuanto a la procedencia, necesidad y consecuencias jurídicas del cambio de criterio sobre la realidad social.

En efecto, el análisis de la norma constitucional no puede formularse en términos matemáticos que desconozcan la unidad del sistema normativo y que pueda hacer llevar al juez a conclusiones erróneas, en detrimento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y de la coherencia del sistema jurídico en un Estado de Derecho y Justicia.

En el presente caso, la Sala de Casación Civil de este Tribunal con el criterio sostenido en la sentencia objeto de revisión, se apartó de lo establecido no sólo por esa Sala, sino a lo dispuesto por la Sala Político Administrativa, que estableció la imposibilidad del ejercicio del recurso de casación contra las decisiones dictadas en última instancia por los órganos jurisdiccionales integrantes de la jurisdicción contencioso administrativa.

Es ineludible entonces que la respectiva interpretación constitucional considere las consecuencias del criterio que se asuma frente a determinada causa; en virtud que bajo la óptica de los principios de legalidad y de supremacía de la Constitución, la interpretación que se haga del Texto Fundamental afectará al ordenamiento jurídico como sistema, al estar constituido éste por un conjunto de normas coordinadas y vinculadas jerárquicamente entre sí.

Advierte la Sala que según los criterios antes expuestos, se debe atender a la normativa aplicable al caso en concreto (Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, aplicable *rationae temporis* al presente caso), la cual no contemplaba la existencia del recurso extraordinario de casación para los juicios contencioso administrativos.

Con fundamento en lo antes expuesto, debe esta Sala declarar ha lugar la revisión constitucional interpuesta y, en consecuencia, declarar nula la sentencia dictada por la Sala de Casación Civil el 30 de septiembre de 2004, que declaró con lugar el recurso de casación ejercido contra la sentencia dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Centro Norte el 9 de noviembre de 2001.

En consecuencia, se ordena a la Sala de Casación Civil que deberá fallar nuevamente sobre la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto contra las sentencias dictadas dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, en aplicación de la doctrina que aquí se ha sentado con carácter vinculante. Así se decide.

5. *El Contencioso Administrativo de los Contratos*

**TSJ-SPA (6013)**

**26-10-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: REFORMAN, CA. vs. Fondo Nacional para Edificaciones Penitenciarias (FONEP).

**No obstante la naturaleza pública del ente accionado, los documentos como valuaciones y actas, producidos todos con ocasión de un contrato de obra celebrado con un particular, son netamente consensuales, pues contienen, o bien la manifestación de voluntad de las partes sobre el curso de la obra (caso de las actas), o el visto bueno del Ingeniero Inspector designado por el contratante para supervisar los trabajos acordados, quien suscribe el documento junto con el ingeniero residente de la obra, en señal de conformidad (caso de las valuaciones).**

**Por consiguiente, a juicio de la Sala, la voluntad de las partes expresada a través de los instrumentos mencionados, configura una actuación enmarcada en el ámbito del derecho privado y, por ende regida por las normas que le son propias.**

En ese sentido, resulta fácil apreciar que se trata de documentos cuya formación obedece a fines distintos, dentro de las etapas necesarias para llevar a cabo una obra contratada con un ente público. Sin embargo, comparten una misma característica, y es la de que en su creación concurren las voluntades de ambas partes.

Dicho esto, a los efectos del análisis planteado es menester aclarar que el ente demandado es un instituto autónomo y, como tal, integra la Administración Pública Nacional Descentralizada. En efecto, el FONEP fue creado mediante ley, con personalidad jurídica y patrimonio propio e independiente del Fisco Nacional, tal como se evidencia de la Ley del Fondo Nacional Para Edificaciones Penitenciarias, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 35.737 del 21 de junio de 1995.

Ahora bien, no obstante la naturaleza pública del ente accionado, los documentos como valuaciones y actas, producidos todos con ocasión de un contrato de obra celebrado con un particular, son netamente consensuales, pues contienen, o bien la manifestación de voluntad de las partes sobre el curso de la obra (caso de las actas), o el visto bueno del Ingeniero Inspector designado por el contratante para supervisar los trabajos acordados, quien suscribe el documento junto con el ingeniero residente de la obra, en señal de conformidad (caso de las valuaciones).

Por consiguiente, a juicio de la Sala, la voluntad de las partes expresada a través de los instrumentos mencionados, configura una actuación enmarcada en el ámbito del derecho privado y, por ende, regida por las normas que le son propias.

Así las cosas, surge patente que teniendo el carácter de documentos privados, su desconocimiento debe ser resuelto por este juzgador mediante la aplicación de la normativa que al respecto prevén el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil (específicamente, en los artículos 1.363 y siguientes del primero, y 444 y siguientes del texto legal adjetivo).

Pues bien, el ente accionado actuó con apego a lo dispuesto en los mencionados dispositivos, al negar formalmente estas documentales en la contestación de la demanda. Así, la consecuencia jurídica que acarrearía tal actuación sería la pérdida del valor probatorio de todos los instrumentos objetados. Sin embargo, resulta imperioso hacer las siguientes observaciones:

2.3.- En cuanto a la Valuación N° 4 o de Cierre (sin fecha), y al acta levantada el 18 de marzo de 1997, debe decirse que éstas forman parte del grupo de documentales cuya exhibición solicitó la sociedad mercantil demandante.

Efectuado dicho acto el día 02 de octubre de 2002 (folio 429 de la primera pieza del expediente), el apoderado del FONEP manifestó en relación con estas y otras probanzas, que no fueron exhibidas *“por cuanto no se conoce su ubicación”*.

Situaciones como la descrita, son reguladas mediante la previsión contenida en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil:

*“La parte que deba servirse de un documento que según su manifestación, se halle en poder de su adversario podrá pedir su exhibición.*

*A la solicitud de exhibición deberá acompañar una copia del documento, o en su defecto, la afirmación de los datos que conozca el solicitante acerca del contenido del mismo y un medio de prueba que constituya por lo menos presunción grave de que el instrumento se halla o se ha hallado en poder de su adversario.*

*El Tribunal intimará al adversario la exhibición o entrega del documento dentro de un plazo que le señalará bajo apercibimiento.*

*Si el instrumento no fuere exhibido en el plazo indicado, y no apareciere en autos prueba alguna de no hallarse en poder del adversario, se tendrá como exacto el texto del documento, tal como aparece de la copia presentada por el solicitante y en defecto de ésta, se tendrán como ciertos los datos afirmados por el solicitante acerca del contenido del documento.*

*Si la prueba acerca de la existencia del documento en poder del adversario resultare contradictoria, el Juez resolverá en la sentencia definitiva, pudiendo sacar de las manifestaciones de las partes y de las pruebas suministradas las presunciones que su prudente arbitrio le aconsejen.”*

Ahora bien, aplicando el dispositivo transcrito, en el supuesto de no aparecer en autos prueba demostrativa de que los documentos cuya exhibición se pidió, no se hallan en poder del FONEP, deberán tenerse por exactos los textos de los mismos.

Expuesto lo anterior, puede constatar que la Valuación de Cierre está suscrita por el Ingeniero Residente de la obra y por el Ingeniero Inspector, pero no presenta la rúbrica del Ingeniero Supervisor, ni sello del FONEP en señal de que dicho documento ha seguido el trámite legal respectivo para su verificación y aprobación.

Al respecto, conviene destacar que el formato de esta valuación tiene la particularidad de prever un espacio físico para la firma del Ingeniero Supervisor (quien actúa por parte del FONEP). No significa esto que el Ingeniero Inspector no lleve a cabo sus funciones en nombre del FONEP, pues el artículo 41 de las Condiciones Generales de Contratación contenidas en el Decreto N° 1.417 de fecha 31 de julio de 1996 (publicado en *Gaceta Oficial* N° 5.096 Extraordinario del 16 de septiembre de 1996), es suficientemente claro al prever que:

*“El representante del Ente Contratante en la obra será el Ingeniero Inspector, en ejercicio legal, que se designe al efecto ... (omissis)”*

De esta forma, lo que a juicio de la Sala se deduce de la existencia de un espacio en el documento contentivo de la valuación, destinado a la firma del Ingeniero Supervisor, es que el ente contratante consideró la conveniencia de designar un funcionario que ejerciera labores de control y fiscalización de la obra, incluso sobre la actuación del Ingeniero Inspector. Este mecanismo de supervisión también está contemplado en el único aparte del artículo mencionado:

*“(omissis) ... Cuando la naturaleza de la obra lo requiera o cuando lo estime conveniente el Ente Contratante, podrá designar varios Ingenieros Inspectores, uno de ellos deberá ser designado Jefe de Grupo.”*

Así, la ausencia de la rúbrica del Ingeniero Supervisor en la Valuación N° 4, así como del sello del FONEP, permite inferir que ésta no le fue presentada al primero, y que además no fue sometida a la revisión que debía seguirse por parte de la dependencia competente, a los fines de su aprobación, conformación y posterior pago a la contratista.

De allí que surja la duda razonable de que este documento, cuya exhibición pidió la parte actora, se encuentre en los archivos del ente contratante. Por tanto, estima la Sala que en el presente caso, no se aplica la consecuencia prevista en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, de tener por exacto el contenido de la Valuación N° 4, por no haber sido exhibida por la representación judicial del FONEP en el plazo indicado.

Visto entonces que sobre la Valuación comentada subyace el desconocimiento formulado por la parte demandada en el escrito de contestación de la demanda, ha de considerarse que la misma no tiene eficacia probatoria. Así se decide.

Por lo que atañe al acta levantada en fecha 18 de marzo de 1997 (folio 64 de la primera pieza del expediente), denominada por la parte actora de *Inspección y Cierre*, o de *Corte de Cuenta y Cierre*, en ella se aprecia la signature de funcionarios al servicio del FONEP, quienes analizaron la posibilidad de *cerrar el contrato N° 96-O-011* y suscribir uno nuevo que contemplara aumentos, obras extras y obras complementarias del primero.

Concretamente, la reunión que motivó el levantamiento del acta en cuestión, se celebró el mismo día en la sede del FONEP, con la presencia de las siguientes personas:

**2.3.1.-** Ingeniero Pablo López, (por la sociedad mercantil REFORMAN, C.A.).

**2.3.2.-** Ingeniero José Zaatini, (por la sociedad mercantil Constructora ZS, C.A., de la cual se desconocen sus datos de registro).

**2.3.3.-** Ingeniero Diego Díaz (Jefe de Inspección del FONEP).

**2.3.4.-** Licenciado Héctor D'Vivo (Contralor Interno del FONEP).

**2.3.5.-** Coronel Alberto Istúriz (Gerente de Estudios y Proyectos del FONEP).

**2.3.6.-** Licenciado Edgar González (Auditor Interno, funcionario de la Contraloría Interna del FONEP).

Adicionalmente, se señaló en el instrumento en referencia que “(omissis) ... una vez analizados todos los Pro y los Contra de las discusiones y tomando en cuenta la recomendación del Contralor Interno del FONEP, Lic. Héctor D'Vivo se llegó a la conclusión entre las partes (REFORMAN-FONEP) de realizar un corte de cuenta de la obra ejecutada [refiriéndose a los trabajos que se llevaban a cabo en el Centro Agropecuario Reeducacional El Dorado] a la fecha con el propósito de cerrar este contrato ... (omissis)”; previo a la rúbrica de los asistentes a la reunión, se puede apreciar una NOTA que dice “El corte de cuenta se realizará los días jueves 20 y viernes 21 del presente mes”.

Pues bien, en criterio de esta Sala, la firma en el acta analizada, del Contralor Interno, del Gerente de Estudios y Proyectos, de un Auditor Interno y del Jefe de Inspección del FONEP, constituye un elemento del cual se deriva que la prueba en estudio se encuentra en poder de ese instituto autónomo.

Por ende, habida cuenta de que el acta del 18 de marzo de 1997 no fue presentada por el FONEP en la oportunidad fijada para su exhibición, en atención a lo preceptuado en el artículo 436 del Código de Procedimiento Civil, ésta ha de ser considerada como prueba fidedigna. Así se decide.

**2.4.-** Sobre el documento denominado *Acta de Obra*, del 11 de abril de 1997, cuya copia fotostática se encuentra inserta al folio 69 de la primera pieza del expediente, recayó también el desconocimiento planteado por el ente demandado.

Este instrumento fue emitido para hacer constar los resultados de la reunión celebrada el mismo día, en la que se acordó una prórroga de tres meses para la ejecución del contrato N° 96-O-011, y aparece suscrito por los ingenieros residente, inspector y supervisor de la obra.

No obstante haber sido impugnada esta acta, la misma fue consignada en copia simple por la parte accionada en fecha 02 de octubre de 2002, oportunidad en la que se llevó a cabo la prueba de exhibición promovida por la sociedad demandante. Por ello, el desconocimiento de esta probanza no puede producir el efecto de impedir su valoración; antes bien, para esta Sala, la misma ha de tener eficacia probatoria. Así se decide.

**2.5.-** Por lo que concierne a la Minuta de Reunión de Obra del 24 de abril de 1997, la representación de la parte actora señaló en su escrito de contestación de la demanda y reconvencción, lo siguiente: “*Expresamente se niega lo afirmado por el actor y en sentido que (SIC) la ejecución cabal de los trabajos se desprenda del contenido de una supuesta Minuta de Reunión de Obra de fecha 24ABR97, cuya existencia se desconoce*”, (folio 184 de la primera pieza del expediente).

En razón de la impugnación de esta probanza, la parte actora promovió en la oportunidad correspondiente, inspección judicial a ser realizada en la sede del FONEP, a los fines de establecer si cursan en sus archivos, documentos internos entre los que figura el documento señalado. Sin embargo, como ya se indicó en el capítulo correspondiente a las pruebas, tal inspección no fue evacuada por el tribunal comisionado.

Ahora bien, cabe destacar que en la oportunidad del acto de informes, la parte accionante acompañó a su escrito de conclusiones copia simple del indicado documento.

A través de este instrumento privado, suscrito por representantes de la sociedad mercantil Constructora ZS, C.A. y FONEP, se hizo una relación sobre el avance de las obras contratadas con diversas sociedades mercantiles, entre las que cuenta REFORMAN, C.A.

Expuesto lo anterior, esta Sala debe recordar que conforme a lo previsto en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil, los documentos privados deberán producirse dentro de los 15 días del lapso de promoción de pruebas o anunciarse dónde deban compulsarse. En este sentido el legislador impone, a modo de sanción por la intempestividad de la promoción de tales documentos, su inadmisibilidad.

Por tanto, en el caso de autos, debe declararse inadmisibile el documento privado en estudio, cuya copia simple fue consignada por la parte actora de manera extemporánea. Así se decide.

**2.6.-** De otra parte, fueron también desconocidos por la representación del FONEP, los anexos que se acompañaron al libelo de la demanda, signados con las letras “j”, “k” y “l”, referidos todos a comunicaciones remitidas por la sociedad mercantil REFORMAN, C.A., a través de su Director General y su Presidente, y dirigidas al Presidente de FONEP, en fechas 02 de junio de 1997, y 05 de julio y 23 de septiembre de 1998.

Mediante la primera de las referidas comunicaciones, el Director Gerente de la accionante informó al Presidente del FONEP que había culminado la ejecución del contrato suscrito por las partes. A través de la segunda de ellas, de fecha 05 de julio de 1997, se le solicitó al FONEP el pago de las cantidades adeudadas por ese ente por la ejecución del contrato denominado *Remodelación de los Pabellones (Cárcel Vieja) del Centro Agropecuario Reeducacional El Dorado, ubicado en el Estado Bolívar*; y finalmente, en la comunicación del 23 de septiembre de 1998, REFORMAN, C.A. insiste en la solicitud de pago formulada al contratante en anteriores oportunidades.

Pues bien, este desconocimiento generaría en principio, la pérdida de la eficacia probatoria de los tres documentos. No obstante, dado que fueron consignados por el representante de la parte demandada en fecha 02 de octubre de 2002, cuando se llevó a cabo el acto de exhibición promovido por la actora, las comunicaciones mencionadas han de tener fuerza probatoria para esta Sala, en tanto que su contenido no haga fe solamente en favor de REFORMAN, C.A., pues se trata de documentales emanadas de dicha sociedad mercantil. Así se decide.

**2.7.-** Por último, es preciso pronunciarse sobre las documentales acompañadas por la parte actora en la oportunidad en la cual presentó su escrito de informes. Concretamente, se consignaron, en copias fotostáticas, las siguientes probanzas:

**2.7.1.-** Minuta de Reunión de Obra del 24 de abril de 1997, sobre la cual la Sala hizo referencia.

**2.7.2.-** Memorandum de fecha 05 de junio de 1997, emanado de la Gerencia de Estudios, Proyectos y Construcción, y dirigido a la Gerencia de Administración y Finanzas, solicitándole a esta última que hiciera los trámites necesarios para la posterior elaboración, por parte de la Consultoría Jurídica, de un contrato a ser suscrito con la sociedad mercantil REFORMAN, C.A. para la ejecución de *obras varias para la conclusión de los galpones 3, 4 y 5 (Cárcel Vieja), Centro de Reeducación El Dorado*.

**2.7.3.-** Nota Informativa remitida en fecha 14 de julio de 1997, por la Gerencia de Estudios, Proyectos y Construcciones, y dirigida a la Gerencia de Brigada Presidente del FONEP, ambas de ese ente, mediante la cual la primera notifica a la segunda la situación de la obra ejecutada por REFORMAN, C.A. a la fecha.

Por lo que concierne al análisis de la Minuta de Reunión de Obra de fecha 24 de abril de 1997, por parte de esta Sala, ya su inadmisibilidad fue declarada en las líneas que anteceden.

Con respecto al Memorandum y la Nota Informativa, los mismos fueron emitidos en el seno del ente administrativo demandado. Estas son actuaciones internas dirigidas a formar la voluntad del organismo en relación con la contratación para la consecución de una obra originalmente contratada con la sociedad mercantil accionante.

Así, a pesar de que tales instrumentos demuestran la existencia de un proceso tendente a producir la voluntad del ente público frente a los particulares, éstos no pueden ser considerados como documentos públicos; antes bien, han de tratarse como documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos. Sobre este aspecto, ya se ha pronunciado la Sala, al estudiar el valor probatorio del expediente administrativo:

*“... (omissis) ya la Sala ha establecido en anteriores fallos (sentencia N° 300 del 28 de mayo de 1998) que la especialidad del documento administrativo lo configura como una tercera categoría de prueba instrumental. En efecto, esta especial clase de documento escrito no puede asimilarse al documento público definido en el artículo 1.357 del Código Civil, pues no participa del carácter negocial que caracteriza a este último. Sin embargo, su carácter auténtico deviene del hecho de ser una declaración emanada de un funcionario público, con las formalidades exigidas en el artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.*

Así, conforme al criterio sostenido por la doctrina nacional mayoritaria, con el cual coincide esta Sala, *el expediente administrativo se asemeja a los documentos privados reconocidos o tenidos por reconocidos (artículo 1.363 eiusdem), pero sólo en lo que concierne a su valor probatorio, dado que en ambos casos, se tiene por cierto su contenido, en tanto que las declaraciones efectuadas en dichos instrumentos no sean objeto de impugnación a través de cualquier género de prueba capaz de desvirtuar su veracidad.*” (Destacado de la Sala).

(Sentencia dictada en el expediente 0929, en el recurso de nulidad interpuesto por ASERCA AIRLINES, C.A. contra el acto administrativo contenido en la **Resolución N° 005**, emanada del **MINISTERIO DE INFRAESTRUCTURA**, en fecha 28 de febrero de 2000).

De esta forma, establecido como ha sido el carácter de documento privado reconocido o tenido por reconocido de las pruebas escritas bajo análisis, puede entonces afirmarse que por no tener la naturaleza de instrumentos públicos, éstas han debido ser producidas dentro de los 15 días del lapso de promoción de pruebas o anunciarse en él de dónde debían compulsarse, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil.

No siendo este el caso, pues la parte actora se limitó a producirlas junto con el escrito de informes, resulta forzoso para esta Sala desechar las copias fotostáticas del memorandum de fecha 05 de junio de 1997 y de la nota informativa del 14 de julio de 1997. Así se decide.

6. *El Contencioso Administrativo Especial*

A. *El Contencioso Administrativo Tributario*

a. *Suspensión de efectos del acto administrativo*

**TSJ-SPA (5992)**

**26-10-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) vs. R.C.T.V., C.A.

**Para que el juez contencioso tributario pueda decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo, deben siempre satisfacerse, de forma concurrente, el *periculum in damni* y el *fumus boni iuris*; ello con la finalidad de llevar al convencimiento del juzgador la necesidad de que la medida deba decretarse, para garantizar y prevenir el eventual daño grave, el cual pudiera causarse con la ejecución inmediata del acto administrativo tributario**

Vista la declaratoria contenida en la decisión judicial apelada, y de los alegatos esgrimidos en su contra por la representación judicial de CONATEL, así como de las defensas opuestas por los apoderados judiciales de la contribuyente, la controversia planteada en el caso bajo análisis queda circunscrita a verificar si la medida cautelar de suspensión de efectos acordada por el *a quo*, con ocasión del recurso contencioso tributario incoado por la sociedad mercantil R.C.T.V., C.A., contra el Acta Fiscal N° GGA/GRF/DF/ACTA N° 042 del 19 de marzo de 2003, la Resolución Culminatoria del Sumario Administrativo N° GRF/000206 de fecha 04 de febrero de 2004, y las Planillas de Liquidación de Intereses y Multa, identificadas al inicio de la sentencia, se ajusta o no a las exigencias de Ley.

En tal sentido, esta Sala considera oportuno citar el contenido del artículo 263 del vigente Código Orgánico Tributario, el cual dispone lo siguiente:

*“Artículo 263. La interposición del recurso no suspende los efectos del acto impugnado; sin embargo, a instancia de parte, el tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho. Contra la decisión que acuerde o niegue la suspensión total o parcial de los efectos del acto, procederá recurso de apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo.*

*La suspensión parcial de los efectos del acto recurrido no impide a la Administración Tributaria exigir el pago de la porción no suspendida ni objetada.”* (Destacado de la Sala).

De la disposición antes transcrita, se observa que la suspensión de los efectos del acto recurrido en materia tributaria, no ocurre en forma automática con la interposición del recurso contencioso tributario (como sucedía bajo la vigencia del Código Orgánico Tributario de 1994), sino que por el contrario debe considerarse como una medida cautelar que el órgano jurisdiccional puede decretar a instancia de parte.

Asimismo, del citado artículo 263 del Código Orgánico Tributario, se desprende que para la procedencia de la medida cautelar de suspensión de efectos deben cumplirse ciertas exigencias, que conforme con el texto de la norma se refieren a *“que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho”*.

De este modo, la interpretación literal del texto antes transcrito permitiría afirmar, en principio, la posibilidad de que los requisitos para decretar la medida cautelar en materia tributaria no sean concurrentes, tal como lo afirma el *a quo* en su sentencia interlocutoria. Sin embargo, la Sala considera necesario advertir que las interpretaciones de los textos normativos deben realizarse con base en una comprensión integral de éstos, lo cual le impone efectuar dichas interpretaciones de forma sistemática con respecto a todo el ordenamiento jurídico.

Tomando en consideración tal circunstancia, la Sala juzga necesario y pertinente citar, en esta oportunidad, el criterio plasmado en su Sentencia N° 00607 de fecha 3 de junio de 2004, caso: *Deportes El Márquez, C.A.*, posteriormente ratificado por los fallos N° 00737 del 30 de junio de 2004, caso: *Mercedes Benz Venezuela, S.A.*; 01023 del 11 de agosto de 2004, caso: *Agencias Generales Conaven, C.A.*; 01677 del 6 de octubre de 2004, caso: *Servicios Especiales San Antonio, S.A.* y; 04258 del 16 de junio de 2005, caso: *Inversiones Camirra, S.A.*, el cual es del tenor siguiente:

*“En el caso sub júdice, tenemos que el citado texto normativo que consagra la procedencia de la suspensión del acto administrativo tributario, consta de dos enunciados: a) que la ejecución del acto pudiera causar graves perjuicios al interesado; b) que la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho.*

*En tal sentido, debe analizarse si la ‘o’ a la que hace referencia la norma es disyuntiva por interpretación literal o gramatical, para entender que los requisitos de procedencia de la medida cautelar no son concurrentes, o si, por el contrario, la ‘o’ debe ser objeto de una interpretación más amplia de una mera comprensión gramatical.*

*De seguirse la interpretación literal, podríamos decir que si la ‘o’, que separa ambos enunciados es disyuntiva, bastaría con que uno solo de los enunciados se verificase para que se diera la consecuencia jurídica de la norma.*

*Aplicando lo anterior a dicha disposición legal, tendríamos que admitir que podrían decretarse medidas cautelares con la sola verificación del *fumus boni iuris* o con la sola verificación del *periculum in damni*.*

*En este punto del razonamiento, caben hacerse las siguientes preguntas: ¿el solo *fumus boni iuris* es suficiente para suspender los efectos de un acto administrativo tributario?; y por otra parte ¿la sola verificación del *periculum in damni* es capaz de suspender los efectos del acto administrativo tributario?*

*Dentro de este contexto, debe hacerse referencia a que las medidas cautelares de suspensión de efectos del acto administrativo tributario, se dictan cuando ellas sean necesarias para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación causados por la ejecución inmediata del acto administrativo tributario, en cuyo caso, de acordarse, debe ser con fines preventivos y no con fines ejecutivos o de reparación definitiva del daño.*

*Esta actividad preventiva de las medidas cautelares en el contencioso tributario, a diferencia de otros procesos, no está dirigida a asegurar las consecuencias de la sentencia futura del proceso principal, por el retardo en el mismo, sino que, por el contrario, busca suspender los efectos de un acto administrativo cuya ejecución inmediata pueda causar daños graves, razón por la cual, en este caso, debe hablarse de peligro de daño o *periculum in damni* según denominación de algún sector de la doctrina. Vale decir, que el peligro aquí no se identifica porque quede ilusoria la ejecución de un futuro fallo, sino por la debida comprobación por parte del juez de que la ejecución inmediata del acto administrativo tributario pueda causar un daño grave e inminente al contribuyente.*

*En cuanto a la exigencia del *fumus boni iuris*, es decir, de la probable existencia de un derecho, del cálculo o verosimilitud de que la pretensión principal será favorable al accionante, dicho requisito no puede derivar únicamente de la sola afirmación del accionante, sino que debe acreditarse en el expediente.*

*Por otra parte, debe aclararse que el acto administrativo tributario cuya suspensión se pide ante el órgano jurisdiccional, se presume dictado con apego a la ley, es decir, que el acto administrativo tributario goza de una presunción de legalidad, al ser dictado por órganos o entes públicos que poseen competencias y atribuciones contempladas en la ley para el ejercicio de la actividad administrativa tributaria.*

*Es por esta especial razón, que el decretar judicialmente la suspensión del acto administrativo, supone una excepción a los principios de ejecutividad y ejecutoriedad inmediata de los actos administrativos, ambos principios derivados de la referida presunción de legalidad.*

*Así, tomando en consideración dicha circunstancia, la sola apariencia del buen derecho no es suficiente para suspender el acto administrativo tributario; sino que además la ejecución del acto administrativo debe causar perjuicios al interesado, peligro éste calificado por el legislador como grave. La apariencia del derecho y el peligro inminente de daño grave en los derechos e intereses del interesado sería lo que, en todo caso, justificaría la suspensión de los efectos del acto administrativo tributario.*

*En cuanto a la posibilidad de acordar la suspensión de los efectos del acto administrativo tributario con la sola verificación del *periculum in damni*, considera la Sala que tampoco puede aisladamente solicitarse y decretarse, en razón de que carece de sentido que un contribuyente que no tenga la apariencia o credibilidad de la existencia de un buen derecho, pueda alegar que se le está causando un daño grave.*

***Entonces, al haber quedado evidenciado que ambos enunciados constitutivos del texto legal, a saber, *periculum in damni* y *fumus boni iuris*, no se dan en forma completa al analizarse por separado, conforme a lo explicado debe concluirse que ambos forman parte de una unidad, por lo cual no puede hablarse, en este caso, de disyunción en la proposición normativa sino de conjunción, ya que dichos enunciados o las partes que la conforman para ser válidos, esto es, verificarse en la realidad, deben verse en forma conjunta, y no sosteniendo que indistintamente la existencia de que cada uno, por separado, es capaz de lograr la consecuencia jurídica del texto legal.***

***Conforme a todo lo expuesto, esta Sala debe realizar una interpretación correctiva de la norma sobre la base de los razonamientos expresados y, en tal sentido, entender de la referida disposición legal que para que el juez contencioso tributario pueda decretar la suspensión de los efectos del acto administrativo, deben siempre satisfacerse, de forma concurrente, los dos requisitos antes señalados, vale decir, *periculum in damni* y *fumus boni iuris*; ello con la finalidad de llevar al convencimiento del juzgador la necesidad de que la medida deba decretarse, para garantizar y prevenir el eventual daño grave, el cual pudiera causarse con la ejecución inmediata del acto administrativo tributario...".*** (Negrillas de la Sala).

En atención a la decisión precedentemente transcrita, esta Sala estima, a diferencia de lo sostenido por el *a quo* en su sentencia, y a lo alegado por la contribuyente en su contestación a la apelación, que las exigencias enunciadas en el artículo 263 del vigente Código Orgánico Tributario, no deben examinarse aisladamente, sino en forma conjunta, porque la existencia de una sola de ellas no es capaz de lograr la consecuencia jurídica descrita en dicho texto legal, cual es la suspensión de los efectos del acto impugnado, en tanto que mal podrían enervarse los efectos de un acto revestido de una presunción de legalidad si éste no supone para el solicitante un perjuicio real de difícil o imposible reparación causado por la ejecución inmediata del acto administrativo, o si tal perjuicio no ostenta respecto del acto en cuestión una situación jurídica positiva susceptible de protección en sede cautelar.

Tan es así, que las previsiones generales en materia de medidas cautelares contenidas en el Código de Procedimiento Civil, exigen la concurrencia de los requisitos de procedencia de tales medidas, no existiendo en el ámbito contencioso tributario -como tampoco ocurre en el contencioso administrativo- una razón lógica para soportar lo contrario, esto es, el otorgamiento de la medida cautelar de que se trate por la sola verificación de uno de los aludidos extremos.

En tal sentido, la medida preventiva de suspensión de efectos procede únicamente cuando se verifiquen concurrentemente los supuestos que la justifican, esto es, que la medida sea necesaria a los fines de evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación y que adicionalmente resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable, a todo lo cual debe agregarse la adecuada ponderación del interés público involucrado. Así se decide.

**TSJ-SPA (5992)**

**26-10-2005**

Magistrado Ponente: Evelyn Marrero Ortíz

Caso: Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL) vs. R.C.T.V., C.A.

**Respecto de cualquier acto administrativo de contenido tributario puede solicitarse en vía judicial la suspensión de sus efectos, pues el artículo 263 del vigente Código Orgánico Tributario no establece distinción alguna en relación a qué tipo de actos pueden ser objeto de esa suspensión, entendiéndose entonces que se trata de todos los “actos de la Administración Tributaria de efectos particulares, que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados” de conformidad con lo previsto en el artículo 242 en concordancia con el artículo 259 del Texto Normativo en referencia.**

La Administración, en sentido amplio, dispone de poderes conforme a los cuales puede modificar unilateralmente situaciones jurídicas de los administrados sin necesidad de acudir al Juez. En nuestro ordenamiento jurídico, el acto administrativo desde que es dictado tiene fuerza obligatoria, se presume legítimo siempre y cuando haya sido emitido por órgano o funcionario competente, y debe cumplirse a partir del momento en que es definitivo, vale decir, en tanto que resuelva el fondo del asunto, principio éste conocido como “*ejecutividad*”.

Por otra parte, cuando la Administración impone a través de sus actos deberes o limitaciones, tiene la posibilidad de actuar aun en contra de la voluntad de los administrados, sin necesidad de obtener previamente una declaración judicial al respecto, es entonces cuando estamos en presencia del principio que ha sido denominado “*ejecutoriedad*”.

Así debe concluirse que la ejecutividad es una prerrogativa propia de todo acto administrativo, en el sentido de que éste no requiere la homologación de un ente distinto a la administración para que produzca sus efectos, mientras que la ejecutoriedad alude a la facultad que tiene la administración de ejecutar por sí sola los actos que dicta, aún contra la voluntad de los administrados.

En conexión con lo anterior, el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos reconoce la posibilidad de la Administración de materializar de manera inmediata sus actuaciones, al establecer expresamente lo siguiente: “*Los actos administrativos que requieran ser cumplidos mediante actos de ejecución, deberán ser ejecutados por la Administración en el término establecido. A falta de este término, se ejecutarán inmediatamente.*”

Cabe destacar, que tal posibilidad se fundamenta principalmente, en la presunción *iuris tantum* de legalidad que tienen los actos administrativos y en la necesidad de que se cumplan los intereses públicos que orientan la actividad administrativa.

En este orden de ideas, se observa que la ejecutoriedad sólo procede cuando existe un acto administrativo formal. Al efecto, el artículo 78 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos señala: “*Ningún órgano de la Administración podrá realizar actos materiales que menoscaben o perturben el ejercicio de los derechos de los particulares, sin que previamente haya sido dictada la decisión que sirva de fundamento a tales actos*”. Esta condición se complementa con la necesidad de la efectiva notificación del acto.

Ahora bien, la facultad reconocida a la Administración de ejecutar por sí sola, materialmente, los derechos que de tales actos deriven, aún en contra de los obligados, puede lograrse sin que sea necesario acudir a los tribunales, tal como expresamente lo establece el artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, al señalar que: “*La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia Administración, salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial.*”

En sintonía con lo expuesto, cabe resaltar que en principio todos los actos administrativos son ejecutables, es decir, gozan de las prerrogativas de ejecutividad y ejecutoriedad una vez dictados y debidamente notificados, a menos que la Administración o un Tribunal acuerde la suspensión de los efectos del acto recurrido a través de una medida cautelar, único mecanismo que dicho sea de paso, puede detener la ejecución de un acto administrativo definitivo, toda vez que la suspensión de efectos del acto de que se trate, es una excepción al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos.

Sin embargo, como acertadamente lo indicó el *a quo*, existen casos en los cuales la ejecución forzosa no puede hacerse por la propia Administración, sino que tiene que ser realizada por el órgano judicial. Por ejemplo: Si la Administración Tributaria determina un tributo y emite una planilla de liquidación a cargo de un contribuyente, dicha Administración no puede cobrar forzosamente el impuesto en vía administrativa, sino que tiene que acudir a la vía judicial a través del juicio ejecutivo previsto en el artículo 289 y siguientes del vigente Código Orgánico Tributario, cuando el acto estuviere definitivamente firme por no haber sido recurrido en sede judicial en el lapso legal correspondiente o bien mediante el procedimiento de ejecución de sentencias, en el supuesto de que el acto tras haber sido impugnado en vía judicial, se declare sin lugar el recurso contencioso tributario interpuesto.

De lo dicho hasta ahora, se concluye que existen actos administrativos que son ejecutados directamente por la Administración, los cuales gozan de las prerrogativas de ejecutividad y ejecutoriedad y otros que al requerir la intervención del Poder Judicial para su ejecución, sólo ostentan la primera de las aludidas prerrogativas, es decir, que únicamente tienen el carácter de título ejecutivo, entre los que se destaca la determinación de tributos e imposición de sanciones pecuniarias, tal como lo manifestó el *a quo* en la sentencia objeto de análisis.

No obstante, esta Sala no comparte la expresado por el sentenciador de la primera instancia en relación a que en el caso de los actos que no pueden ser ejecutados por la propia administración (que no gozan de ejecutoriedad), la interposición del recurso contencioso tributario suspende automáticamente su ejecución sin necesidad de una disposición legal que así lo consagre, hasta tanto adquiera firmeza definitiva, toda vez que a juicio de esta Alzada respecto de cualquier acto administrativo de contenido tributario puede solicitarse en vía judicial la suspensión de sus efectos, pues el artículo 263 del vigente Código Orgánico Tributario no establece distinción alguna en relación a qué tipo de actos pueden ser objeto de esa suspensión, entendiéndose entonces que se trata de todos los “*actos de la Administración Tributaria de efectos particulares, que determinen tributos, apliquen sanciones o afecten en cualquier forma los derechos de los administrados*” de conformidad con lo previsto en el artículo 242 en concordancia con el artículo 259 del Texto Normativo en referencia.

En refuerzo de lo anterior, cabe citar el párrafo primero del mencionado artículo 263 del Código Orgánico Tributario, el cual establece:

“Artículo 263.

*Parágrafo Primero: En los casos en que no se hubiere solicitado la suspensión de los efectos en vía judicial, estuviere pendiente de decisión por parte del Tribunal o la misma hubiere sido negada, la Administración Tributaria exigirá el pago de las cantidades determinadas, siguiendo el procedimiento previsto en el Capítulo II del Título VI de este Código; pero el remate de los bienes que se hubieren embargado se suspenderá si el acto no estuviere definitivamente firme (...).”*

De la norma parcialmente transcrita, se desprende de manera diáfana que mientras no hayan sido suspendidos en vía judicial los efectos del acto recurrido, la Administración Tributaria puede perfectamente exigir a través del procedimiento del juicio ejecutivo el pago de las cantidades determinadas en el referido acto, sólo que el remate de los bienes que hubieren sido objeto de embargo se suspenderá hasta tanto el acto no se encuentre definitivamente firme, esto es, cuando se dicte sentencia que ponga fin al juicio incoado.

Con fundamento en las razones precedentemente expuestas, se impone a esta Sala estimar procedente la denuncia invocada por la representación de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones CONATEL, circunscrita al error en la interpretación del contenido y alcance del artículo 263 del vigente Código Orgánico Tributario. Así se declara.

b. *Pruebas*

a'. *Principio de libertad de los medios de pruebas*

**TSJ-SPA (6140)**

**9-11-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: VENECIA NEPTUN TOWING OFFSHORE AND SALVAGE C.A. (NEPTUVEN) vs. SENIAT.

**La Sala Político-Administrativa mantiene el criterio existente de que en materia tributaria rige el principio de libertad de los medios de pruebas, debiendo rechazarse cualquier tendencia restrictiva sobre la admisibilidad de los medios probatorios que hayan seleccionado las partes para hacer valer la defensa de sus derechos e intereses, con excepción de aquellos que resulten legalmente prohibidos o sean impertinentes para la demostración de sus pretensiones.**

Precisados los fundamentos de la apelación ejercida, esta Sala considera pertinente reiterar su criterio en cuanto al régimen legal aplicable para la admisión de las pruebas en el ordenamiento jurídico venezolano. Así, en sentencia publicada por esta Sala en fecha 16 de julio de 2002, bajo el N° 0968, caso: *Interplantconsult, S.A.*, se estableció lo siguiente:

*“Conforme ha sido expuesto por la doctrina procesal patria y reconocido por este Tribunal Supremo de Justicia, el llamado sistema o principio de libertad de los medios de prueba es absolutamente incompatible con cualquier intención o tendencia restrictiva de admisibilidad del medio probatorio seleccionado por las partes, con excepción de aquellos legalmente prohibidos o que resulten inconducentes para la demostración de sus pretensiones, lo cual se deduce sin lugar a equívocos del texto consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil, que dice:*

*‘Son medios de prueba admisibles en cualquier juicio aquellos que determina el Código Civil, el presente Código y otras leyes de la República.*

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

*Vinculado directamente a lo anterior, destaca la previsión contenida en el artículo 398 eiusdem, alusiva al principio de la libertad de admisión, conforme al cual el Juez, dentro del término señalado, ‘... providenciará los escritos de pruebas, admitiendo las que sean legales y procedentes y desechando las que aparezcan manifiestamente ilegales e impertinentes’; siendo dicho principio recogido en el Código Orgánico Tributario de 1994, en el primer aparte de su artículo 193, pero atenuado por las excepciones del juramento y de la confesión de empleados públicos, el cual reza:*

*'(...) Serán admisibles todos los medios de pruebas, con excepción del juramento y de la confesión de empleados públicos, cuando ella implique prueba confesional de la Administración.(...).'*

*En el contexto de la materia debatida, así fue reconocido el alcance de dicho principio por la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa-Especial Tributaria, sobre cuya base decidió que: '..., resulta contrario a toda lógica jurídica, pretender limitar las pruebas del cumplimiento de una obligación a un único instrumento (...), más aun, cuando el propio Código Orgánico Tributario permite, con las excepciones ya mencionadas, la admisión en los procedimientos tributarios de cualquier medio probatorio, ello en concordancia con el citado principio de libertad de medios probatorios consagrado en el artículo 395 del Código de Procedimiento Civil' (Sentencia del 18/07/96, Caso: Ramírez Salaverría, C.A).*

*Cabe observar que en términos similares permanece consagrado el dispositivo supra citado en el novísimo Código Orgánico Tributario promulgado el 17 de octubre de 2001, cuyo artículo 269, con especial referencia a su primer aparte, establece:*

*"Dentro de los primeros diez (10) días de despacho siguientes de la apertura del lapso probatorio, las partes podrán promover las pruebas de que quieran valerse.*

*A tal efecto, serán admisibles todos los medios de pruebas, con excepción del juramento y de la confesión de funcionarios públicos cuando ella implique la prueba confesional de la Administración. En todo caso, las pruebas promovidas no podrán admitirse cuando sean manifiestamente ilegales o impertinentes."*(Destacado de la Sala)

*Conforme a las consideraciones precedentes, entiende la Sala que la providencia interlocutoria a través de la cual el Juez se pronuncie sobre la admisión de las pruebas promovidas, será el resultado de su juicio analítico respecto de las condiciones de admisibilidad que han de reunir las pruebas que fueran promovidas, es decir, de las reglas de admisión de los medios de pruebas contemplados en el Código de Procedimiento Civil y aceptados por el Código Orgánico Tributario, en principio atinentes a su legalidad y a su pertinencia; ello porque sólo será en la sentencia definitiva cuando el Juez de la causa pueda apreciar, al valorar la prueba y al establecer los hechos objeto del medio enunciado, si su resultado incide o no en la decisión que ha de dictar respecto de la legalidad del acto impugnado.*

*Así las cosas, una vez se analice la prueba promovida, sólo resta al juzgador declarar su legalidad y pertinencia y, en consecuencia, habrá de admitirla, salvo que se trate de una prueba que aparezca manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, o cuando el hecho que se pretende probar con el medio respectivo no guarde relación alguna con el hecho debatido, ante cuyos supuestos tendría que ser declarada como ilegal o impertinente y, por tanto, inadmitida. Luego entonces, es lógico concluir que la regla es la admisión y que la negativa sólo puede acordarse en casos excepcionales y muy claros de manifiesta ilegalidad e impertinencia, premisa que resulta aplicable a los procesos contencioso tributarios. (Sentencia N° 2189 de fecha 14-11-00, dictada por la Sala Político Administrativa de este Tribunal Supremo de Justicia / Caso: PETROZUATA, C.A.).*

*Además, observa esta alzada que dichas reglas de admisión también exigen del Juez el análisis de la conducencia del medio de prueba propuesto, es decir, su idoneidad como medio capaz de trasladar al proceso hechos que sean conducentes a la demostración de las pretensiones del promovente".*

Conforme se desprende de la transcripción anterior, es criterio de esta Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, que en materia tributaria rige el principio de libertad de los medios de pruebas, debiendo rechazarse cualquier tendencia restrictiva sobre la admisibilidad de los medios probatorios que hayan seleccionado las partes para hacer valer la defensa de sus derechos e intereses, con excepción de aquellos que resulten legalmente prohibidos o sean impertinentes para la demostración de sus pretensiones.

En tal sentido, corresponderá al juez de la causa declarar la legalidad y pertinencia de la prueba promovida una vez realizado el juicio analítico que le concierna respecto de las condiciones exigidas para la admisibilidad del medio probatorio escogido por las partes, atendiendo a lo dispuesto en las normas que regulan las reglas de admisión de las pruebas contenidas tanto en el Código Orgánico Tributario como en el Código de Procedimiento Civil, siendo en la sentencia definitiva cuando el juez de la causa, como resultado del juicio de valor que debe realizar sobre la prueba promovida, determine la incidencia de la misma sobre la decisión que habrá de dictar en cuanto a la legalidad del acto impugnado.

b'. *Medios de pruebas*

a''. *Perito testigo*

**TSJ-SPA (6140)**

**9-11-2005**

Magistrado Ponente: Levis Ignacio Zerpa

Caso: VENECIA NEPTUN TOWING OFFSHORE AND SALVAGE C.A. (NEPTUVEN) vs. SENIAT.

**La Sala señala las diferencias y similitudes existentes entre las pruebas de perito testigo y las testimoniales.**

Ahora bien, en cuanto a la señalada prueba de perito testigo debe indicarse que tradicionalmente un destacado sector de la doctrina nacional, ha visto el fundamento legal de su admisibilidad en el proceso probatorio venezolano en una interpretación concatenada de los artículos 395 del Código de Procedimiento Civil, 132 de la Ley Orgánica sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas y 98 de la Ley Orgánica de Salvaguarda de Patrimonio Público (las dos últimas normativas actualmente derogadas por el Código Orgánico Procesal Penal), argumentando que la misma forma parte de las denominadas pruebas libres admitidas en derecho al no estar expresamente prohibidas por la ley, siendo valoradas conforme a las reglas de la sana crítica.

En este sentido, se ha indicado que mediante dicha prueba se pretende que el experto llamado a juicio como testigo, deponga de la misma forma que un testigo ordinario sobre las características de los hechos litigiosos, estándole permitido inclusive, emitir juicios de valoración conforme a los especiales conocimientos que posee en una determinada materia.

Bajo tales premisas, suele señalarse que dicha prueba de perito-testigo se diferencia del denominado testigo calificado, sub-tipo de la prueba testimonial, por cuanto al perito-testigo si bien le es dado declarar sobre hechos que percibió en el momento en que se verificaron, tal como sucede respecto del testigo ordinario, debido a que posee conocimientos especializados en una determinada área o materia, lo dicho por él en juicio encuentra mayor peso probatorio que el de un simple testigo. En tal sentido, agrega la doctrina que mientras el testigo calificado nunca será considerado como un experto, el perito-testigo podrá deponer sobre hechos deducidos a pesar de no haberlos presenciado.

Ello así, resultará cualidad fundamental para calificar como perito-testigo, poseer los conocimientos especializados en una determinada área del saber, pudiendo promoverse dicho medio de prueba para comprobar los mismos hechos susceptibles de conocerse por medio de un dictamen pericial, en atención a las particulares características de dicha prueba, las cuales han llevado a catalogarla como "un híbrido de experticia con testimonio".

Derivado de las consideraciones precedentes, y aun cuando tal prueba ha sido concebida como un medio distinto del testimonio, sucede que en virtud de sus múltiples similitudes, le son aplicables las normas adjetivas dictadas para regular la prueba testimonial; así por ejemplo, será procedente la aplicación de las reglas de promoción del señalado medio, sin necesidad de que medie una designación y posterior aceptación y juramentación por parte del

perito-testigo, en atención a que éste no va a desempeñar un cargo judicial. Resultarán asimismo aplicables, la tacha como testigo y no la recusación como experto, siendo lo procedente para su evacuación la declaración oral sujeta a repregunta conforme a las normas de control del testigo, no pudiendo solicitarse la aclaratoria o ampliación propias del dictamen pericial.

Tal posición doctrinaria es compartida por esta Sala, debiendo en consecuencia, admitirse la factibilidad legal de dicho medio probatorio en el proceso contencioso administrativo, particularmente, en el contencioso tributario. Así se establece.

b''. *Copias certificadas*

**TSJ-SPA (6004)**

**26-10-2005**

Magistrado Ponente: Yolanda Jaimes Guerrero

Caso: Manufacturas Unicen, C.A. vs. SENIAT

Referente al desconocimiento de las copias certificadas consignadas en el escrito de fundamentación por el Fisco Nacional, la Sala observa que las copias certificadas de documentos contenidos en expedientes administrativos y emanados por funcionarios públicos, como en el presente caso, gozan de una presunción de legitimidad, autenticidad y veracidad, pero tal presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario.

Ahora bien, en el presente caso el apoderado judicial de la contribuyente *desconoce* las referidas copias certificadas, pero sin aportar elemento alguno que sustente tal afirmación; En consecuencia, resulta forzoso para esta Sala declarar improcedente la anterior petición. Así se declara.

B. *El Contencioso Administrativo de la Propiedad Intelectual*

Véase: Página 146 de esta *Revista*

**TSJ-SC (4223)**

**9-12-2005**

Magistrado Ponente: Pedro Rafael Rondón Haaz

Caso: Impugnación del artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas.

**En el ordenamiento venezolano la competencia respecto de la solución de conflictos que se funden en infracciones a la propiedad intelectual corresponde, por antonomasia, a los órganos del Poder Judicial y no a las autoridades administrativas, a las que, en principio, corresponden las competencias de registro y supervisión en los términos en que lo establezcan las respectivas leyes. En consecuencia, la medida de prohibición de desaduanamiento que preceptúa el artículo 87 de la Ley Orgánica de Aduanas será decretada por el Juez de Municipio del lugar donde deban ejecutarse, quien solicitará a la autoridad aduanera correspondiente su ejecución, en los términos y condiciones que dispone esa norma jurídica.**

C. *El Contencioso Administrativo de los Conflictos. Controversias Administrativas: Competencia de la Sala Político Administrativa*

**TSJ-SPA (6088)**

**3-11-2005**

Magistrado Ponente: Emiro García Rosas

Caso: Alcaldes de los Municipio José Antonio Páez y Rómulo Gallegos, Estado Apure vs. Alcalde del Distrito Alto Apure.

**La Sala Político Administrativa confirma su Doctrina y Jurisprudencia respecto a la necesidad de que aquellas controversias entre autoridades que afecten notablemente el desenvolvimiento de los procesos administrativos, jurídicos y sociales de un determinado ente territorial deben ser resueltas por este Máximo Tribunal, toda vez que ese es el único requisito que permite sopesar la aplicación del procedimiento establecido en la ley y recuperar con ello la gobernabilidad y apego a la normativa administrativa que pudiera haberse afectado en ese trance, dada la multiplicidad de interacciones administrativas entre distintos entes estatales, regionales, locales, descentralizados y desconcentrados, de diversas entidades, incluyendo a entes nacionales.**

En el presente caso se ha planteado una controversia administrativa entre los **ALCALDES DE LOS MUNICIPIOS JOSÉ ANTONIO PÁEZ** y **RÓMULO GALLEGOS** y el **ALCALDE DEL DISTRITO DEL ALTO APURE**, todos del Estado Apure, en relación a la entrega de la parte del “*subsidio de régimen especial*”, que les correspondería a las mencionadas entidades municipales por disposición de la Ley Especial que crea el Distrito del Alto Apure.

Ahora bien, 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”.*

De igual forma se observa, que en atención a la norma constitucional indicada, 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 del 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 directa e inmediata, en ejecución de la ley; (...)*

*El Tribunal conocerá en Sala Plena los asuntos a que se refiere este artículo en sus numerales 1 al 2. En Sala Constitucional los asuntos previstos en los numerales 3 al 23. En Sala Político-Administrativa los asuntos previstos en los numerales 24 al 37. (...).”*

De esta manera, esta Sala Político-Administrativa resulta competente para resolver las controversias administrativas que le sean planteadas, de conformidad con el numeral 4 del

artículo 266 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en concordancia con lo previsto en el numeral 32 del artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela. Así se declara.

Precisada la competencia de la Sala para conocer del presente asunto, se observa que se ha planteado una controversia administrativa, en virtud de la existencia de un conflicto surgido entre los Alcaldes recurrentes y el **ALCALDE DEL DISTRITO DEL ALTO APURE**.

La Sala, sin prejuzgar sobre el fondo del asunto planteado, advierte que, efectivamente, la existencia de un conflicto entre los **ALCALDES DE LOS MUNICIPIOS JOSÉ ANTONIO PÁEZ** y **RÓMULO GALLEGOS**, ambos del Estado Apure y el **ALCALDE DEL DISTRITO DEL ALTO APURE**, debido a la entrega de la parte correspondiente del “*subsidio de régimen especial*” para los dos primeros, podría afectar el normal desenvolvimiento de las actividades de esos Municipios, y ello se reflejaría en la posible afectación de la construcción de obras de infraestructura de esas localidades, mermando así el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos que habitan en esas entidades, al cual propenden indudablemente tanto la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y la Ley Especial que crea el Distrito del Alto Apure, instrumentos normativos que destacan la participación y atención a las comunidades. Ello adquiere suprema importancia en el caso de autos, al tratarse de Municipios ubicados en zonas fronterizas, con un incipiente desarrollo de servicios básicos y sometidos a problemáticas muy particulares que la referida Ley propone solventar. El éxito de la gestión administrativa ajustada a los principios y fundamentos constitucionales y legales, depende en buena parte, de la armonía y cooperación que pueda existir entre estos tres entes, en los términos citados en el artículo 1 de la Ley Especial que crea el Distrito del Alto Apure:

*“Artículo 1. Se crea el Distrito del Alto Apure para establecer un régimen especial para los Municipios José Antonio Páez y Rómulo Gallegos del Estado Apure, conforme a lo establecido en el numeral 3 de la Disposición Transitoria Tercera de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con la finalidad de que sus habitantes y gobernantes asuman la autonomía de gestión de sus respectivos intereses, en el marco protagónico de la participación ciudadana y comunitaria; y regular el ordenamiento de su régimen de gobierno, organización, funcionamiento, administración, competencia y recursos”.*

Así pues, en reiterada doctrina, esta Sala ha confirmado la necesidad de que aquellas controversias entre autoridades que afecten notablemente el desenvolvimiento de los procesos administrativos, jurídicos y sociales de un determinado ente territorial deben ser resueltas por este Máximo Tribunal, toda vez que ese es el único requisito que permite sopesar la aplicación del procedimiento establecido en la ley y recuperar con ello la gobernabilidad y apego a la normativa administrativa que pudiera haberse afectado en ese trance, dada la multiplicidad de interacciones administrativas entre distintos entes estatales, regionales, locales, descentralizados y desconcentrados, de diversas entidades, incluyendo a entes nacionales. Dado lo anterior, se estima satisfecho este requisito en el caso de autos, por las razones indicadas *supra*.

Ahora bien, determinado lo anterior, pasa esta Sala a establecer el procedimiento para la resolución de la controversia administrativa. Al respecto, la Sala, en decisión N° 000547 de fecha 1° de junio de 2004, recaída en el caso: *Distrito Metropolitano de Caracas vs. Municipio Sucre del Estado Miranda*, 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*...".*

En consecuencia esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el aparte 23 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 controversia planteada, 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.

## VIII. LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

### 1. Objeto de la Jurisdicción Constitucional: Acumulación de pretensiones

**TSJ-SC (3537)**

**16-11-2005**

Magistrado Ponente: Carmen Zuleta de Merchán

Caso: C.A. La Electricidad de Caracas y Otras vs. Artículo 16 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, el Reglamento Parcial N° 2 de la Ley Orgánica de Seguridad y Defensa, y Diversos Decretos del Presidente de la República y Resoluciones del Ministro de la Defensa.

**El Constituyente fue coherente con su espíritu de deslindar claramente las jurisdicciones constitucionales y contencioso-administrativa. El artículo 132 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia permitía variar la situación descrita, de la misma manera en que lo hace el número 50 del artículo 5 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; no obstante, tal situación no puede conducir a pensar que las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa se fusionan hasta el punto de hacerse irreconocibles.**

De lo anterior se colige la imprecisión de los argumentos de los accionantes. La Sala no prejuzga la veracidad de las afirmaciones de los recurrentes: pero advierte que se ha traído ante ella un caso que en realidad resulta propio de la jurisdicción contencioso-administrativa. *Se desconoció, así, el papel de esta Sala dentro de la organización estatal: la de controlar los actos de rango legal.*

Es criterio reiterado de esta Sala que únicamente después de resolverse la demanda contra el acto de rango legal puede entrarse en el análisis de los actos sub-legales. De esta manera, cuando el actor decide atacar directamente el sustento normativo de otro acto, no puede excusarse de entrar de inmediato en las denuncias que tiene contra aquél, *pues ha sido el motivo por el que se le permitió arrastrar ante un juez lo que en principio le correspondería a otro, en este caso atrayendo ante el órgano de la jurisdicción constitucional lo que está atribuido a la contencioso-administrativa.*

Se ha visto que en el caso de autos se trajeron a conocimiento de esta Sala dos disposiciones legales *-lo que es su objeto normal de análisis-*, pero también un reglamento de la ley, ocho decretos presidenciales y ocho resoluciones ministeriales, cuando ni del reglamento ni de los decretos ni de las resoluciones le corresponde conocer, toda vez que toca su conocimiento a la Sala Político-Administrativa de este Máximo Tribunal.

Como se observa, esta Sala sólo está conociendo de las declaratorias concretas de zonas de seguridad en ocho lugares de la ciudad de Caracas, *por cuanto en criterio de los accionantes la normativa legal sobre la materia también debe ser anulada. Lo que, sin embargo, no hicieron suficientemente los accionantes fue exponer, con abstracción de su aplicación práctica, el motivo por el cual solicitaron la anulación de las normas legales.*

En efecto, las normas legales deben ser inconstitucionales en sí mismas, si se pretende su anulación. No es aceptable centrarse en la manera en que se ha aplicado la norma para pretender de allí su declaratoria de nulidad. *Si el Ejecutivo Nacional se excede en su poder o interpreta erróneamente el ordenamiento legal, para dar un alcance desproporcionado a unas medidas que en principio podrían ser correctas, el vicio estará en esas medidas de aplicación, no en las normas.*

Es la impugnación real de la Ley, entonces, lo fundamental en este proceso. *Las denuncias contra el reglamento de la ley, los decretos presidenciales o las resoluciones ministeriales dependen necesariamente de esa denuncia.* La acumulación de pretensiones hace que esta Sala deba resolver sobre toda la demanda, pero no elimina la naturaleza constitucional de la acción propuesta.

Ni siquiera en casos como el de autos la Sala pierde su condición de defensor de la constitucionalidad *respecto de las leyes y actos de rango legal.* No puede perderla, pues es su misión constitucional, consagrada de manera categórica en el Texto Fundamental. *Lo contrario implicaría desnaturalizar sus funciones. De no ser por la acumulación, la Sala nunca podría conocer de decretos presidenciales o resoluciones ministeriales, por más que contra ellos se formulen denuncias de inconstitucionalidad.*

Debe recordar la Sala que el Constituyente de 1999 fue muy celoso al atribuir la competencia de este órgano, limitada al conocimiento de los actos de rango legal; poderes que incluso aparecen en un título especial de la Carta Magna, separado de aquellos que corresponden a las otras Salas de este Alto Tribunal. No se trata de haber separado sus competencias para marcar distancia entre las Salas, pero sí para dejar sentado que *el control que se ejerce en ésta es diferente, por estar en juego la vigencia misma del orden constitucional.*

La Sala siempre mantiene, así, su competencia natural: la del control concentrado (con efectos anulatorios) de los actos dictados en ejecución directa del Texto Fundamental. *Sólo una vez controlados esos actos es que debe entrar en el análisis de los posibles vicios que afecten al resto de los actos que constituyan el objeto del recurso y que estén vinculados con aquéllos.* Afirmar lo contrario significa trastocar la repartición constitucional del Poder Público, algo que *precisamente esta Sala está llamada a salvaguardar.*

Pareciera que los recurrentes no han reparado en que el vigente Texto Fundamental se apartó de la tradicional concepción de la jurisdicción constitucional en la que el centro de atención se ponía en el vicio denunciado para trasladarlo ahora al rango de los actos impugnados. El presente recurso, por ello, se enmarca más en el diseño pre-constitucional de esta especial jurisdicción.

En efecto, ha dejado sentado esta Sala que la Constitución de 1999 deslindó claramente, a diferencia del régimen anterior, la jurisdicción constitucional -atribuida a esta Sala- de la contencioso-administrativa, de manera que sólo se incluye dentro de la primera a los

actos que sean dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución y dentro de la segunda a todo acto sub-legal, aunque en él se denuncien vicios de inconstitucionalidad.

Bajo la vigencia de la Constitución de 1961 la jurisdicción constitucional se diferenciaba de la contencioso-administrativa por los motivos de impugnación: si se denunciaba la inconstitucionalidad sería competente la Corte Suprema de Justicia, por mandato expreso de los artículos 181 y 185 de la para entonces vigente Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. En cambio, cuando el recurso de anulación se basaba en razones de ilegalidad, esos mismos artículos asignaban la competencia a la jurisdicción contencioso-administrativa, en concreto a los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo o la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Sin embargo, a fin de evitar que la sola denuncia de inconstitucionalidad arrastrase a la Corte Suprema de Justicia en Pleno la demanda contra cualquier acto sub-legal, fue criterio reiterado de ese Alto Tribunal que la inconstitucionalidad denunciada debía ser directa. La demanda contra un acto de rango legal, por supuesto, estaría basada en su inconstitucionalidad (directa, al ser un acto de ejecución directa de la Constitución), pero un acto de rango sub-legal sólo era impugnabile ante la jurisdicción constitucional si la inconstitucionalidad denunciada era, como se ha dicho, directa, lo cual quedaba a criterio del Máximo Tribunal determinar en cada caso. En el supuesto de que la entonces Corte Suprema de Justicia estimase que no existía ese vínculo directo entre norma constitucional y acto impugnado se entendía que la demanda era de ilegalidad y, en consecuencia, el caso correspondería a los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así, la jurisdicción constitucional se define, hoy día, según los actos impugnables y, en ese sentido, sólo abarca actos con rango de ley, provengan de la Asamblea Nacional o del Presidente de la República, o actos de órganos deliberantes estadales y municipales, siempre que ellos emanen como aplicación directa e inmediata del Texto Constitucional.

La jurisdicción contencioso-administrativa, en cambio, está concebida ahora para conocer de actos sub-legales, sin importar el vicio que se les impute. En tal virtud, no es la violación de una norma fundamental lo que permite a la jurisdicción constitucional conocer de un acto, como sucedía con anterioridad, sino la jerarquía del mismo. Por ello, un acto sub-legal, así se le imputen variados vicios de inconstitucionalidad, no corresponderá a la jurisdicción constitucional, la cual se le ha asignado a esta Sala en el artículo 334 de la vigente Carta Magna.

Esta Sala, pues, conoce sólo de la jurisdicción constitucional definida en los términos que se han expuesto. Como muestra, el mencionado artículo 334 le ha reservado el conocimiento de las acciones de nulidad intentadas contra *“las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquélla”*. El artículo siguiente hace una enumeración de los casos que son competencia de esta Sala y, en materia de nulidad, sólo prevé la posibilidad de conocer de los recursos intentados contra:

- Las *“leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional”* (número 1).

- Las *“Constituciones y leyes estadales”* y *“las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución”* (número 2).

Los *“actos con rango de Ley dictados por el Ejecutivo Nacional”* (número 3); y

Los actos, en ejecución directa e inmediata de la Constitución, *“dictados por cualquier órgano estatal en ejercicio del Poder Público”* (número 4).

Queda claro, pues, que fue intención del Constituyente de 1999 reservar a esta Sala todos los actos, emanados de cualquier órgano del Poder Público -sea nacional, estatal o municipal-, que sean ejecución directa e inmediata de la Constitución. Con esto, la actual Constitución no sólo derogó totalmente el Texto Fundamental de 1961, sino también cualquier disposición que estableciera una competencia distinta, como era el caso de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

No sólo la Constitución de 1999 excluyó a esta Sala del conocimiento de las demandas contra actos de rango sub-legal (sean decretos o resoluciones), sino que resolvió directamente el aspecto de la competencia en su artículo 266, al prever que corresponden a la Sala Político-Administrativa de este Tribunal Supremo los “*reglamentos y demás actos administrativos generales o individuales del Ejecutivo Nacional*”. De esa manera, el Constituyente fue coherente con su espíritu de deslindar claramente las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa.

El artículo 132 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia permitía variar la situación descrita, de la misma manera en que lo hace el número 50 del artículo 5 de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia; no obstante, tal situación no puede conducir a pensar que las jurisdicciones constitucional y contencioso-administrativa se fusionan hasta el punto de hacerse irreconocibles.

En el caso de autos los recurrentes no han permitido hacer esa separación de jurisdicciones, sino que han confundido una con otra, pretendiendo que la Sala analice un conjunto de actos, sin realmente precisar cuáles son, aisladamente y sin continuas referencias a su aplicación práctica, los vicios de inconstitucionalidad de las normas legales. La lectura del recurso no da la claridad necesaria acerca de cuáles son las denuncias concretas contra las normas legales y cuáles son las que se dirigen contra las disposiciones reglamentarias o contra los decretos y resoluciones. Es cierto que los demandantes han presentado un largo escrito, lleno de citas de jurisprudencia y doctrina, nacional y extranjera, todas de provechosa lectura. Se trata de un recurso redactado con evidentes pretensiones de esquematización, que se lee con facilidad. Ahora, ese orden de aparente exhaustividad esconde una ausencia esencial: la de impugnar la ley por sí misma y no por el supuesto exceso en el ejercicio de las potestades legales.

La lectura del escrito es ilustrativa al respecto: en cada denuncia de inconstitucionalidad de las normas legales en realidad siempre se desplaza la argumentación hacia las del reglamento, incluso sin especificar artículos, pero sobre todo hacia los decretos (que no son más que actos concretos de declaratorias de zonas de seguridad) y las resoluciones (que se erigen como las regulaciones del área). Pareciera que el análisis de la validez de los artículos legales obliga, para los recurrentes, a tomar el caso en su conjunto.

La Sala ha reconocido que todas las disposiciones impugnadas forman un conjunto, lo que justifica su impugnación acumulada, pero ello no significa que las normas legales pierdan su individualidad. Es evidente que un acto sub-legal siempre se analiza a la luz del acto legal, pero carece de sentido pretender que la validez de la ley dependa de la manera en que el Ejecutivo Nacional la aplicó. Para la Sala, la confusión radica en que los demandantes han planteado un caso que en realidad, al menos en lo relacionado con los Decretos y Resoluciones, debió limitarse a una acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa, lo cual, valga señalar, efectivamente sucedió con uno de los actos tal como se desprende por notoriedad judicial de la causa seguida ante la Sala Política Administrativa bajo el número 02-0878.

Según lo expuesto, el libelo, entonces, no permite precisar si la mayoría de los vicios de inconstitucionalidad denunciados están en las dos normas legales impugnadas, o si la infracción al Texto Fundamental surge una vez que se reglamenta la ley o se dictan los decretos y resoluciones. Por ello, los demandantes nunca terminan los distintos apartados de cada

denuncia con la indicación de los actos que deben ser anulados por cada vicio, sino que concluyen invariablemente en que: “*los actos impugnados*” -todos y cada uno- deben anularse, como si todos estuvieran siempre afectados por los mismos vicios, cuando es obvio que muchas de sus denuncias jamás podrían estar referidas a los artículos legales.

Es una imprecisión grave de los actores, que traen a la Sala un grupo de actos estatales, queriéndoles quitar a cada uno su individualidad, para reunirlos en un conjunto indiferenciado. Esa labor de deslinde, que no es sencilla por supuesto, fue obviada en el presente caso, pretendiendo los actores que la haga la Sala, situación que hace que parte del recurso presentado no pueda ser conocido por la Sala, la cual deberá limitarse a aquello que entienda que consiste en una denuncia concretamente referida al texto legal.

En efecto, la Sala reconoce la trascendencia del asunto planteado, por cuanto las normas discutidas establecen límites al ejercicio de derechos particulares invocando razones de seguridad del Estado. Así, tanto desde el punto de vista de los ciudadanos como desde el del propio Estado es imprescindible dilucidar la constitucionalidad de las normas legales impugnadas, así tenga la Sala que hacer uso del poder que le confiere el artículo 5, en su segundo aparte de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, según el cual:

“De conformidad con la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el control concentrado de la constitucionalidad sólo corresponderá a la Sala Constitucional en los términos previstos en esta Ley, la cual no podrá conocerlo incidentalmente en otras causas, sino únicamente cuando medie un recurso popular de inconstitucionalidad, en cuyo caso no privará el principio dispositivo, pudiendo la Sala suplir, de oficio, las deficiencias o técnicas del recurrente sobre las disposiciones expresamente denunciadas por éste, por tratarse de un asunto de orden público. Los efectos de dicha sentencia serán de aplicación general, y se publicará en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, y en la *Gaceta Oficial del Estado* o *Municipio* según corresponda” (cursivas de la Sala).

Como se observa, la disposición transcrita permite una flexibilización del principio dispositivo. Ni siquiera en las demandas ante la jurisdicción constitucional pierde sentido la figura del demandante. Al contrario, en buena medida es en él que recae el proceso. De su correcto planteamiento y de su actuación diligente puede derivarse el éxito del recurso, si bien la Sala, en su alta misión de garantía de la Carta Magna, debe procurar la satisfacción de la justicia, así sea corrigiendo de cierta manera la actuación de las partes.

Para la Sala, entonces, el poder reconocido por el artículo 5 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia es simplemente un medio de impedir que recursos mal planteados, pero comprensibles en su idea general, se desestimen sin el debido análisis que exige una demanda de anulación contra normas; ello, por supuesto, no elimina el deber de los accionantes de hacer sus planteamientos de la manera más ordenada y asertiva, de forma de simplificar la labor de los jueces.

## 2. Acción de Inconstitucionalidad

### A. Objeto

- a. *Leyes: Violación del procedimiento para la discusión, sanción y promulgación de las Leyes Estadales y las Ordenanzas, contenido en una Ley Orgánica*

**TSJ-SC (3418)**

**8-11-2005**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Nulidad por Inconstitucionalidad de la Ordenanza sobre la Contraloría del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo.

**La Sala Constitucional declara la nulidad por inconstitucionalidad de la Ordenanza sobre la Contraloría del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, en virtud de que no fue debidamente promulgada por el Alcalde de dicha entidad político-territorial.**

En principio, es necesario hacer mención al hecho público y notorio que la Ley Orgánica de Régimen Municipal publicada en la *Gaceta Oficial* N° 4.109 Extraordinaria del 15 de junio de 1989, fue derogada expresamente por la Ley Orgánica del Poder Público Municipal, publicada en la *Gaceta Oficial* N° 38.204 del 8 de junio de 2005, tal como lo establece su artículo 297, siendo la vigencia de dicho texto normativo a partir del momento de su publicación, conforme lo prevé el artículo 298 *eiusdem*.

No obstante, en el presente caso la Ordenanza cuya nulidad se solicita fue dictada bajo la vigencia de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, e impugnada por haber violentado el procedimiento para promulgación de las Ordenanzas contemplado en los artículos 4 y 74, cardinal 13 *eiusdem*, y si bien, la nueva Ley Orgánica del Poder Público Municipal no establece el procedimiento que debe seguir el Alcalde para promulgar la Ordenanza, el cual en lo adelante se aplicará el previsto en la Ordenanza sobre Instrumentos Jurídicos Municipales, sí expresa en su artículo 88, cardinal 12, que el Alcalde tendrá la atribución y obligación de promulgar las ordenanzas sancionadas por el Concejo Municipal y objetar las que considere inconvenientes o contrarias al ordenamiento legal, es decir, que el legislador mantuvo incólume dentro de la norma tal exigencia.

Entonces, independientemente que la Ley Orgánica de Régimen Municipal haya sido objeto de derogatoria expresa, por haber sido dictada la Ordenanza sobre la Contraloría Municipal del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, cuando sus preceptos eran de aplicación vigente y válida, esta Sala examinará bajo los pautas allí establecidas, si tal como es alegado, el acto cuya nulidad se solicita nació viciado porque se quebrantaron y omitieron formas sustanciales para la formación de los mismos.

En otro sentido, se observa lo siguiente:

El apoderado judicial del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, aun cuando denunció que la Ordenanza sobre la Contraloría Municipal del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, viola la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, basó su pretensión de nulidad en la supuesta inobservancia por parte del Concejo del mencionado Municipio del procedimiento para la discusión, sanción y promulgación de las Ordenanzas contemplado en los artículos 4 y 74, cardinal 13 de para ese entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, así como lo dispuesto por el artículo 6 cardinal 1 de la Ordenanza sobre *Gaceta Municipal del Municipio Rafael Rangel* del Estado Trujillo; es decir, por causa de disconformidad con normas de rango legal (que ejecutan en forma directa e inmediata el Texto Constitucional).

Visto entonces, que la principal denuncia versa sobre la inobservancia de normas legales, previo a cualquier decisión, es menester hacer referencia a lo asentado al respecto, por esta Sala en sentencia N° 1.950 del 7 de septiembre de 2004, caso: *Rubén Darío Nieto Peñaranda*, la cual estableció lo que sigue:

“[...] las particularidades que presenta el diseño constitucional del Estado federal descentralizado en Venezuela, en donde buena parte de la legislación estatal y municipal está condicionada, por el principio de competencia mas no por el de jerarquía normativa, al régimen legislativo común nacional (leyes de base, leyes de armonización) que dicte la Asamblea Nacional, dan lugar al planteamiento de denuncias de ‘ilegalidad’ de normas legales municipales o estatales respecto de normas legales nacionales, como las presentadas por la parte recurrente en el juicio de nulidad sustanciado por esta Sala en el expediente N° 03-0655, en donde fue dictada el 4-11-03, con el N° 3016, un fallo que ratifica el criterio sostenido por la Sala en decisiones previas respecto a la imposibilidad, conforme al siste-

ma constitucional actual, de plantear pretensiones de nulidad por motivos de 'ilegalidad' contra normas de rango legal dictadas por los Órganos Legislativos estatales o municipales, en vista de la supuesta colisión de aquellas con normas del mismo rango dictadas por la Asamblea Nacional.

En criterio de esta Sala, no es posible una acción de ilegalidad contra un acto de rango igualmente legal, como son las Ordenanzas, por cuanto el problema de la ilegalidad es un problema de fundamentación normativa, la cual se da en el segundo tramo de la construcción escalonada del ordenamiento jurídico (*cf.* Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, México, Porrúa, 1998, trad. de Roberto J. Vernengo, p. 232), es decir, en el momento de la ejecución directa e inmediata de la Constitución como norma superior, por lo cual únicamente en el siguiente tramo de dicha construcción, en el de la ejecución directa e inmediata de la ley, es que resulta posible plantear la ilegalidad de un acto, pues éste no ocupa la misma posición en el sistema de fuentes que la norma empleada para enjuiciar su conformidad con el ordenamiento.

No obstante, también se plantean otro tipo de denuncias de ilegalidad de los actos legislativos dictados por los Consejos Legislativos o los Concejos, como las hechas en este caso, referidas no ya a la supuesta ilegalidad por colisión entre las normas que aquellos contienen y las previstas en actos legislativos nacionales, sino a la supuesta ilegalidad e invalidez del procedimiento seguido por el respectivo Órgano Legislativo estatal o municipal para discutir, sancionar y promulgar la ley estatal o municipal, dado que las normas que regulan el procedimiento legislativo en dichas entidades político-territoriales, se encuentran, en el caso de los Estados, en la Constitución, en Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, publicada en *G.O.* N° 37.282, del 13-09-01 y sus Reglamentos Internos, (artículos 37, 38 y 39), y, en el caso de los Municipios, en la Ley Orgánica de Régimen Municipal, publicada en *G.O.* N° 4.409, Extraordinario, del 15-06-98 (artículos 4 y 74.13).

[...] dichas normas legales nacionales, como se indicará *infra*, ostentan una naturaleza *orgánica* que las hace equiparables -no en rango sino en especialidad- a las normas constitucionales.

En tal sentido, el carácter subconstitucional de la ley excluye su impugnación por ilegalidad, en virtud del carácter propio de la función legislativa y del principio de división en ramas del Poder Público, lo cual revela que el problema de la ilegalidad de las leyes es un problema de coherencia del ordenamiento jurídico, cuya eventual solución corresponde a esta Sala mediante una sentencia declarativa de certeza *erga omnes* (ver sentencia N° 2081/2003, del 05-08) con base en los principios de la competencia o de la derogación de normas del mismo rango (*lex specialis derogat legi generali, lex posterior derogat legi priori*), previo ejercicio y tramitación del recurso de colisión de normas legales, previsto en el artículo 336, numeral 8, de la vigente Constitución, a través del procedimiento establecido por esta Sala a tal fin (*cf.* sentencia N° 889/2001, del 31-05).

Resulta necesario, empero, observar que subsiste el problema de la supuesta ilegalidad de los actos legislativos estatales y municipales, cuando los respectivos Organos Legislativos no han ajustado su actuación a las normas de procedimiento contenidas en leyes nacionales, como son la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados y la Ley Orgánica de Régimen Municipal [...].

Quizá en vista de que las normas que establecen el procedimiento para la discusión, sanción y promulgación de las Ordenanzas están contenidas en una ley y no en la Constitución, unido a la circunstancia de que el vicio atribuido al acto legislativo impugnado era el de ilegalidad y no el de inconstitucionalidad, la causa bajo estudio se tramitó íntegramente en la Sala Político-administrativa, y no ante esta Sala Constitucional; sin embargo, debe tenerse en cuenta que la ley en donde están contenidas las normas de procedimiento que regulan la producción legislativa en el ámbito estatal y municipal, tienen el carácter de *normas orgánicas*, en la medida que organizan parte del funcionamiento del Poder Público a nivel estatal y municipal, en los términos del artículo 203 constitucional.

De acuerdo con lo expuesto en fallos anteriores por esta Sala, las normas orgánicas son de derecho constitucional *lato sensu* (organisatorische Vorschriften), en tanto y en cuanto son asimilables, en atención a la materia que regulan, a las normas que conforman la parte or-

gánica de la Constitución dedicada a la organización y funcionamiento del Estado (*cfr.* Hans Nawiasky, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Rialp, 1962, trad. de José Zafrá Valverde, p. 165), en tal sentido, si bien ello no coloca a esta categoría de normas jerárquicamente por encima de las restantes leyes nacionales, estatales y municipales, sí les confiere, por un lado, el carácter de normas de aplicación preferente en la materia sujeta a su regulación, y por otro, el estatus de normas jurídicas útiles, idóneas, para revisar en sede judicial no sólo la sujeción a la legalidad de la actuación de los órganos que ejercen el Poder Público, sino también la sujeción de aquellos a la constitucionalidad, en la medida que ellas desarrollan, concretizan, el modelo de organización y funcionamiento del Estado que contiene el Texto Constitucional.

En atención a lo anterior, el conocimiento de cualquier pretensión de nulidad interpuesta contra Leyes Estadales o contra Ordenanzas por causa de la presunta infracción de las normas orgánicas que regulan la producción legislativa de los Estados y Municipios, corresponderá a esta Sala Constitucional, no sólo en vista del indudable rango subconstitucional del acto impugnado, sino también en vista del carácter constitucional en sentido amplio de las normas orgánicas que regulan su producción (artículos 37, 38 y 39 de la Ley Orgánica de los Consejos Legislativos de los Estados, y 4 y 74.13 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal), y que permiten revisar la conformidad de la actuación parlamentaria estatal o municipal con la Constitución, cuando se denuncian vicios en los presupuestos constitucionales del procedimiento legislativo, o vicios en el propio procedimiento, pero capaces de generar la invalidez del acto (por afectar la voluntad definitiva del órgano)".

Visto lo anterior, y despejado que en el presente caso no está planteada la colisión de leyes, pues la Ordenanza impugnada y la ley que presuntamente fue inobservada no regulaban una misma situación, por el contrario, la validez de una dependía del cumplimiento normativo de la otra jerárquicamente superior; sino que tal como fue expuesto, está dado es una acción de nulidad por razones de inconstitucionalidad.

Ahora bien, para decidir acerca de la nulidad solicitada, esta Sala observa de la pieza de anexos consignados en esta Sala, lo siguiente:

**1.** Consta, en los folios 113 y 114, acta contentiva de la sesión ordinaria N° 13 del Concejo Municipal del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, en la cual se dejó constancia de que la misma se inició con el Quórum del "*T.S.U. Elvis Vielma Presidente quien preside. Concejales: [...] siendo La Una y Treinta post meridiem se leyó y aprobó el siguiente orden del día [...]*"; siendo discutido en dicha sesión temas varios.

Asimismo, se observa del folio 115 que "siendo las cuatro y quince minutos post meridiem el Presidente T.S.U. Elvis Vielma, solicita permiso a la Cámara para ausentarse de la Sesión por motivos inherentes a la Alcaldía, autorizado a la vez al Vice-Presidente Régulo Simancas para continuar Presidiendo la sesión que según el artículo 54 del Reglamento Interior y de Debates esta se declaró en Sesión Permanente con el voto favorable de la mayoría de los Concejales presentes. Seguidamente continuando el Orden del Día. Se pasó al cuarto punto para primera discusión de la Ordenanza del Contralor. Previamente estudiada la anterior Ordenanza [...]" En esa discusión fueron aprobados los artículos 1 y 69 de la Ordenanza, relativos la creación de la Contraloría y a la vigencia de la Ordenanza.

Se desprende del acta, folios núms. 116 y 117, que la sesión concluyó de la siguiente manera: "Comuníquese Regístrese y Publíquese, dado firmado y sellado en el Salón de Sesiones del Concejo Municipal Rafael Rangel del Estado Trujillo a los doce día del mes de febrero del año dos mil uno. T.S.U. Elvis Vielma. Presidente (firmado). Concejales: Régulo Simanca. Vice-Presidente (firmado) [...] Habiéndose agotado el temario y siendo las Cinco y treinta y cinco post-meridiem, se levantó la Sesión".

**2.** Consta de los folios números vuelto del 116, 117 y vuelto del 119, el acta de la sesión N° 14, en la cual se dejó constancia de que el doce [12] de febrero de 2001 [día en que presuntamente culminó la sesión N° 13], se llevó a cabo una sesión solemne en la Iglesia San

Juan Bautista de Betijoque [por celebración del 187 aniversario de la Batalla de la Victoria], y que dicha sesión culminó a la una y quince minutos post-meridien.

3. Se observa del acta de la sesión ordinaria N° 15, de la Cámara del Municipal del Municipio Rafael Rangel, al vuelto del folio N° 119 que la misma se inició “*el día trece de Febrero del año dos mil uno. Quorum: T.S.U. Elvis Vielma Presidente quien preside. Concejales: [...]. Siendo la una y treinta post-meridien se dio comienzo a la sesión ordinaria [...]*”; siendo discutido en dicha sesión temas varios.

Del folio 115 se evidencia que “[*no se señaló hora*] El T.S.U. Elvis Vielma, participa a la Cámara que se ausentará de la Sesión por motivos de dirigirse a la Gobernación para tratar asuntos concernientes a la Alcaldía. Continúa presidiendo la Sesión en Concejal Régulo Simancas, en su calidad de Vice-Presidente de la Cámara. Seguidamente la Presidencia ordena al Secretario dar lectura al Proyecto de Ordenanza de Contraloría Municipal, para su consideración y aprobación, en la forma siguiente [...]”.

De la parte anterior y vuelto del folio 140, se lee lo que sigue: “Una vez leída [*sic*] y sometida a consideración el presente proyecto de Ordenanza de Contraloría Municipal, el mismo **quedó aprobado en su totalidad en cada uno** de sus artículos en segunda discusión [...]. Habiéndose [*sic*] agotado el temario y siendo las cinco y veinticinco pos-meridien [*sic*] la Presidencia levantó la Sesión” [Con el resaltado en negrillas y subrayado esta Sala deja constancia que lo allí expuesto fue enmendado en el acta, sin que de ello se dejara constancia en la misma].

4. En la pieza principal del expediente consta el original de la *Gaceta Municipal* N° 8 Extraordinaria, del 13 de febrero de 2001, en la cual se publicó la Ordenanza sobre Contraloría Municipal, aprobada en segunda discusión en esa misma fecha, siendo estampada en la parte final, únicamente, la firma del Secretario de la Cámara Municipal, ciudadano Mario Lujano R., quedando, por ende, en blanco el espacio en el cual debía estampar su rúbrica el Presidente de dicha Cámara, ciudadano Elvis Vielma.

5. Igualmente, de los anexos consignados en esta Sala el 14 de junio de 2005, por el Síndico Procurador Municipal, contenidos en la pieza principal del expediente, en el cual informó, respecto a la publicación en la *Gaceta Municipal* de las sesiones de la Cámara Municipal N° 13 y 15 del 6 y 13 de febrero de 2001, respectivamente, contentivas de la discusión de la Ordenanza impugnada, lo siguiente: “Al respecto le informe (*sic*) que envié comunicación N° SM-37-05, de fecha 26-05-05, al Sr. Mario Lujano, Secretario de la Cámara Municipal, quien me respondió en comunicación N° SC-123, del 27-05-05: que el Alcalde nunca ha cumplido con los postulados de la Ley Orgánica de Régimen Municipal y Ordenanzas respectivas, que lo obliga a aportar los recursos para publicar la *Gaceta Municipal*”.

Conforme a todo lo expuesto, considera esta Sala que, como lo expone la parte actora, el Concejo del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, transgredió las normas orgánicas relativas a la promulgación de las Ordenanzas Municipales, previstas en la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, específicamente, la contenida en el artículo 74 cardinal 13 *eiusdem*, relacionado con la promulgación de las mismas, pues se desprende de las copias certificadas de las actas de sesiones de dicho Concejo que, el 13 de febrero de 2001 se aprobó en segunda y última discusión la Ordenanza sobre la Contraloría Municipal y, en la misma fecha, fue publicada en *Gaceta Municipal* el texto de la Ordenanza, sin que en dichas discusiones hubiese estado presente el Presidente de la Cámara Municipal, ciudadano Elvis Vielma, y sin que el texto aprobado por la Cámara haya sido remitido a éste para su observación y posterior promulgación, tal y como lo preveía el artículo en comento, el cual, a la letra, disponía:

“Artículo 74. Corresponde al Alcalde, como jefe de la rama ejecutiva del Municipio, las funciones siguientes: (...)

13. Promulgar las Ordenanzas dentro de los diez (10) días siguientes a aquel en que las haya recibido, pero dentro de ese lapso podrá pedir al Concejo o Cabildo su reconsideración, mediante exposición razonada, a fin de que se modifique alguna de sus disposiciones o levante la sanción a toda la Ordenanza o parte de ella. Cuando la decisión del Concejo o Cabildo fuere contraria al planteamiento del Alcalde y se hubiere adoptado por las dos terceras (2/3) partes de sus miembros, el Alcalde no podrá formular nuevas observaciones y deberá promulgar la Ordenanza dentro de los cinco (5) días siguientes a aquel en que la haya recibido. Cuando la decisión se hubiere tomado por simple mayoría el Alcalde podrá optar entre promulgar la Ordenanza o devolverla al Concejo o Cabildo dentro de un nuevo plazo de cinco (5) días para una última reconsideración. La decisión del Concejo o Cabildo, aun por simple mayoría será definitiva y la promulgación de la Ordenanza deberá hacerse dentro de los cinco (5) días siguientes a su recibo. Cuando el Alcalde no promulgue la Ordenanza, lo hará el Vicepresidente de la Cámara Municipal o Distrital. Cuando la Ordenanza sea aprobada por referéndum, el Alcalde no podrá vetarla”.

Con fundamento en el artículo *supra* transcrito, se desprende que el Concejo del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, aparte de las serias irregularidades evidenciadas en el caso de autos, tales como: (i) Que, a decir del acta, el Presidente de la Cámara firmó en la sesión N° 13, cuando era evidente que el mismo no se encontraba en la sesión por haberse excusado previamente; (ii) Que las discusiones de la Ordenanza sobre Contraloría Municipal, se efectuaron acto seguido que el Presidente de la Cámara se retiraba de las sesiones; (iii) Que en el acta N° 15, fue enmendado la parte del texto que deja constancia que los artículos de la citada Ordenanza quedaron aprobados en su totalidad; (iv) Que no fue remitido al Alcalde el texto aprobado para su estudio y posterior promulgación; (v) Que no se publicaron las referidas actas núms. 13 y 15, en la *Gaceta Municipal* y (vi) Que la Ordenanza fue publicada en la *Gaceta Municipal* el mismo día de su aprobación en segunda discusión, sin que -tal como se señaló- haya recibido el conforme del Alcalde.

Todo lo anterior hace que esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio de la jurisdicción constitucional, con fundamento en el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, visto que existió un vicio invalidante de la manifestación de voluntad del Concejo Municipal, dada la violación de una norma orgánica (*cfr.* decisión N° 1950/2004 del 7-09), la contenida en el artículo 74, cardinal 13 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, dado que la Ordenanza sobre la Contraloría del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, no fue debidamente promulgada por el Alcalde de dicha entidad político-territorial, declare la nulidad por inconstitucionalidad de la ordenanza mencionada. Así se decide.

Visto que los vicios que afectan a la Ordenanza de nulidad absoluta, dejan un vacío en el régimen de la Contraloría del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, esta Sala ordena que mientras se sancione y promulgue válidamente el nuevo instrumento normativo municipal, se aplique supletoriamente lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Público Municipal y en la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal. Así también se decide.

Por razones de seguridad jurídica y para evitar un desequilibrio en la estructura y funcionamiento de las Administraciones Públicas involucradas en las materias tratadas en el presente fallo, esta Sala fija los efectos de esta decisión *ex nunc*, es decir, a partir de la publicación del presente fallo en la *Gaceta Municipal del Municipio Rafael Rangel* del Estado Trujillo y en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, conforme lo dispone el artículo 5, cardinal 7 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Conforme a lo anterior, se **ORDENA** publicar el presente fallo en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* y en la *Gaceta Municipal del Municipio Rafael Rangel* del Estado Trujillo, en cuyo sumario se indicará con precisión el siguiente título:

“SENTENCIA DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA QUE DECLARA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDENANZA SOBRE LA CONTRALORÍA DEL MUNICIPIO RAFAEL RANGEL DEL ESTADO TRUJILLO, publicada en la *Gaceta Municipal* N° 8 Extraordinario, del 13 de febrero de 2001”.

Asimismo, visto que la parte actora solicitó accesoriamente a la nulidad de la Ordenanza sobre la Contraloría del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo, la nulidad de los actos de designación y juramentación del titular de dicho cargo dictados por el Concejo Municipal, conforme al acto general impugnado, y recogido en las sesiones ordinarias núms. 83 y 84 del 20 y 27 de diciembre de 2001, respectivamente, en ejecución directa e inmediata de la referida ordenanza, la Sala, una vez analizado su artículo 4, concluye que el mismo, en lo relativo a la designación del Contralor Municipal, se limitó a reproducir el contenido del artículo 93 de la entonces Ley Orgánica de Régimen Municipal y es cónsono con los artículos 176 de la Carta Magna, 26 cardinal 2; 27; 29 y 31 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal.

Aunado a ello, visto el alegato de la parte actora, según el cual dichos actos parlamentarios no constan en los libros de actas de sesiones correspondientes al año 2001 lo cual les restaría eficacia, de conformidad con el artículo 161 de la entonces vigente Ley Orgánica de Régimen Municipal, la Sala advierte del acta N° 83 se desprende, que el Contralor allí designado cumplió con el procedimiento exigido en el artículo 4 de la Ordenanza en cuestión, reproducción íntegra del artículo 93 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal; no obstante ello, se desprende que el requisito *sine qua non* de validez para el nombramiento del Contralor no es la designación que haga la Cámara, pues si la misma no procede a hacer el nombramiento en el tiempo pautado, queda investido con el cargo quien haya ocupado el primer lugar en el concurso, y del acta se desprende que el ciudadano designado fue el que obtuvo el mayor puntaje. Asimismo, es de señalar que los libros de actas del Concejo Municipal, no tienen tanto función de publicidad, a pesar de que se exige la misma, sino más de control interno, por ende, tal omisión a juicio de esta Sala no representa causal suficiente para declarar la nulidad de nombramiento y juramentación de Contralor del Municipio Rafael Rangel del Estado Trujillo. Por tales motivos, se declara sin lugar la nulidad accesoriamente solicitada. Así también se decide.

#### B. *Medidas Cautelares*

**TSJ-SC (3585)**

**6-12-2005**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Impugnación del Decreto N° 1.526 con fuerza de Ley de reforma de la Ley de General de Bancos y otras Instituciones Financieras.

**El juez constitucional al hacer el estudio de las medidas cautelares en el caso de las acciones por inconstitucionalidad, debe tener en cuenta el orden y el interés público donde pueden estar en juego intereses generales, por lo que debe poner en la balanza los intereses en conflicto y de tal manera verificar que con la medida en particular no se llegue a producir una lesión a intereses generales.**

Determinada su competencia, pasa esta Sala a decidir la solicitud de la medida cautelar, para lo cual este órgano debe realizar las siguientes observaciones, sin entrar a analizar los fundamentos de fondo en los que se apoya la acción de nulidad.

En el escrito libelar, los accionantes solicitaron la suspensión provisional del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, “*en cuanto a que las instituciones financieras de carácter*

*privado puedan obtener la información particular de los ciudadanos contenida en el SICRI, lo cual incluye los datos de identificación del beneficiario del crédito, un resumen de la deuda y la situación de morosidad del deudor, hasta que se resuelva la presente causa mediante sentencia definitiva”.*

En tal sentido observa la Sala que, el Código de Procedimiento Civil, establece como requisitos para la aplicación de dicha medida: a) el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*) y, b) un medio de prueba que constituya presunción grave del derecho reclamado (*fumus boni iuris*).

Cabe recordar que, sumado a estos requisitos concurrentes, se encuentra el especial extremo consagrado en el párrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, el cual exige fundado temor de que puedan ocasionarse lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la parte (*periculum in damni*).

La novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia recogió, de manera expresa, ese derecho a la tutela cautelar, que es garantía del derecho a la tutela judicial eficaz y postuló la existencia de un poder cautelar general en el marco de los procesos que se sustancien de conformidad con esa Ley. Así, se lee en el artículo 19, párrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo siguiente:

“En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva”.

La norma hace suyo el primero de los requisitos de procedencia propios de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, y aunque no lo establezca con la misma claridad, exige el segundo de los requisitos inmanentes a toda medida cautelar, como lo es la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), desde que dispone que la cautela no tiene otra finalidad que la garantía de las resultas del juicio.

De allí que puede afirmarse que el juez dictará la medida preventiva cuando exista presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, esto es, de que no sean plenamente ejecutables las resultas del juicio (*periculum in mora*), ya que, en función a la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares, en este ámbito, no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que establece la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe acordarlas.

Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que si falta alguno de estos elementos, el juez no podría decretar la cautela. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público y más concretamente en el ámbito de la jurisdicción constitucional, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez también deberá realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión a los intereses generales en un caso concreto.

Del análisis del cumplimiento de tales supuestos de procedencia de las medidas cautelares en el caso de autos, la Sala observa:

En el presente caso, los accionantes -Defensoría del Pueblo-, que tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en consecuencia poseen la legitimación activa para actuar en protección de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos, quienes son, precisamente, los afectados por el cumplimiento de la norma cuya suspensión temporal solicitan, y que, a su juicio, su aplicación produciría la violación de los derechos

constitucionales a la información, protección a la vida privada, intimidad y confidencialidad, previstos en los artículos 28 y 60 de la Carta Magna, con lo cual, a juicio de esta Sala, se cumple *prima facie* con la prueba del buen derecho requerido.

En relación con el *periculum in mora*, observa la Sala que, éste se encuentra igualmente presente, y así lo demuestra el hecho de que el Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras se encuentra en vigencia desde el 13 de noviembre de 2001, y que, según señalaron, seguir aplicando el artículo 192 del señalado Decreto, en lo que se refiere a la parte cuya suspensión solicitan, se estaría tramitando la presente demanda al margen de una actividad preventiva idónea y efectiva. Además –arguyeron– se seguirían violentando los derechos constitucionales a la vida privada, intimidad y confidencialidad, y se generarían lesiones e irregularidades en detrimento de los ciudadanos. En virtud de ello, considera la Sala que se evidencia la satisfacción del extremo exigido en cuanto al peligro de que se cause un perjuicio grave.

Hechas las constataciones anteriores, debe esta Sala señalar que el juez constitucional al hacer el estudio de las medidas cautelares en el caso de las acciones por inconstitucionalidad, debe tener en cuenta el orden y el interés público donde pueden estar en juego intereses generales, por lo que debe poner en la balanza los intereses en conflicto y de tal manera verificar que con la medida en particular no se llegue a producir una lesión a intereses generales.

En tal sentido recuerda la Sala, lo señalado en la sentencia del 13 de agosto de 2002 (Caso: *Seguros Guayana*) donde expresa lo siguiente:

*“La medida de inaplicación requerida supone una interrupción temporal de la eficacia del contenido normativo del Decreto Legislativo impugnado. Como tal, la señalada medida cautelar inominada de suspensión de efectos constituiría una importante excepción legal al principio general, según el cual, con base en una presunta validez intrínseca a todo acto legal, éste tiene fuerza obligatoria y produce todos sus efectos desde el momento mismo de su publicación en Gaceta Oficial, aplicándose únicamente como medida excepcional cuando sea muy difícil reparar por sentencia definitiva los daños que resulten de la aplicación del contenido normativo del texto legal impugnado.*

*Sin embargo, es menester no olvidar que la inaplicación de un instrumento normativo como medida cautelar colide con la presunción de validez de los actos legales y su obligatoriedad desde su publicación en Gaceta Oficial, de modo que si no se maneja con equilibrio aquella inaplicación, el principio de autoridad quedaría quebrantado, de allí que, para que pueda ser acordada, tiene que existir una verdadera y real justificación”.*

Tomando esto en cuenta, observa la Sala que, con relación al artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, en lo que a la obtención por parte de las instituciones financieras de carácter privado de la información de los ciudadanos contenida en el Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI) se refiere, los representantes de la Defensoría del Pueblo proporcionaron suficientes indicios para probar, tanto el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, como el riesgo directo de la población de que puedan causársele graves lesiones y de difícil reparación, cuyos miembros ven cercenados sus derechos a conocer el uso y la finalidad de los datos que sobre su persona se compilan, además de lesionar el derecho de los componentes de la sociedad a la vida privada, intimidad y confidencialidad.

En razón de que dicha norma se encuentra actualmente en vigencia, considera prudente esta Sala, suspender los efectos del artículo 192 del Decreto N° 1.526 con Fuerza de Ley de Reforma de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, sólo en lo que se refiere a que las instituciones financieras de carácter privado puedan obtener la información de los ciudadanos contenida en el Sistema de Información Central de Riesgos (SICRI), hasta tanto se dicte la decisión de fondo de la presente acción. Igualmente, la Sala estima necesario suspender los efectos de la Resolución N° 001-06-98, publicada en la *Gaceta Oficial* N°

36.484, de fecha 26 de junio de 1998, emitida por la Junta de Emergencia Financiera, hasta tanto se dicte la sentencia de fondo. Así se declara.

3. *Recurso de Revisión de sentencias en materia constitucional*

**TSJ-SC (3569)**

**6-12-2005**

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Saudí Rodríguez Pérez (Procurador del Estado Yaracuy) vs. Decisión Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Una vez asumida la competencia para conocer del presente caso, la Sala estima conveniente reiterar que la facultad revisora que le ha sido otorgada por nuestra Carta Magna de 1999, tiene como finalidad primordial garantizar la uniformidad en la interpretación de normas y principios constitucionales, por lo que en ningún momento debe ser considerada como una nueva instancia, dado que sólo procede en los casos de sentencias definitivamente firmes.

Así pues, al tratarse de una revisión de sentencias definitivamente firmes, es menester indicar que la revisión constitucional es extraordinaria, excepcional, restringida y discrecional, de tal manera que sólo en el caso que se evidencie en la decisión jurisdiccional, una infracción a los principios constitucionales o que la misma es contraria a la doctrina asentada por esta Sala Constitucional en la interpretación de normas constitucionales, será entonces cuando la Sala aplicará el correspondiente control posterior que tiene como objetivo subsanar la violación producida, lo que significa, a su vez, que si la pretensión deducida no es concedida, ello no quiere decir que exista la violación del derecho a la defensa y del debido proceso del solicitante. Así se establece.

**TSJ-SC (3193)**

**25-10-2005**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: CORPORACIÓN VENEZOLANA DE GUAYANA (C.V.G) vs. Decisión Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia.

**Quien pide una revisión debe presentar copia auténtica (fehaciente) del fallo a revisarse, no pudiendo suplantarse el mismo, ni siquiera por la vía del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, ya que en materia de revisión no hay contraparte que controle lo aportado por el solicitante.**

Delimitada su competencia, conviene ahora acotar que la representación judicial de la solicitante identificó el fallo impugnado y acompañó a su escrito copia fotostática de la decisión que se impugna y no anexó al mismo, copia certificada de dicha decisión, lo cual es necesario para el examen de la solicitud formulada.

Ciertamente, “(...) *la necesidad de consignar un instrumento fehaciente, obedece a la certeza que debe obtener esta Sala, respecto del contenido del fallo que pretende impugnarse a través de la revisión, más aún cuando ésta es ejercida en contra de una decisión emanada de otra Sala de este Máximo Juzgado, dada la entidad de la sentencia que pretende revertirse. La doctrina de la notoriedad judicial, que ha mantenido esta Sala y que sigue vigente, se refiere a que ella puede (como facultad) indagar en los archivos del Tribunal, la existencia de fallos que se hayan dictado y que sean conexos con la controversia. Considera la Sala que se trata de un conocimiento que puede adquirir el tribunal, sin necesidad de instancia de las partes, ya que su archivo y las causas que lo componen las conoce el Tribunal. Pero el hacer uso de estos conocimientos, es facultativo del juez, ya que ninguna ley lo obliga a tener que hurgar en cada caso, si existe o no una sentencia dictada por alguna de las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia (...)*” (Vid. Sentencia de la Sala Nº 1.137 del 8 de junio de 2005, caso: “Domitila Pantoja Sinchi”).

Por ello, la Sala ha considerado que quien pide una revisión debe presentar copia auténtica (fehaciente) del fallo a revisarse, no pudiendo suplantarse el mismo, ni siquiera por la vía del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, ya que en materia de revisión no hay contraparte que controle lo aportado por el solicitante.

De allí que, a juicio de la Sala, quien incoa una revisión tiene la carga de aportar al Tribunal la decisión impugnada, por no ser función de la Sala recabar dicho fallo, y sin que esto menoscabe la facultad de la Sala de fijar los hechos en base a los conocimientos adquiridos como órgano judicial. Así, para admitir las revisiones la Sala requiere que el accionante le facilite la sentencia impugnada y ello en prueba fehaciente (*Vid.* Sentencia de esta Sala N° 150/2000, caso: “*José Gustavo Di Mase y otros*”).

Ahora bien, considerando que esta Sala en sentencias N° 157 del 2 de marzo de 2005 (caso: “*Grazia Tornatore de Morreale*”) y N° 406 del 5 de abril de 2005 (caso: “*Carmen Beatriz Rodríguez Parada*”) dispuso que, “(...) en los casos en que la solicitud de revisión de una sentencia no se acompañe con la copia certificada de la misma, se declarará inadmisibile de conformidad con el artículo 19, quinto aparte de la Ley que rige a este Alto Tribunal (...)”, esta Sala Constitucional, constatado que en autos no se acompañó copia certificada del instrumento fundamental de la presente solicitud, concluye que la revisión solicitada resulta inadmisibile, de conformidad con lo previsto en el quinto aparte del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (*Cfr.* Sentencia de la Sala N° 1.137 del 8 de junio de 2005, caso: “*Domitila Pantoja Sinchi*”). Así se decide

#### 4. Acción de Amparo Constitucional

##### A. Competencia. Órganos: Corte Marcial

**TSJ-SC (4520)**

**13-12-2005**

Magistrado Ponente: Marcos Tulio Dugarte Padrón

Caso: Ovidio Jesús Poggioli Pérez vs. Decisión Tribunal Militar Segundo de Control.

**En materia de amparo constitucional la Corte Marcial de la República constituye el tribunal superior a que se refiere el artículo 4, único aparte, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, provisto de competencia para conocer, en primera instancia, de las acciones de amparo que se intenten contra las providencias jurisdiccionales o disciplinarias que dicten los Juzgados Militares de Control.**

Esta Sala, debe pronunciarse sobre la declinatoria que hiciere la Corte Marcial para conocer de la presente acción de amparo constitucional y al respecto realiza las siguientes consideraciones:

El artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, al consagrar el régimen de competencia aplicable a los amparos ejercidos contra decisiones judiciales, dispuso textualmente lo siguiente:

*“Igualmente procede la acción de amparo cuando un Tribunal de la República, actuando fuera de su competencia, dicte una resolución o sentencia y ordene un acto que lesione un derecho constitucional.*

*En estos casos, la acción de amparo debe interponerse por ante un tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, quien decidirá en forma breve, sumaria y efectiva.”* (Subrayado del presente fallo).

En atención a la disposición transcrita, ha sido criterio reiterado de esta Sala, y más recientemente de su sentencia número 3262 del 28 de octubre de 2005 (caso: *Representaciones Reaint, C.A.*) que para “determinar el tribunal competente para el conocimiento del asunto, y por tratarse de una decisión emitida por un tribunal de primera instancia, el mismo corresponde al tribunal superior al que emitió el pronunciamiento, conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales”.

En este orden de ideas, puede apreciar esta Sala que en el caso de autos la decisión judicial denunciada por el accionante como lesiva de derechos constitucionales es la emanada del Tribunal Militar Segundo de Control del Circuito Judicial Penal del Área Metropolitana de Caracas, mediante la cual se difirió la celebración de la audiencia preliminar.

Asimismo se denuncia que el tribunal señalado como presunto agravante no le restableció su libertad, después de haber transcurrido el límite de detención máximo establecido en el artículo 250 del Código Orgánico Procesal Penal.

A este respecto, observa la Sala que el ordinal 1º del artículo 593 del Código Orgánico de Justicia Militar, otorga a los Juzgados Permanentes de Primera Instancia la jerarquía de tribunales de primera instancia, al atribuirle las funciones de los tribunales de control, mientras que el ordinal 3º de la citada norma señala expresamente que las funciones de las Cortes de Apelaciones serán ejercidas por la Corte Marcial.

Asimismo, cabe referir que, en el ámbito de la jurisdicción penal militar, el vínculo entre el Tribunal Militar de Control y la Corte Marcial, es funcionalmente equivalente al que existe entre el Tribunal de Primera Instancia en lo Penal y la Corte de Apelaciones; por lo que la Corte Marcial constituye el tribunal superior de los Jueces Militares de Primera Instancia Permanentes.

A juicio de la Sala, la naturaleza jurisdiccional de la Corte Marcial de la República, así como las potestades jurisdiccional y disciplinaria que tiene atribuidas, en relación con las decisiones de los tribunales de primera instancia, sirven de razón suficiente para estimar que, en materia de amparo constitucional, constituyen el tribunal superior a que se refiere el artículo 4, único aparte, de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, provisto de competencia para conocer, en primera instancia, de las acciones de amparo que se intenten contra las providencias jurisdiccionales o disciplinarias que dicten los Juzgados Militares de Control.

En consecuencia, visto que los Juzgados Militares de Control son tribunales de primera instancia y que su superior jerárquico es la Corte Marcial, debe esta Sala rechazar la competencia declinada por la Corte señalada, y ordena a esta última conocer de la presente causa. Así se declara.

#### B. Admisibilidad: Legitimación

**TSJ-SC (3550)**

**24-11-2005**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: Willian Ojeda vs. Ministro de la Defensa y los Comandantes Generales del Ejército y de la Guardia Nacional.

**En atención a la naturaleza jurídica del juicio de amparo la falta de legitimación debe ser considerada como una causal de inadmisibilidad que afecta el ejercicio de la acción, la cual debe ser declarada de oficio *in limine litis* por el sentenciador, con la finalidad de evitar el dispendio de actividad jurisdiccional, lo cual se encuentra en consonancia con el fin último de la institución del amparo y**

**con los principios generales que orientan su concepción, como son la celeridad, la economía procesal y la urgencia, todo ello a fin de evitar dilaciones inútiles.**

Esta Sala, debe pronunciarse para conocer de la presente causa y previo al análisis del fondo de la controversia, la Sala pasa a examinar la admisibilidad de la tutela constitucional solicitada y, al respecto, observa lo siguiente:

Para constituirse en legitimado activo de un juicio de amparo constitucional, tanto el artículo 27 del Texto Fundamental, como el artículo 1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, exigen al accionante que demuestre la situación que genera amenazas o violaciones directas de sus derechos o garantías protegidas por la Constitución o los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, pues tal constatación, es la que legitima ante el órgano judicial al solicitante en amparo para requerir la tutela efectiva de sus derechos o garantías mediante el restablecimiento de la situación jurídica infringida.

La legitimación a la causa alude a quien tiene derecho, por determinación de la ley, para que en condición de demandante, reclame al respectivo órgano judicial la resolución de sus pretensiones fundadas en derecho; por ello, estima esta Sala, como lo ha señalado antes (Vid. fallo N° 102/2001, del 06.02, caso: *Oficina González Laya, C.A.*, entre otros), que en atención a la naturaleza jurídica del juicio de amparo y a su teleología, que la falta de legitimación debe ser considerada como una causal de inadmisibilidad que afecta el ejercicio de la acción, la cual debe ser declarada de oficio *in limine litis* por el sentenciador, con la finalidad de evitar el dispendio de actividad jurisdiccional, lo cual se encuentra en consonancia con el fin último de la institución del amparo y con los principios generales que orientan su concepción, como son la celeridad, la economía procesal y la urgencia, todo ello a fin de evitar dilaciones inútiles.

En el caso examinado, se observa que el ciudadano William Ojeda, actuando como “*Director*” de la asociación regional con fines políticos “Un Solo Pueblo” interpuso la presente acción contra la presunta amenaza de violación de los derechos constitucionales de todos los militantes, simpatizantes y copartícipes de la mencionada asociación con fines políticos y de todos los integrantes de la coalición política que tramitó la realización del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, es decir, que la acción se propuso en tutela de los derechos constitucionales de un número indeterminado de personas, cuya identidad no se indicó en el escrito, ni figuran como accionantes en la causa bajo análisis.

En criterio de esta Sala, quien pudiera resultar perjudicado directamente en sus derechos o garantías constitucionales por la alegada amenaza atribuida al Ministro de la Defensa y a los Comandantes Generales del Ejército y de la Guardia Nacional son, precisamente, las personas que ostenten el carácter de militantes, simpatizantes y copartícipes de “Un Solo Pueblo” o quienes demuestren conformar alguna de los entes que fungieron de promotores en la convocatoria del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República, en cuyo caso tendrían cualidad para acudir, por sí mismos o a través de sus representantes, ante el juez constitucional a solicitar el restablecimiento de la situación infringida o a solicitar que se impida la concreción de la presunta amenaza, pues la *legitimatío ad causam* reside en cada uno de ellos, por cierto, no precisados como perjudicados ni agraviados constitucionalmente.

En virtud de lo expuesto, la Sala considera que el ciudadano Willian Ojeda, quien dijo actuar como “*Director*” de la asociación con fines políticos denominada “Un Solo Pueblo”, cualidad que además, no demostró, carece de legitimación activa para solicitar la tutela constitucional de los derechos consagrados en los artículos 19, 21 y 68 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de todos los militantes, simpatizantes y copartícipes de la mencionada asociación con fines políticos y de todos los integrantes de la coalición políti-

ca que tramitó la realización del referendo revocatorio del mandato del Presidente de la República y, en consecuencia, esta Sala declara inadmisibile la acción de amparo ejercida. Así se decide.

C. *Inadmisibilidad*

a. *Ejecución de actos de las Inspectorías del Trabajo*

TSJ-SC (3569)

6-12-2005

Magistrado Ponente: Jesús Eduardo Cabrera Romero

Caso: Procurador del Estado Yaracuy vs. Decisión Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

**Las Providencias Administrativas deben ser ejecutadas por la autoridad que las dictó, sin intervención judicial. La Sala Constitucional modifica lo señalado en la sentencia del 20 de noviembre de 2002 (caso: Ricardo Baroni Uzcátegui), respecto a que el amparo sea una vía idónea para lograr el cumplimiento de las Providencias Administrativas provenientes de la Inspectoría del Trabajo.**

Ahora bien, en el caso *sub-examine* la Sala observa que en la sentencia objeto de la presente solicitud, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo sí consideró que los actos administrativos son ejecutivos y ejecutorios, según lo dispuesto por el artículo 8° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por lo que afirmó que, a menos que medie una suspensión decretada por vía judicial, deben ser ejecutados inmediatamente y que tal criterio ha sido asumido por la Sala Política Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2683 del 13-11-2001 (caso: *Manuel Alexander Tuarezaca*).

No obstante ello, estimó dicha Corte que, por tratarse este caso de una pretensión autónoma de amparo constitucional, debía atender al criterio vinculante establecido por esta Sala Constitucional en sentencia N° 7 del 1° de febrero de 2000, (caso: *José Amando Mejías*) en la cual se apunta hacia una interpretación que favorece en mayor medida el ejercicio del derecho a exigir a los tribunales el amparo a los derechos y garantías protegidos por la Constitución y los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, en tanto que faculta a los jueces que actúan en sede constitucional a prescindir de formalismos inútiles o no esenciales y dar preferencia al conocimiento del fondo del caso, a los fines de brindar una tutela judicial efectiva, favoreciendo de este modo, no sólo el acceso a la jurisdicción, sino también el derecho a obtener una decisión motivada, que ponga fin a la controversia, y permita el ejercicio del derecho a la defensa, mediante la interposición de los recursos correspondientes.

Consideró la Corte Primera que ante la imposibilidad de intervenir en la actuación de los órganos de la Administración pública para ordenar la ejecución de los actos por ellos dictados, "... *se aparta de la solicitud de ejecución de la referida Providencia Administrativa*" ... " *y procede a valorarla como una prueba más de la titularidad de algunos de los derechos constitucionales presuntamente violados por la negativa de la referida Gobernación a autorizar y tramitar la reincorporación de los ciudadanos Rando Manuel Cazorla López, Iván Roberto Ramos Montesinos, Jesús Ramón Cardona Peña, Norma Mercedes González, José Humberto Pirez, Adriana Iveth Soto Ortega, Miriam Piña de Sánchez y Rosa María Aguilar de Tovar,*" por lo que constatada la vulneración al derecho al trabajo alegada por estos ciudadanos, declara procedente la pretensión de amparo.

Ello así, considera la Sala que es necesario indicar que en las sentencias de esta Sala Constitucional N° 2122 del 2-11-2001 y 2569 del 11 de diciembre de 2001(caso: *Regalos Coccinelle C.A.*), se estableció que el acto administrativo tiene que ser ejecutado forzosamente por el órgano emisor, esto es, a través de sus funcionarios o valiéndose de la colaboración

de los funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado, si lo considerara necesario, por tratarse de la ejecución de un acto administrativo de desalojo, cuya posibilidad de ejecución forzosa por parte de la Administración es posible, ayudándose de ser necesario, con funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado.

(iii) Pero el caso *sub-examine*, la orden contenida en el acto administrativo del Inspector del Trabajo, es la de proceder al reenganche de los trabajadores antes mencionados, que según se desprende de autos, están amparados por inamovilidad laboral. Por tanto la Sala reitera su criterio al considerar que las Providencias Administrativas deben ser ejecutadas por la autoridad que las dictó, sin intervención judicial, por lo que el amparo no es la vía idónea para ejecutar el acto que ordenó el reenganche. En este sentido, la Sala modifica lo señalado en la sentencia del 20 de noviembre de 2002 (caso: *Ricardo Baroni Uzcátegui*), respecto a que el amparo sea una vía idónea para lograr el cumplimiento de las Providencias Administrativas provenientes de la Inspectoría del Trabajo.

Además constituye un principio indiscutible en el derecho administrativo la circunstancia de que el órgano que dictó el acto puede y debe el mismo ejecutarlo, recogido como principio general en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por estar dotado de ejecutoriedad el acto administrativo adoptado en los términos expuestos, no requiere de homologación alguna por parte del juez: y la ejecución de dicha decisión opera por su propia virtualidad.

Ahora bien, a pesar que en el presente caso se produjo por parte de la Gobernación del Estado Yaracuy, un evidente desacato a la Providencia Administrativa, dictada por la Inspectoría de Trabajo, que ordenó el reenganche y el pago de salarios caídos de los trabajadores, los órganos jurisdiccionales no son la encargados de intervenir en la actuación de los órganos de la Administración Pública; excepto que una Ley así lo ordene.

En este sentido se debe hacer referencia al artículo 79 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos:

*“La ejecución forzosa de los actos administrativos será realizada de oficio por la propia administración salvo que por expresa disposición legal deba ser encomendada a la autoridad judicial.”*

En consecuencia, considera esta Sala Constitucional, que el presente acto administrativo, debió ser ejecutado por la Administración Pública y de esta manera dar cumplimiento a la Providencia Administrativa antes mencionada, razón por la cual se declara ha lugar a la solicitud de revisión formulada y visto que el fallo impugnado obvió el criterio sostenido por esta Sala, se anula la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y se declara inadmisibles el amparo ejercido de conformidad con el artículo 6 numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se decide.

*Voto Salvado del Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz*

Quien suscribe, Magistrado Pedro Rafael Rondón Haaz, discrepa de la decisión que antecede; en consecuencia, rinde el presente voto salvado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En el fallo se declara con lugar la solicitud de revisión de una sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo que declaró con lugar un amparo constitucional contra la negativa de un órgano administrativo de ejecutar un acto administrativo de reenganche dictado por la Inspectoría del Trabajo. Para ello, la decisión expone el criterio de que los actos administrativos *“deben ser ejecutados por la autoridad que los dictó, sin intervención judicial, por lo que el amparo no es la vía idónea para ejecutar el acto que ordenó el reenganche”*.

Ahora bien, este voto salvante disiente de esa postura que abandonó la jurisprudencia de esta Sala que se asumió en sentencia de 2-8-01 (Caso: *Nicolás José Alcalá*), que se reiteró en sentencia de 20-11-02 (Caso: *Ricardo Baroni*), según la cual es cierto que la Administración tiene la potestad (deber-poder) de ejecutar sus propios actos, “...pero es evidente que, de negarse la Administración a cumplir con la obligación que tiene de ejecutar sus actuaciones, ello constituiría, sin lugar a dudas, una abstención u omisión, controlable por los órganos jurisdiccionales como cualquier otra inactividad en la que aquella pueda incurrir, sea cual sea el estadio en la que la misma se manifieste”, y, además, se sostuvo que el amparo constitucional es la vía idónea para ello. Y es que, evidentemente, la ejecutoriedad y ejecutividad propias de los actos administrativos (artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos) no impiden que, cuando la Administración se niega a ejecutar sus actos, sea el juez quien, mediante el control de esa negativa, ordene su ejecución a través de las vías contencioso-administrativas (Vgr. el recurso por abstención) o constitucionales (El amparo).

Con esa postura, la Sala retoma el criterio que alguna vez se sostuvo en sentencia de la Sala Político-Administrativa 21-11-98 (Caso: *Arnaldo Lovera*), pero que posteriormente fue superada por la jurisprudencia contencioso-administrativa, entre otras muchas, en fallos de la Sala Político-Administrativa, de 23 de septiembre de 1999 (Caso: *Aideé Isabel Campos Pérez*), de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de 16 de abril de 1996 (Caso: *Ministerio de Fomento*) y de 29 de enero de 1997 (Caso: *Luis Enrique Pages*), así como las sentencias que pronunció dicha Sala el 29 de julio de 1992 (Caso: *Mercedes María Barrera*) en la que se afirmó que resulta “...factible para aquel que, con interés legítimo, pretenda hacer concretar realmente los efectos del acto, acudir a la vía judicial contencioso-administrativa para lograr que, a través del recurso de abstención, la Administración haga cumplir el acto que está obligada a ejecutar por sí misma”; de 30 de octubre de 1997 (Caso: *Luis Enrique Pages II*); y de 10 de abril de 2000 (Caso: *Instituto Educativo Henry Clay*).

En todo caso, lo que sí es cierto es que si en el caso concreto el particular pretendía que la Gobernación del Estado Yaracuy diera cumplimiento a un acto administrativo de la Inspectoría del Trabajo, debía, antes de acudir a la instancia jurisdiccional, solicitar al propio órgano que expidió el acto (La Inspectoría del Trabajo) la ejecución forzosa del mismo. No obstante, no queda claro si ello ocurrió o no en este caso, por lo que pareciera que no es razón suficiente para fundamentar la revisión.

**CSCA (3262)**

**21-12-2005**

Juez Ponente: Ana Cecilia Zulueta Rodríguez

Caso: Ana Luisa Mora y Marcela Yaline Kristen vs. Restaurant El Pez Cado Frito C.A.

**La Corte asume nuevo criterio de la Sala Constitucional y declara inadmisibles los amparos para ejecutar providencias administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo (La Sala Constitucional modifica lo señalado en la sentencia del 20 de noviembre de 2002, caso: *Ricardo Baroni Uzcátegui*, respecto a que el amparo sea una vía idónea para lograr el cumplimiento de las Providencias Administrativas provenientes de la Inspectoría del Trabajo).**

Determinada como ha sido su competencia, esta Corte pasa a conocer del recurso de apelación ejercido contra el fallo emanado del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental en fecha 1° de agosto de 2005, que declaró con lugar las acciones de amparo constitucional interpuestas (acumuladas) a los fines de verificar si el mismo se encuentra ajustado o no a derecho y en tal sentido observa:

La jurisprudencia había reconocido la dificultad que tenían las Inspectorías del Trabajo para la ejecución de sus actos administrativos en el que resolviesen conflictos subjetivos de intereses de naturaleza laboral, en razón de la ausencia de disposiciones laborales adjetivas que establecieran un procedimiento efectivo para su ejecución forzosa en caso de desacato del patrono, pues sólo se preceptúa un procedimiento sancionatorio regulado en el artículo 647 de la Ley Orgánica del Trabajo.

Ello así, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 1318/01 de fecha 2 de agosto de 2001, caso: *Nicolás José Alcalá Ruiz*, previó la necesidad de establecer la efectiva protección tutelar ante la actitud rebelde y reiterada del patrono originada por la lesión en los derechos fundamentales del trabajador, visualizando al efecto que ante tal circunstancia de contumacia y, dado el vacío legislativo existente que permitiera remediar tal rebeldía, los órganos del Poder Judicial se presentaban como la única solución, para lograr por un medio breve, sumario y eficaz la vigencia de los derechos vulnerados, con el fin de que los órganos administrativos ejecutasen su decisión en materia laboral-administrativa, surgiendo el amparo como la vía idónea para tal fin.

Fundamentó su decisión, entre otros razonamientos, en que *“El problema parece presentarse por el hecho de que, luego de cumplido el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Trabajo para el caso de despido de aquellos trabajadores que gozan de fuero sindical, maternal o en general de inamovilidad y, de ordenarse la reposición del trabajador a su situación anterior al despido y el correspondiente pago de los salarios caídos, no se prevé el procedimiento específico que deba seguir la Administración autora del acto, para la ejecución forzosa en caso de contumacia del patrono, la cual a pesar de que dicha ley le atribuye expresamente, el poder decisorio para este tipo de conflictos, no previó su forma de ejecución en caso de desacato”*.

Considerando lo anterior, la aludida Sala del Máximo Tribunal en sentencia N° 2862 de fecha 20 de noviembre de 2002, (caso: *Ricardo Baroni Uzcátegui*) estableció el régimen competencial para conocer de las pretensiones de nulidad de los actos administrativos que dicten las Inspectorías del Trabajo; de las demandas de amparo constitucional autónomo que se intenten contra los actos, actuaciones u omisiones de las Inspectorías del Trabajo; así como de cualquier otra pretensión distinta de las anteriores, señalando que para el caso de las acciones de amparo conocerán los Juzgados Superiores en lo Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial correspondiente al lugar donde se produjo la supuesta lesión al derecho constitucional, y en segunda instancia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

Así se expresó que:

*“(...) es la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para el conocimiento de las distintas pretensiones que se planteen en relación con los actos administrativos dictados por los Inspectores del Trabajo, sea que se trate, entre otras, de la pretensión de nulidad a través del recurso contencioso administrativo, sean las pretensiones relativas a la inexecución de dichos actos como consecuencia de la inactividad de la Administración autora o bien del sujeto obligado –el patrono o el trabajador– para su ejecución; o, por último, sea que se trate de pretensiones de amparo constitucional con fundamento en lesiones que sean causadas por el contenido o por la ausencia de ejecución de dichos actos administrativos. De allí que no sólo no existe norma legal expresa que otorgue esta competencia a los tribunales laborales, sino que, de verificarse ésta, sería inconstitucional por violación del artículo 259 del Texto Fundamental”* (Negrillas del original y subrayado de esta Corte).

No obstante ello, resulta imperativo observar los principios generales consagrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, puesto que no puede obviarse que las Providencias Administrativas son actos administrativos que imponen una obligación de hacer y que cuentan con los principios de ejecutividad y ejecutoriedad, los cuales facultan, en principio, a la propia Administración para ejecutar estas Providencias, de oficio o incluso si el particular así lo solicitare, sin necesidad de exigir la intervención de los tribunales para la realización de dicha ejecución.

Bajo esta perspectiva, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la mencionada sentencia N° 1318/01 de fecha 2 de agosto de 2001, caso: *Nicolás José Alcalá Ruíz*, expresó en torno a los caracteres de ejecutividad y ejecutoriedad que detentan esta categoría de actos administrativos lo siguiente:

“(…) Ciertamente la providencia administrativa dictada por ese órgano comprendido en la Administración Pública, goza de las características que, en general, definen a los actos administrativos y, por tanto, los mismos se presumen legítimos, es decir, conformes a derecho, sustentados por tal razón, por la cualidad de ejecutividad y ejecutoriedad que, permite establecer la posibilidad de que este tipo de actos puedan ser ejecutados directamente por el ente emisor, sin necesidad de que medie una declaración expresa de un órgano jurisdiccional que ordene su ejecución. ‘La ‘ejecutividad’, ‘ejecutoriedad’, ‘privilegio de decisión ejecutoria’ o ‘acción de oficio’, son términos con los que indistintamente se designa la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados violentando su propiedad y libertad si preciso fuere (...).

Además, constituye un principio indiscutible en el derecho administrativo la circunstancia de que el órgano que dictó el acto, puede y debe él mismo ejecutarlo, recogido como principio general en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos (...*omissis*...).

Asimismo, en ese mismo texto normativo se establece cómo debe realizarse la ejecución forzosa de los actos dictados en caso de incumplimiento: Artículo 79 (...).”

Ahora bien, considerando la cualidad de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos contenidos en las Providencias Administrativas dictadas por las Inspectorías del Trabajo, consagrados en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, aplicables en sede administrativa, resulta igualmente congruente observar los medios de ejecución forzosa expresados en la mencionada Ley, sobre lo cual el artículo 80 *eiusdem* expresa:

“(…*omissis*…)”

Cuando se trate de actos de ejecución personal y el obligado se resistiere a cumplirlos, se le impondrán multas sucesivas mientras permanezca en rebeldía y, en el caso de que persista en el incumplimiento, será sancionado con nuevas multas iguales o mayores a las que ya se le hubieren aplicado, concediéndole un plazo razonable, a juicio de la administración, para que cumpla lo ordenado (...).”

Así, considerando esa ejecutividad y ejecutoriedad, la misma Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia N° 3569 de fecha 6 de diciembre de 2005, caso: *Saudí Rodríguez Pérez*, “[modificó] lo señalado en la sentencia del 20 de noviembre de 2002 (caso: *Ricardo Baroni Uzcátegui*), respecto a que el amparo sea una vía idónea para lograr el cumplimiento de las Providencias Administrativas provenientes de la Inspectoría del Trabajo”, declarando inadmisibles el amparo ejercido en esa oportunidad de conformidad con el artículo 6 numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, expresando al efecto que:

“Ahora bien, en el caso sub-examine la Sala observa que en la sentencia objeto de la presente solicitud, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo sí consideró que los actos administrativos son ejecutivos y ejecutorios, según lo dispuesto por el artículo 8° de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, por lo que afirmó que, a menos que medie una suspensión decretada por vía judicial, deben ser ejecutados inmediatamente y que tal criterio ha sido asumido por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 2683 del 13-11-2001 (caso: *Manuel Alexander Tuarezaca*).

No obstante ello, estimó dicha Corte que, por tratarse este caso de una pretensión autónoma de amparo constitucional, debía atender al criterio vinculante establecido por esta Sala Constitucional en sentencia N° 7 del 1° de febrero de 2000, (caso: *José Amando Mejías*) en la cual se apunta hacia una interpretación que favorece en mayor medida el ejercicio del derecho a exigir a los tribunales el amparo a los derechos y garantías protegidos por la

Constitución y los Tratados Internacionales de Protección de los Derechos Humanos, en tanto que faculta a los jueces que actúan en sede constitucional a prescindir de formalismos inútiles o no esenciales y dar preferencia al conocimiento del fondo del caso, a los fines de brindar una tutela judicial efectiva, favoreciendo de este modo, no sólo el acceso a la jurisdicción, sino también el derecho a obtener una decisión motivada, que ponga fin a la controversia, y permita el ejercicio del derecho a la defensa, mediante la interposición de los recursos correspondientes.

(...*omissis*...)

Ello así, considera la Sala que es necesario indicar que en las sentencias de esta Sala Constitucional N° 2122 del 2-11-2001 y 2569 del 11 de diciembre de 2001 (caso: *Regalos Coccinelle C.A.*), se estableció que el acto administrativo tiene que ser ejecutado forzosamente por el órgano emisor, esto es, a través de sus funcionarios o valiéndose de la colaboración de los funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado, si lo considerara necesario, por tratarse de la ejecución de un acto administrativo de desalojo, cuya posibilidad de ejecución forzosa por parte de la Administración es posible, ayudándose de ser necesario, con funcionarios de los cuerpos de seguridad del Estado.

(iii) Pero el caso sub-examine, la orden contenida en el acto administrativo del Inspector del Trabajo, es la de proceder al reenganche de los trabajadores antes mencionados, que según se desprende de autos, están amparados por inamovilidad laboral. Por tanto la Sala reitera su criterio al considerar que las Providencias Administrativas deben ser ejecutadas por la autoridad que las dictó, sin intervención judicial, por lo que el amparo no es la vía idónea para ejecutar el acto que ordenó el reenganche. En este sentido, la Sala modifica lo señalado en la sentencia del 20 de noviembre de 2002 (caso: *Ricardo Baroni Uzcatégui*), respecto a que el amparo sea una vía idónea para lograr el cumplimiento de las Providencias Administrativas provenientes de la Inspectoría del Trabajo.

Además constituye un principio indiscutible en el derecho administrativo la circunstancia de que el órgano que dictó el acto puede y debe el mismo ejecutarlo, recogido como principio general en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Por estar dotado de ejecutoriedad el acto administrativo adoptado en los términos expuestos, no requiere de homologación alguna por parte del juez: y la ejecución de dicha decisión opera por su propia virtualidad.

Ahora bien, a pesar que en el presente caso se produjo por parte de la Gobernación del Estado Yaracuy, un evidente desacato a la Providencia Administrativa, dictada por la Inspectoría de Trabajo, que ordenó el reenganche y el pago de salarios caídos de los trabajadores, los órganos jurisdiccionales no son los encargados de intervenir en la actuación de los órganos de la Administración Pública; excepto que una Ley así lo ordene.

(...*omissis*...)

En consecuencia, considera esta Sala Constitucional, que el presente acto administrativo, debió ser ejecutado por la Administración Pública y de esta manera dar cumplimiento a la Providencia Administrativa antes mencionada, razón por la cual se declara ha lugar a la solicitud de revisión formulada y visto que el fallo impugnado obvió el criterio sostenido por esta Sala, se anula la sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y se declara inadmisibile el amparo, y así se decide”.

Ahora bien, en el caso bajo estudio, el accionante alegó que la conducta contumaz asumida por el “Restaurant El Pez Cado Frito, C.A.”, de no acatar la orden de reenganche y consecuentemente pago de salarios caídos contenida en la Providencia Administrativa N° 2639 de fecha 25 de noviembre de 2004, emanada de la Inspectoría del Trabajo del Estado Lara, constituye una evidente desobediencia que ha vulnerado sus derechos al trabajo, al salario y a la estabilidad laboral, consagrados en los artículos 87, 89, 91 y 93 del Texto Fundamental, además de los derechos contenidos en los artículos 92, 95, 96 y 131 *eiusdem*.

Por su parte, el a quo declaró con lugar la acción de amparo constitucional al considerar violados el derecho al trabajo, al salario y a la estabilidad laboral.

Ello así, por cuanto la presente acción de amparo fue interpuesta por el presunto incumplimiento de la Providencia Administrativa N° 2639 de fecha 25 de noviembre de 2004, emanada de la Inspectoría del Trabajo del Estado Lara, la cual declaró con lugar la solicitud de pago y salarios caídos interpuesta por el accionante contra el “Restaurant El Pez Cado Frito, C.A.” y, dado que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia destacó el carácter de ejecutividad y de ejecutoriedad de estos actos administrativos conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, modificando a través de la sentencia N° 3569 de fecha 6 de diciembre de 2005, caso: *Saudí Rodríguez Pérez*, su criterio acerca de la idoneidad de la acción de amparo para resolver casos como el aquí analizado, es forzoso para esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo declarar con lugar la apelación interpuesta y, en consecuencia, revoca la sentencia dictada por el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental en fecha 1° de agosto de 2005, por la razones expuestas en la motiva. Así se decide.

Conociendo de la acción de amparo interpuesta y, vistas las consideraciones precedentemente realizadas, se declara inadmisibles la aludida acción de conformidad con el artículo 6 numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Así se decide.

b. *Existencia de medios judiciales ordinarios*

**TSJ-SC (3375)**

**4-11-2005**

Magistrado Ponente: Luisa Estella Morales Lamuño

Caso: Refinadora de Maíz Venezolana, C.A. (Remavenca), y Procesadora Venezolana de Cereales, S.A. (Provencesa) vs. Ministro de Agricultura y Tierras y efectivos de los componentes Ejército y Guardia Nacional de la Fuerza Armada Nacional.

**La Sala reitera la inadmisibilidad del amparo autónomo contra actos administrativos en virtud de que las acciones contencioso-administrativas -entre las cuales se encuentran el recurso de nulidad, el recurso por abstención o la querrela funcional-, constituyen vías judiciales idóneas, es decir breves, sumarias y eficaces, para el alcance del restablecimiento de la situación jurídica infringida, ello, aunado al amplio poder de restablecimiento que atribuye al juez contencioso administrativo el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.**

Habiendo sido determinada la competencia para conocer de la presente acción de amparo constitucional ejercida conjuntamente con medida cautelar innominada, esta Sala pasa al estudio de la admisibilidad del mismo.

De los alegatos expuestos en el escrito libelar se desprende que la acción de autos es ejercida en virtud de las presuntas actuaciones materiales efectuadas por el Ministro de Agricultura y Tierras y perpetradas por los componentes del Ejército y la Guardia Nacional de impedir el acceso a las instalaciones de REMAVENCA y la presunta amenaza real e inminente de la designación de una Junta Administradora a cuyo cargo quedaría el manejo de las instalaciones industriales que la integran, actuaciones las cuales -según aducen las quejas- vulneran sus derechos a la igualdad, debido proceso y a la defensa, a la libertad económica, a la propiedad y la garantía de no confiscatoriedad, consagrados en los artículos 21, 49, 112, 115 y 116 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Como punto previo, resulta relevante destacar que constituye un hecho notorio comunicacional que representantes de las empresas accionantes efectuaron un acuerdo conjuntamente con el Ministro de Agricultura y Tierras y ex-trabajadores de la empresa, con la finalidad de que cesara la presunta actuación material de los efectivos de las Fuerzas Armadas Nacionales.

Posterior a ello, el Ejecutivo del Estado Barinas, mediante Decreto N° 641, dictado el 26 de septiembre de 2005 y publicado en la *Gaceta Oficial del Estado Barinas* N° 012-05 Extraordinario, de la misma fecha, decretó la adquisición forzosa de los bienes “presuntamente” propiedad de la empresa REMAVENCA, dando inicio de esta forma al procedimiento expropiatorio establecido en la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública y Social, previa declaratoria de utilidad pública e interés social sobre “(...) la operatividad, uso y puesta en funcionamiento de los bienes muebles e inmuebles, entre los cuales se destacan los terrenos, silos, galpones, áreas de almacenes horizontales, patios de maniobras, locales donde funcionaba la planta de producción de harina y extracción de aceite con todos sus accesorios, presuntamente pertenecientes a la empresa REFINADORA DE MAÍZ VENEZOLANA, COMPAÑÍA ANÓNIMA (REMAVENCA) (...)”, efectuado por el Consejo Legislativo del Estado Barinas, mediante Acuerdo de Cámara N° C-002-CLEB-2005.II, del 20 de septiembre de 2005 y publicado en la *Gaceta Legislativa del Estado Barinas*, de la misma fecha, N° 63.

Visto lo expuesto, debe apreciarse que al ser la expropiación una potestad administrativa ablatoria mediante la cual se limita el derecho a la propiedad por los motivos expuestos, se observa que sobrevenidamente decae el objeto y la pertinencia para la resolución del presente amparo constitucional, por cuanto cualquier enjuiciamiento que a bien tuviera efectuar la Sala con respecto al petitorio formulado, significaría emitir un juicio previo sobre la cualidad jurídica del decreto expropiatorio, lo cual excede del ámbito de competencias de esta Sala, por cuanto ello corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y no a la constitucional.

En tal sentido, aprecia esta Sala que carece de competencia para enjuiciar la presunta legalidad del referido Decreto Expropiatorio, en virtud de que ello debe ser revisado en un juicio de nulidad, si las empresas accionantes estiman que dicho Decreto es inconstitucional o ilegal, o en juicio expropiatorio si quieren acogerse a dicho procedimiento, dentro del cual le serán garantizados los derechos y garantías procedimentales establecidos tanto en la Constitución como en las leyes adjetivas aplicables al caso concreto.

Todo lo anterior requiere de un examen de la legalidad el cual se encuentra vedado al Juez Constitucional, y que resulta el objeto propio de otros recursos, en el cual pueden revisarse disposiciones de rango infraconstitucional, por no tratarse de violaciones directas a derechos consagrados en el Texto Fundamental.

Al respecto, resulta relevante destacar sentencia de esta Sala N° 1.592 del 20 de diciembre de 2000, en la cual se sostuvo:

*“Ahora bien no puede aspirar la parte accionante dejar sin efecto dicho decreto de expropiación a través del ejercicio del amparo autónomo, ni pretender a través de la misma la nulidad de los actos administrativos dictados por un ente distinto al que se señala como agravante, lo cual colocaría en estado de indefensión al órgano administrativo que dictó el acto.*

*En este sentido observa la Sala que no resulta posible sustituir a través de la acción de amparo constitucional, el ejercicio del recurso contencioso administrativo de anulación en el cual el legislador consagró un procedimiento especial donde se otorgan las garantías procesales tanto al recurrente como a la propia Administración autora del acto, es en este procedimiento donde se analizaría la legalidad o inconstitucionalidad del acto administrativo impugnado*” (Subrayado posterior).

Asimismo, la Sala ha confirmado dicho criterio en sentencia N° 331 del 13 de marzo del 2001, en los siguientes términos:

*“Para que sea estimada una pretensión de amparo constitucional es preciso que el ordenamiento jurídico no disponga de un mecanismo procesal eficaz, con el que se logre de manera efectiva la tutela judicial deseada. Pretender utilizar el proceso de amparo, cuando existen mecanismos idóneos, diseñados con una estructura tal, capaz de obtener tutela anticipada, si fuere necesario (artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil o inclusive el amparo cautelar), al tiempo que garantizan la vigencia de los derechos constitucionales de todas las partes involucradas, haría nugatorio el ejercicio de las acciones correspondientes a este tipo de procesos y los efectos que tiene la acción de amparo constitucional, referidos al restablecimiento de situaciones jurídicas infringidas”* (Subrayado posterior).

Ahora bien, el criterio que ha sostenido la Sala hasta el momento, a través del cual ha llegado a la conclusión de la inadmisibilidad del amparo autónomo contra actos administrativos ha sido que las acciones contencioso-administrativas -entre las cuales se encuentran el recurso de nulidad, el recurso por abstención o la querrela funcional-, constituyen vías judiciales idóneas, es decir breves, sumarias y eficaces, para el alcance del restablecimiento de la situación jurídica infringida, ello, aunado al amplio poder de restablecimiento que atribuye al juez contencioso administrativo el citado artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En atención a lo expuesto, el recurso de nulidad o el juicio de expropiación, se erigen como vías idóneas para dilucidar los reclamos relativos a presuntas controversias en el marco de un procedimiento expropiatorio, esta circunstancia deviene de que se constituye en la vía judicial preexistente para la resolución judicial de conflictos que requieren de un estudio previo de legalidad, lo cuales se encuentran vedados al juez constitucional.

Visto lo anterior, observa esta Sala que de considerar las accionantes que persiste el perjuicio alegado, pueden lograr el restablecimiento de la situación jurídica denunciada como infringida, por medio de las vías ordinarias y obtener la satisfacción de sus pretensiones, razón por la cual, existiendo entonces vías idóneas que ofrece el ordenamiento jurídico para la resolución de la controversia planteada por la parte actora, resulta forzoso para esta Sala declarar la inadmisibilidad de la presente acción, conforme a lo dispuesto en el artículo 6.5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y así se decide.

Así las cosas, se hace forzosa la declaratoria de inadmisibilidad de la pretensión de amparo constitucional de autos. Así se decide.

#### D. Medidas Cautelares

CPCA

18-11-2005

Juez Ponente: Aymara G. Vilchez Sevilla

Caso: Centro Clínico San Cristóbal, C.A. vs. Registro Mercantil Primero de la Circunscripción Judicial del Estado Táchira.

**El juez de amparo puede decretar medidas precautelativas sin que se le exija al peticionario los requisitos clásicos de procedencia de la misma. De allí que el solicitante es liberado de la carga de fundamentar los requisitos de procedencia de la medida cautelar, quedando a criterio del juez de amparo determinar si la medida solicitada es o no procedente, utilizando para ello las reglas de la lógica y las máximas de experiencia.**

Realizada la anterior declaratoria, esta Corte pasa analizar la medida cautelar requerida, y a tal efecto observa:

La parte accionante solicitó en su escrito que se decrete medida cautelar "...conforme lo ha establecido la Sala Constitucional, ...sin necesidad de invocar ni probar el *fumus boni iuris*, ni el *periculum in damni*...", a fin de lograr el registro del Acta de Asamblea General Extraordinaria de accionistas del Centro Clínico San Cristóbal, C.A., celebrada el 30 de junio de 2005, pues a su decir, la omisión en la cual ha incurrido la parte presuntamente agravante "...conlleva a la consecuencia de no poder los administradores de la sociedad cumplir con sus funciones en cuanto a (*sic*) se refiere al aspecto administrativo...", tales como el pago de las obligaciones laborales, de los honorarios de los médicos tratantes y de los proveedores habituales. Por lo que exhorta a esta Corte a que estime "...las graves consecuencias que acarrea a la corporación el no cumplir oportunamente los compromisos económicos enunciados". (Negrillas del texto).

Al respecto, esta Corte entiende del anterior argumento que la parte presuntamente agravada ha solicitado la medida de acuerdo a lo previsto en la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera, N° 156, de fecha 24 de marzo de 2000, caso: *Corporación L' Hotels, C.A.*, en virtud de la cual el juez de amparo puede decretar medidas precautelativas sin que se le exija al peticionario los requisitos clásicos de procedencia de la misma. De allí que el solicitante es liberado de la carga de fundamentar los requisitos de procedencia de la medida cautelar, quedando a criterio del juez de amparo determinar si la medida solicitada es o no procedente, utilizando para ello las reglas de la lógica y las máximas de experiencia.

Ahora bien, atendiendo al criterio jurisprudencial antes expuesto, esta Corte observa que la pretensión cautelar solicitada tiene un contenido idéntico respecto a la solicitud de amparo autónomo de la cual es subsidiaria, pues en caso de que la presente acción fuese declarada con lugar en la sentencia definitiva, lo conducente sería ordenar -como se pretende por vía cautelar- el registro de la referida Acta; registro éste que, además, produciría efectos erga omnes que sólo podrían ser anulados "por sentencia definitivamente firme" tal y como lo establece el artículo 41 del Decreto con Fuerza de Ley de Registro Público y del Notariado. Por lo tanto, si este Órgano Jurisdiccional otorgara la cautela solicitada vaciaría de contenido la acción de amparo, y carecería de sentido la prosecución del proceso, pues la parte presuntamente agravada ya estaría satisfecha anticipadamente en sus intereses, sin que siquiera se hubiese verificado la violación de los derechos constitucionales denunciados como conculcados, y sin que la parte presuntamente agravante hubiese tenido oportunidad de alegar las defensas que estimara pertinentes.

Aquí la concesión de la medida cautelar se traduciría en un menoscabo al derecho a la defensa de la parte denunciada como agravante, y facultaría a los denunciados para actuar en nombre del Centro Clínico San Cristóbal, lo que daría lugar a importantes consecuencias de carácter económico cuyos efectos serían imposibles de retrotraer en el supuesto de que la acción de amparo constitucional fuese desestimada en su definitiva.

De manera que, vista entonces la identidad entre la pretensión cautelar y la acción principal de amparo autónomo, resulta forzoso para esta Corte declararla IMPROCEDENTE, y así se decide.

#### E. Sentencia

##### a. Apelación

**TSJ-SC (3027)**

**14-10-2005**

Magistrado Ponente: Francisco Antonio Carrasquero López

Caso: César Armando Caldera Oropeza vs. Decisión Tribunal Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal del Estado Miranda.

**La Sala Constitucional fija posición en cuanto a la actividad que ha de desplegar el tribunal que conoce en primera instancia la acción de amparo constitucional, en los casos en los que no se interponga el recurso de apelación previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), y, en los supuestos en los que el mismo se interponga intempestivamente. Igualmente la Sala se pronuncia con relación a los casos en los que el juez que conoce en primera instancia la acción de amparo constitucional, a pesar de haber sido interpuesto el aludido recurso de apelación dentro del lapso de ley, no remite las actuaciones relativas a la acción de amparo constitucional al tribunal de alzada.**

En primer lugar, esta Sala considera oportuno resaltar que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, con sede en la ciudad de Los Teques, remitió las actuaciones relativas a la acción de amparo constitucional interpuesta por el ciudadano César Armando Caldera Oropeza, junto al recurso de apelación presentado por el mismo, pero siendo ese el caso, la mencionada Corte no hizo alusión a si el mismo fue interpuesto dentro del lapso de ley, tampoco remitió el cómputo de los días tempestivos para interponer el precitado recurso, y, además, señaló en el oficio descrito al inicio de la presente, que dicha remisión a esta Sala obedece a la “apelación y consulta de ley” prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales.

Evidentemente, ese tribunal colegiado hizo mención a la consulta de ley, puesto que para el momento de remisión del expediente en cuestión (3 de diciembre de 2004) esta Sala no había declarado la derogatoria de la misma, la cual se realizó el 22 de junio de 2005, mediante la decisión número 1307, sin embargo, lo que se quiere denotar aquí, es que la referida Corte de Apelaciones no especificó el fundamento de la remisión, es decir, no precisó si se originó por la consulta de ley o por el recurso de apelación interpuesto, cuestión que ahora, como se observará continuación, reviste mayor importancia que antes.

Ni con anterioridad a la declaratoria de inconstitucionalidad de la consulta de amparo, ni con posterioridad a la misma, el hecho que conste en autos recurso de apelación contra la decisión que conoció en primera instancia la acción de amparo constitucional, presupone que el mismo fue interpuesto dentro del lapso legal respectivo (artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales).

Tal reconocimiento resulta especialmente importante, sobre todo, porque aun cuando el tribunal que conoció la acción de amparo constitucional en primera instancia remite a la alzada las actuaciones correspondientes “en virtud de lo previsto en el aludido artículo 35 *eiusdem*” (de forma genérica, tal y como acostumbraban hacerlo muchos juzgados), o simplemente sin hacer señalamiento alguno, se ha podido apreciar que en una cantidad considerable de causas, los recursos de apelación que constan en las mismas, han sido interpuesto intempestivamente, es decir, fuera del lapso de ley.

Durante la vigencia de la consulta prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, la jurisprudencia no se ocupó de advertir suficientemente tal situación, puesto que, en tales casos, si la alzada no examinaba la decisión tomada en primera instancia por el recurso de apelación, en todo caso la examinaba en virtud de la prenombrada consulta, cuestión que llevó a muchos tribunales de alzada al error de valorar el recurso de apelación sin conocer si el mismo había sido interpuesto dentro de la oportunidad legal o no, lo cual determinaba, en esos casos, un innegable desorden procesal, un menoscabo al principio de legalidad procesal y, con ello, a la institución del debido proceso, circunstancia que se ve aumentada con la declaratoria de derogación de la consulta de amparo.

Con relación a esto último, debe señalarse que la sentencia N° 1307, de fecha 22 de junio de 2005, mediante la cual esta Sala declaró la derogatoria de la consulta de amparo, amerita un desarrollo ulterior en varios sentidos, al cual, dadas las circunstancias del caso *sub lite*, contribuirá la presente decisión en este punto previo.

En tal sentido, es oportuno fijar posición en cuanto a la actividad que ha de desplegar el tribunal que conoce en primera instancia la acción de amparo constitucional, por una parte, en los casos en los que no se interponga el recurso de apelación previsto en el 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), y, por otra, en los supuestos en los que el mismo se interponga intempestivamente. Finalmente esta Sala se pronunciará con relación a los casos en los que el juez que conoce en primera instancia la acción de amparo constitucional, a pesar de haber sido interpuesto el aludido recurso de apelación dentro del lapso de ley, no remite las actuaciones relativas a la acción de amparo constitucional al tribunal de alzada, todo lo cual, ante la inexistencia de regulación jurídica expresa, implica para esta Sala por una labor de integración del Derecho.

Es de advertir, que ante la inexistencia de la consulta de amparo, en los casos en los que no se interponga el recurso de apelación a que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o en los que el mismo se ejerza intempestivamente, o, en fin, cuando así lo considere ajustado a derecho, el tribunal que conoció en primera instancia de la acción de amparo constitucional ordenará el archivo de las actuaciones, en los términos fijados en esta decisión.

Ahora bien, ante lo expuesto hasta aquí, y para evitar las descritas vulneraciones al orden procesal y al debido proceso, esta Sala considera que en los casos en los que a criterio del tribunal de la primera instancia, el recurso de apelación haya sido interpuesto en la oportunidad de ley, el mismo deberá remitir al Tribunal de alzada, el cómputo de los días tempestivos para interponer el recurso de apelación a que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a los efectos de ratificar, ante todo, que tal mecanismo de impugnación fue ejercido en la oportunidad legal respectiva, ya que, de lo contrario, es decir, de verificarse que el mismo se ejerció fuera de la oportunidad legal, tal y como ha ocurrido en muchos casos, la inadmisión del mismo que debió ser declarada por el tribunal de la primera instancia, será declarada por la alzada, la cual ordenará seguidamente el archivo de las actuaciones.

Indudablemente, tales afirmaciones ameritan un mayor desarrollo, sin embargo, antes de abordarlas nuevamente, considera la Sala que es pertinente y necesario hacer alusión, en primer lugar, a la oportunidad de ley para interponer el recurso de apelación previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988).

En tal sentido, el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece que “(...) *si transcurridos tres (3) días de dictado el fallo, las partes, el Ministerio Público o los procuradores no interpusieren apelación, el fallo será consultado con el Tribunal Superior respectivo, al cual se le remitirá inmediatamente copia certificada de lo conducente*” (Subrayado de la Sala).

Como se deduce de la previsión normativa inserta en el artículo citado, dentro de los tres (3) días de dictado el fallo, las partes están facultadas para interponer el recurso de apelación contra el mismo, tal y como quedó establecido y aclarado por esta Sala en la decisión número 501, del 31 de mayo de 2000, caso: “*Seguros Los Andes, C.A.*”, la cual establece, entre otras cosas, lo siguiente:

“Bajo este orden de ideas, considera esta Sala que el lapso de tres (3) días para interponer el recurso de apelación en amparo, previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe ser computado por días calendarios consecutivos, excepto los sábados, los domingos, el jueves y el viernes santos, los declara-

dos días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales y los declarados no laborables por otras leyes, y así se declara, reiterando con carácter vinculante lo ya expresado en el fallo del 1º de febrero de 2000 (caso: *José Amando Mejía*)”.

Pues bien, en criterio de la Sala, el lapso de tres (3) días para interponer el recurso de apelación en amparo, previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe ser computado por días calendarios consecutivos, excepto los sábados, los domingos, el jueves y el viernes santos, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales y los declarados no laborables por otras leyes; lo cual no desdice de la previsión normativa establecida en el artículo 13 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, según la cual, **“Todo el tiempo será hábil y el juez dará preferencia al trámite de amparo sobre cualquier otro asunto”** (*negrillas de la Sala*), mensaje prescriptivo que debe interpretarse, esencialmente, con relación a la norma contenida con ese artículo y a la estructura de la ley que la contiene.

En efecto, la antedicha disposición se refiere –parcialmente- al legitimado para decidir la solicitud de amparo constitucional (*“La acción de amparo constitucional puede ser interpuesta ante el Juez competente por cualquier persona natural o jurídica, por representación o directamente, quedando a salvo las atribuciones del Ministerio Público, y de los Procuradores de Menores, Agrarios y del Trabajo, si fuere el caso”*) –de allí que se encuentre dentro del título relativo a la competencia-, y, fundamentalmente, a tal efecto, en su único aparte señala que *“Todo el tiempo será hábil y el Tribunal dará preferencia al trámite de amparo sobre cualquier otro asunto”*, por su puesto, básicamente, como se desprende del tenor literal del precepto, y de una interpretación sistemática, teleológica y racional, con relación a la oportunidad para interponer la acción de amparo constitucional, lo cual, no necesariamente, aunque la naturaleza jurídica de la materia de amparo nos advierte que la misma ha de ser expedita (principio de sumariedad y brevedad del amparo y, en general, principio de celeridad procesal), es extensible a todas las demás previsiones contenidas en ese cuerpo normativo.

Así, con relación a la oportunidad legal para interponer el mencionado recurso de apelación contra la decisión sobre la acción de amparo constitucional, prevista en el artículo 35 de la Ley que regula la materia, no aplica la aludida previsión normativa, razón por la cual, como vimos, la Sala ha señalado que *el lapso de tres (3) días para interponer el recurso de apelación en amparo, previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debe ser computado por días calendarios consecutivos, excepto los sábados, los domingos, el jueves y el viernes santos, los declarados días de fiesta por la Ley de Fiestas Nacionales y los declarados no laborables por otras leyes*; todo ello con la finalidad de hacer amplio y sustancialmente viable, en todo caso, el ejercicio del derecho a ejercer ese medio de impugnación –y de *ulteriores derechos vinculados al mismo*- que, a partir de la decisión N° 1307, de fecha 22 de junio de 2005, caso: *Ana Mercedes Bermúdez Ana Mercedes Bermúdez*”, mediante la cual este Sala declaró que la consulta prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988) fue derogada por la disposición Derogatoria Única de la Constitución vigente, es el único medio que permite examinar la decisión que resuelve, en primera instancia, la acción de amparo constitucional. Y así se declara.

Ahora bien, por una parte, con relación al archivo de las actuaciones por parte del tribunal que conoció en primera instancia de la acción de amparo constitucional, cuando así lo considere conforme a derecho, por ejemplo, en los casos en los que no se interponga el recurso de apelación a que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o en los que el mismo se ejerza intempestivamente, es decir, fuera de la oportunidad legal prevista en la precitada norma, para su interposición, y, por otra parte, con relación a la necesidad de remisión, por parte de aquel juzgado, al Tribunal de

alzada, del cómputo de los días tempestivos para interponer el recurso de apelación a que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, a los efectos de ratificar, ante todo, que el mismo fue ejercido en la oportunidad legal respectiva, de ser ese el caso, esta Sala pasa a realizar los siguientes planteamientos.

Como se sabe, esta Sala en su decisión N° 1307, de fecha 22 de junio de 2005, caso: “*Ana Mercedes Bermúdez*”, declaró que la consulta prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), fue derogada por la disposición Derogatoria Única de la Constitución vigente....

...Ante el reconocimiento de esta derogatoria de la consulta prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), la cual implicaba el examen oficioso de la decisión que resolvía la acción de amparo en primera instancia por parte del tribunal de alzada, no cabe lugar a dudas la trascendencia del recurso de apelación respecto al interviniente que pretenda el referido examen, y, por ende, del conocimiento por parte del juzgado de la segunda instancia, del momento de la interposición de ese medio de impugnación y de los días transcurridos desde el instante de la publicación de la decisión que resolvió en primera instancia la pretensión de amparo constitucional, hasta el momento de interposición del aludido recurso de apelación, todo ello a los efectos de respetar el orden procesal, el principio de legalidad procesal y, por ende, la institución del debido proceso, y de ratificar, ante todo, que el mismo fue ejercido en la oportunidad legal respectiva –*razón por la cual fue remitido al tribunal de alzada, pues de lo contrario, en honor, en este supuesto, a los principios de economía y celeridad procesal, no debería hacerlo-*, cuya consecuencia, en caso de que el mismo no haya sido interpuesto en la oportunidad de ley, con la única excepción, como se expondrá a continuación, de la Jurisdicción Penal, será la inadmisión del aludido recurso por parte del tribunal que conoció en primera instancia la acción de amparo constitucional, y la imposibilidad de examinar la decisión intempestivamente recurrida por parte del Tribunal de Alzada.

Sin embargo, si bien es cierto que esta Sala considera ajustado a Derecho permitir que sea el propio tribunal que conoció en primera instancia la acción de amparo constitucional interpuesta, el que se pronuncie sobre la admisibilidad o no del recurso de apelación previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (1988), con relación al momento de interposición del mismo (si es interpuesto intempestivamente el juzgado de la primera instancia lo declarará inadmisibles, si no, lo remitirá a la alzada), no es menos cierto que tal posición tiene una única excepción, la cual está determinada por la materia penal. En efecto, como se sabe, en el ámbito jurídico el Derecho penal constituye uno de los medios de control social más formalizados, no sólo en su aspecto material o sustantivo, sino también en su aspecto procesal o adjetivo, lo cual se advierte no sólo por la existencia del monopolio estatal de la potestad punitiva, sino también, por el elevado nivel de garantismo que la rodea. De allí que, en tanto esta parcela del Derecho contiene y prohíbe las conductas más lesivas en el ámbito social, y asocia a estas las consecuencias jurídicas más gravosas de todo el ordenamiento jurídico: Las penas, y, por ende, el grado de los intereses allí expuestos es sumamente alto, pues incluso podría llegar a afectarse legítimamente la libertad personal del declarado culpable de algún delito, todo lo cual también involucra al tema del amparo constitucional, esta Sala considera que, en materia penal, el tribunal de la primera instancia constitucional, deberá, aun cuando el recurso de apelación sea manifiestamente intempestivo, remitir las actuaciones respectivas junto al aludido recurso, al juzgado de alzada, a los efectos de que sea este último el que se pronuncie sobre la tempestividad o no del mismo, y, por ende, sobre su admisibilidad o no. Así se declara.

De allí que, por medio de la presente decisión, la Sala instruye a todos los tribunales de las distintas jurisdicciones, Civil, Laboral, Agraria, Contencioso-Administrativa, Contencioso-Tributaria, en materia de Niños y Adolescentes (salvo la referida a la materia penal), y

cualquier otra con excepción de la Jurisdicción Penal, que conozcan en primera instancia las acciones de amparo constitucional que, ante la inexistencia de la aludida consulta, en los casos en los que no se interponga el recurso de apelación a que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o en los casos en los que el mismo se ejerza intempestivamente, es decir, fuera de la oportunidad legal prevista en la precitada norma para su interposición, deberán archivar las actuaciones originadas a partir de la acción de amparo constitucional respectiva, en el plazo y en los términos previstos en el presente fallo, y en los supuestos en los que se ejerza tempestivamente el aludido recurso de apelación, deberán indicarlo y remitir al tribunal de alzada, información sobre el momento de interposición del precitado recurso y el cómputo de los días tempestivos para interponerlo, con el fin de ratificar, ante todo, que el mismo fue ejercido en la oportunidad legal respectiva, y, en caso contrario, es decir, cuando la alzada verifique la inadvertida intempestividad del mismo, inadmitirlo. Por su parte, en materia penal, el tribunal de la primera instancia constitucional, deberá, aun cuando el recurso de apelación sea manifiestamente intempestivo, remitir las actuaciones respectivas junto al aludido recurso, al juzgado de alzada, a los efectos de que sea este último el que se pronuncie sobre la tempestividad o no del mismo, y, por ende, sobre su admisibilidad o no. Por su parte, en los casos en los que no se interponga el recurso de apelación a que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, los tribunales penales que actúen como juzgados constitucionales, deberán archivar las actuaciones originadas a partir de la acción de amparo constitucional respectiva, en el plazo y en los términos previstos en el presente fallo, y, en los supuestos en los que se ejerza tempestivamente el aludido recurso de apelación, deberán indicarlo y remitir al tribunal de alzada, información sobre el momento de interposición del precitado recurso y el cómputo de los días tempestivos para interponerlo, con el fin de ratificar, ante todo, que el mismo fue ejercido en la oportunidad legal respectiva, y, en caso contrario, es decir, cuando la alzada verifique la inadvertida intempestividad del mismo, inadmitirlo. Así se declara.

Expuesto lo anterior, debemos plantear, por una parte, el caso *–excepcional, en el cual está abstraída expresa y únicamente la materia penal–* en el que el juez que conoció en primera instancia la acción de amparo constitucional, yerre en el cálculo de los referidos días tempestivos para interponer el recurso de apelación previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, a consecuencia de ello, lo inadmita y ordene el archivo de las actuaciones, vulnerando con ello la oportuna pretensión de examen de la decisión por él dictada en primera instancia, por parte del tribunal de alzada, y los derechos vinculados a la misma, y, por otra parte, los supuestos *–en los cuales también está abstraída la materia penal, en virtud de que el juez penal que actúa como juez constitucional no está facultado para que se pronuncie sobre la admisibilidad o no del mismo, por lo que siempre que se interponga el recurso apelación deberá remitir las actuaciones al superior–* en los cuales por cualquier otra razón ilegítima el tribunal que conoció en primera instancia la acción de amparo constitucional, no admita el aludido recurso de apelación.

Con relación a ello, y en virtud de la ausencia de previsión normativa específica en la ley que rige esta materia (*Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales*) para subsanar tales desaciertos por parte del Juez que conoció la acción de amparo constitucional en primera instancia, y que erróneamente declaró intempestivo el recurso de apelación interpuesto tempestivamente, debemos recurrir a la integración del Derecho, específicamente a uno de los métodos, a saber, la autointegración.

A decir de Larenz, las normas jurídicas, contenidas en la ley, no están simplemente unas al lado de otras, sino que están relacionadas entre sí de diferente modo y sólo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El ordenamiento jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones (Larenz, Kart, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, pp. 257-258).

Como lo señala ese autor, “*si bien la interpretación de la ley constituye la tarea inmediata de una Jurisprudencia encaminada a la praxis jurídica, sin embargo la Jurisprudencia nunca se ha agotado ahí. Siempre se ha reconocido que, incluso una ley muy cuidadosamente pensada, no puede contener una solución para cada caso necesitado de regulación que sea atribuible al ámbito de regulación de la ley; con otras palabras, que toda ley, inevitablemente tiene ‘lagunas’ [al menos en ese sentido]. Asimismo se ha reconocido desde hace tiempo la competencia de los tribunales para colmar las lagunas legales (...) La interpretación de la ley y el desarrollo del Derecho no deben verse como esencialmente diferentes, sino sólo como distintos grados del mismo proceso de pensamiento. Esto quiere decir que ya la simple interpretación de la ley por un tribunal, en tanto es la primera o se aparta de la interpretación anterior, supone un desarrollo del Derecho, aunque muchas veces el tribunal todavía no es consciente de ello; así como, de otra parte, el desarrollo judicial del Derecho que rebasa los límites de la interpretación se sirve constantemente de métodos ‘interpretativos’ en sentido amplio. Hemos señalado como límite de la interpretación en sentido estricto el posible sentido literal. Un desarrollo del Derecho más allá de este límite llevado metódicamente, pero todavía en el marco del plan original, de la teleología de la ley misma, es interpretación de lagunas, desarrollo del Derecho inmanente a la ley; un desarrollo del Derecho todavía más allá de ese límite, pero dentro del marco y de los principios directivos de todo el orden jurídico, es desarrollo del Derecho superador de la ley” (Ibidem, página 359-360).*

En el aspecto *sub examine*, dadas sus características, nos limitaremos a realizar una labor de interpretación de una falta de previsión específica de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (y podría decirse incluso, desde cierta perspectiva, de nuestra jurisprudencia inmediatamente anterior reflejada en la precitada decisión que declaró la derogatoria de la consulta de las decisiones en materia de amparo constitucional), y, en definitiva, realizaremos una labor de autointegración.

A decir de Bobbio, “*Un ordenamiento jurídico puede completarse recurriendo a dos métodos que podemos llamar, siguiendo la terminología de Carnelutti, de heterointegración y de autointegración. El primer método consiste en la integración llevada a cabo por medio de dos vías: a) recurriendo a ordenamientos diversos; b) recurriendo a fuentes distintas de la dominante (la ley, en el ordenamiento que hemos examinado). El segundo método consiste en la integración llevada a cabo por el mismo ordenamiento, en el ámbito de la misma fuente dominante, sin recurrir a otros ordenamientos o recurriendo mínimamente a fuentes distintas de la dominante” (Bobbio, Norberto, Teoría General del Derecho, Sexta reimpresión, Debate, Madrid, 1999, p. 242)*

En efecto, ante la ausencia de un medio de impugnación contra la conducta del juez que conoce en primera instancia la acción de amparo constitucional, y no remite el recurso de apelación interpuesto (artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), junto a las demás actuaciones correspondientes, bien porque no lo admite al errar en el cálculo de los días tempestivos para interponer ese instrumento recursivo, o bien porque simplemente se niega a remitirlo, debemos realizar una labor integradora de nuestro Derecho, la cual no es tan compleja en el presente caso, toda vez que la propia Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece expresamente la supletoriedad de las normas procesales en vigor (Artículo 48 “*Serán supletorias de las disposiciones anteriores, las normas procesales en vigor*”).

Atendiendo tal remisión, podemos observar que por vía de supletoriedad el recurso de hecho previsto en el Capítulo III, Título VII del Libro Primero del Código de Procedimiento Civil (1987) -*artículos 305 y siguientes*- constituye el remedio procesal más armónico y adecuado para corregir el defecto señalado en el párrafo anterior, de allí que, entre otros aspectos que se desarrollarán a partir de la dinámica judicial, antes de proceder al archivo de

las actuaciones, el tribunal que decidió en primera instancia la acción de amparo constitucional, deberá esperar el lapso previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil (1987), supuesto en el que está excluida la materia penal, en la cual, como se señaló anteriormente, el juez penal que actúe como juez constitucional de la primera instancia, deberá remitir al superior las actuaciones correspondientes, en todos los casos en los que se interponga el recurso de apelación previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, independientemente de la tempestividad o no del mismo, y así se declara.

b. *Consulta obligatoria*

CSCA (3217)

8-12-2005

Juez Ponente: Ana Cecilia Zulueta Rodríguez

**Según lo establecido en la sentencia N° 1307 de fecha 22 de junio de 2005, recaída en el caso: Ana Mercedes Bermúdez, expediente N° 03-3267, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, los expedientes que se remiten a los fines de conocer sobre la consulta prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, contienen decisiones en relación con las cuales se presume que, por falta de apelación, todas las partes están conformes con lo decidido por la primera instancia constitucional.**

Realizado el estudio de las actas que conforman el expediente, esta Corte observa:

Según lo establecido en la sentencia N° 1307 de fecha 22 de junio de 2005, recaída en el caso: *Ana Mercedes Bermúdez*, expediente N° 03-3267, dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, los expedientes que se remiten a los fines de conocer sobre la consulta prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, contienen decisiones en relación con las cuales se presume que, por falta de apelación, todas las partes están conformes con lo decidido por la primera instancia constitucional.

En dicho fallo se estableció que:

“Por cuanto la presente declaratoria de derogatoria tácita se formula por primera vez por este Tribunal Supremo de Justicia, no se aplica en el caso de autos y, en salvaguarda de los intereses de quienes tienen causas de amparo pendientes ante esta Sala y ante otros tribunales constitucionales de la República, en protección al derecho a la tutela judicial eficaz que la Constitución garantiza a todos los justiciables y en respeto, por último, a la confianza legítima que tienen éstos en la estabilidad de las decisiones judiciales, la Sala ordena la publicación de la presente decisión en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* y no aplicará -ni lo hará ningún tribunal del país- este criterio a las causas que se encuentren pendientes en las circunstancias que se expusieron en el presente fallo, sino luego del transcurso de treinta (30) días posteriores a dicha publicación -en aplicación analógica del lapso que dispone el artículo 267.1 del Código de Procedimiento Civil-, para que, dentro de ese período, las partes manifiesten su interés en que la consulta que esté pendiente se decida. En el caso de que las partes no concurran, se remitirá el expediente al tribunal de origen mediante un auto, ya que quedará definitivamente firme la decisión que hubiere dictado (...)” (Negrillas de esta Corte).

En vista de lo expuesto, la Sala Constitucional del Máximo Tribunal de la República, suprimió la consulta de Ley que preveía el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y, como consecuencia de ello ordenó la publicación de la aludida decisión en la *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, con la finalidad de que dentro de los treinta (30) días posteriores a su publicación, -lo cual ocurrió

en fecha 1° de julio de 2005-, las partes manifestasen su interés en la consulta que este pendiente fuese decidida, de lo contrario traería como consecuencia, que la decisión que se hubiere dictado quedara definitivamente firme.

Visto que en el presente caso el expediente fue remitido a esta Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo con posterioridad a la publicación de la aludida sentencia, la decisión dictada por el Juzgado Superior Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región Los Andes de fecha 31 de marzo de 2003 debe quedar firme, razón por la cual este Órgano Jurisdiccional ordena la remisión del expediente al Juzgado Superior remitente. Así se decide.

# ÍNDICE



## ÍNDICE ALFABÉTICO DE LA JURISPRUDENCIA

### -A-

- Acción de Amparo. 226
  - Admisibilidad. 227
  - Existencia de medios judiciales ordinarios. 235
  - Inadmisibilidad. 229
  - Medidas Cautelares. 237
  - Órganos. Corte Marcial. 226
  - Sentencia. 238
- Acción de Inconstitucionalidad. 216
  - Medidas Cautelares. 222
  - Objeto. Leyes. Violación del procedimiento. 216
- Actos Administrativos. 159
  - Ejecución. 162
  - Vicios. 159
    - Vicios de fondo. Falso supuesto de hecho. 159
    - Vicios de forma. Inmotivación. 160
- Actos de las Inspectorías del Trabajo. Ejecución. 229
- Administración de Justicia. Nuevos criterios jurisprudenciales. 121
- Administración Descentralizada. 119
  - Institutos Autónomos. Privilegios y prerrogativas. 119
  - Universidades. 120
- Administración Pública. 119
- Antejudio de mérito. 125
- Avocamiento. 124
  - Medidas Cautelares. 167, 171
  - Órganos. 162
  - Sentencia. 171
  - Suspensión de efectos del acto administrativo. 167
- Contencioso Administrativo de Interpretación. 178
  - Admisibilidad. 179
  - Competencia. 178
- Contencioso Administrativo de la Propiedad Industrial. 209
- Contencioso Administrativo de las Demandas contra los Entes Públicos. 180
  - Pruebas. 180
  - Sentencia. 180
- Contencioso Administrativo de los Conflictos. 209
- Contencioso Administrativo de los Contratos. 195
- Contencioso Administrativo Especial. 201
- Contencioso Administrativo Tributario. 201
  - Medios de pruebas. 209
  - Copias certificadas. 209
  - Perito testigo. 208
  - Principio de Libertad. 206
  - Pruebas. 206
  - Suspensión de efectos del acto administrativo. 201
- Controversias Administrativas. 209
- Corrección Monetario. 172

### -C-

- Consejos Municipales. Competencia.
- Enajenación de ejidos. 130
- Consulta obligatoria. Amparo. 245
- Constitución. 68
  - Defensa y protección. 68
  - Protección. Instrumentos de protección. 68
- Contencioso Administrativo. 162, 163
  - Admisibilidad: Legitimación. 163
  - Cartel de Emplazamiento: Notificación personal. 165
  - Las partes en el procedimiento. 165

### -D-

- Defensa. Derecho. 83
- Defensoría del Pueblo. 108
- Derecho a la Libertad Personal. 87
- Derecho a la participación política. 91
  - Participación en materia de salud. 91
- Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. 84
- Derecho al sufragio. 96
  - Carácter secreto del voto. 103
  - Limitaciones. 99
  - Nulidad de elecciones. 106
  - Principio de elección directa. 102

- Sistema de Escrutinio. 104
- Derechos de los miembros de la Fuerza Armada Nacional. 89
- Derechos Individuales. 87
- Derechos Políticos. 89

**-E-**

- Ejidos. 130
- Elecciones. Nulidad. 106
- Estados de Excepción. Régimen. 70
- Expropiación. 133
  - Avalúo previo. 135
  - Medidas Cautelares. 133
  - Ocupación previa. 135
  - Procedimiento Judicial. 133
  - Solicitud. Admisión. 133

**-F-**

- Fuerza armada Nacional. Derechos. 89

**-G-**

- Garantías Constitucionales. 76
- Garantía de igualdad ante la Ley. Igualdad entre nacionales y extranjeros. 75
- Garantías del debido proceso. 81
  - Derecho a la Defensa. 83
  - Presunción de Inocencia. 81

**-I-**

- Igualdad. Garantía. 75
- Impuesto Sobre la Renta: Pérdidas en cambio. 141
- Impuestos Nacionales. 141
- Inocencia. Presunción. 81
- Inspector General de Tribunales. Procedimiento disciplinario. 127
- Institutos Autónomos. Privilegios y prerrogativas. 119

**-J-**

- Jubilaciones. 113
- Jueces. Régimen disciplinario. 122
- Jurisdicción Constitucional. Objeto. 212

**-I-**

- Leyes. Violación del procedimiento. 216

**-O-**

- Ordenamiento Jurídico. 68

**-P-**

- Pensiones. 113
- Perención. 176
- Poder Nacional. Competencia. Organización y Administración de Justicia. 107
- Poder Ejecutivo. 119
- Procuradores Estadales: Representación en juicio. 129
- Propiedad Industrial. 209
- Pruebas. 189, 206
- Poder Estadal. 129
- Poder Judicial. 121
- Poder Municipal. 130
- Poder Nacional. Competencia. 113
- Poder Público Nacional. Órganos. 107
- Poder Público Nacional. Régimen. 107
- Potestad tributaria para gravar el consumo de cerveza y otros licores. 119
- Principios Fundamentales del Estado. 75
- Procedimiento Administrativo. 144
  - Medidas Cautelares. 146
  - Notificación. 144
  - Silencio Administrativo. 158

**-R-**

- Recurso de Casación Improcedencia. 176, 181
- Recurso de Revisión Constitucional. 225
- Régimen cambiario y monetario. 132
- Régimen de los jueces: Régimen disciplinario. 122

**-S-**

- Seguridad Social. Régimen. 113
- Seguridad y defensa de la Nación. Principios fundamentales del Estado. 75
- Seguridad Social. Régimen: Jubilaciones y pensiones de funcionarios. 113
- Sentencias. 171, 172, 180, 238
  - Apelación. 238
  - Condena. Corrección Monetaria. 172
  - Consulta obligatoria. 245
  - Corrección. 174
  - Ejecución forzosa. 180
  - Impugnación. 176, 181
  - Perención. 176
- Sistema Tributario. Principios. 137

**-T-**

- Tribunal Supremo de Justicia. 123
  - Antejudio de mérito. 125
  - Facultad de Avocamiento. 124
  - Conflictos entre Salas. 123

- Procedimiento disciplinario: Inspector General de Tribunales. 127
- Sala Constitucional. Competencia. 123
- Sala Político administrativa. Competencia. 209
- Tribunales Agrarios. 162
- Tributos. 137
  - Obligación Tributaria. Transacciones fiscales. 139
  - Principios del Sistema tributario. 137
- Generalidad del tributo. 137
- Prohibición de tributación confiscatoria. 138
- Sistema Tributario. Principios. 137
- Tutela Judicial efectiva. 84

**-V-**

Voto. Carácter secreto. 103

- Capacidad contributiva. 137

